vés de las facilidades que aquella conducta culposa le proporcione (cfr. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, p. 279; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. V, p. 153; Manigot, Marcelo, *Código Penal. Anotado y Comentado*, t. II, ps. 365-370; Oderigo, Mario, *Código Penal Anotado*, ps. 869-872; Lajeve, Ricardo, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 730; Moreno, R., *El Código Penal y sus antecedentes*, t. VI, ps. 191-192; entre otros).

"1. La forma culposa del delito previsto por el art. 255, segundo párrafo del Cód. Penal, es una figura donde el resultado no lo produce el sujeto a quien se adjudica la acción culposa, sino que lo causa otro. Por ello, no debe considerarse incriminada la comisión del hecho por el mismo depositario, sin intervención de un tercero, pues no se trata de punir a quien siendo depositario, por negligencia o imprudencia quebranta la custodia, sino al depositario que, a raíz de su culpa, permite que un tercero quebrante dolosamente tal custodia, por medio de alguna de las acciones descriptas en la primera parte del art. 255 íd., a través de las facilidades que aquella conducta culposa le proporcione. 2. Omitir es no hacer lo que se debe hacer, por lo cual para afirmar que hubo omisión del deber de custodia, se debe establecer cómo y cuándo se produjo la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización del objeto en custodia, y obviamente demostrar que la conducta atrapada por esos verbos, fue ejecutada por terceros ajenos al sujeto que custodia, que son quienes desarrollan la conducta típica activa del art. 255, primer párrafo, del Cód. Penal. 3. Corresponde hacer lugar al recurso de casación por errónea aplicación de la ley sustantiva, casar la sentencia y absolver a la imputada, pues las secuencias del hecho acreditadas en el decisorio recurrido, indican que la conducta activa de la ocultación le viene imputada directamente a la incusada, con lo cual no se configura el supuesto del segundo párrafo, toda vez que el propio tribunal *a quo* descartó tal posibilidad, ante la inexistencia del dolo que el tipo requiere. En consecuencia, el accionar de quien resultara condenada deviene atípico, en tanto el Tribunal de mérito vino a crear una nueva figura penal, yuxtaponiendo elementos típicos de una en la otra, lo que excede su función jurisdiccional e invade esferas de otro poder del Estado". CNCasación Penal, sala IV, 12/5/1997, "F., A. s/ recurso de casación - causa nro. 515", MJ-JU-E-9531-AR, EDJ9531.

CAPÍTULO VI

COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

(Título del capítulo sustituido por ley 25.188, art. 30, B.O. 1/11/1999).

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.

(Texto según ley 25.188, art. 31, B.O. 1/11/1999).

1. INTRODUCCIÓN

La ley 25.188 (1999) modificó los arts. 256, 257 y 258 e incorporó los arts. 256 bis y 258 bis. La ley 25.825 (B.O. 11/12/2003) estableció el texto del art. 258 bis. Los delitos de cohecho y tráfico de influencias, en sus diversas manifestaciones, se han convertido en el paradigma penal, dentro del amplio espectro que compren de la problemática de la corrupción instalada en la función pública. El Cód. Penal de 1921, se sirvió de la denominación de cohecho para definir las figuras contenidas en el Capítulo VI del Título XI del Libro II del Cód. Penal. La ley 25.188, sancionada el 29 de noviembre de 1999, sustituyó la rúbrica del capítulo mencionado, por el de "cohecho y tráfico de influencias". El Capítulo VI agrupa y contiene los delitos de cohecho pasivo simple (art. 256), cohecho pasivo agravado (art. 257), admisión de dádivas (art. 259 párrafo 1º), cohecho activo simple, cohecho activo agravado, tráfico de influencias activo simple y agravado (art. 258), tráfico de influencias pasivo simple y agravado (art. 256 bis), presentación y ofrecimiento de dádivas (art. 259, párr. 2º) y el delito de soborno transnacional (art. 258 bis).

2. COHECHO

2.1. Introducción

La corrupción es tan antigua como el hombre. La condena a la coima y su extensa práctica no solo proviene de la tradición judía. En un texto escrito tres

siglos antes de Cristo, el primer ministro Brahamán del rey Chandragupta llaló por lo menos cuarenta formas de malversar fondos del gobierno[1].

2.2. Antecedentes

Entre nuestros antecedentes, el Proyecto Tejedor contenía figuras de cohecho en el Capítulo IV, referido a los delitos especiales propios de los funcionarios. Se contemplaron el cohecho pasivo simple, el agravado propio e impropio del juez y de los árbitros y el cohecho activo. El proyecto de 1891 se aparta un poco de este método, pero es el de 1906 el que introduce el actual sistema del Cód. Penal[2]. El Código de 1921 tipificó formas de cohecho pasivo y activo. En las primeras se incriminaba la conducta del funcionario corrupto; en el cohecho activo, en cambio, se penaliza al tercero, particular o funcionario corruptor. La ley 16.648 estableció reformas significativas en el Capítulo VI. Modificó las escalas penales e introdujo la denominada venta de influencia.

2.3. Bien jurídico protegido

Los delitos previstos en el presente capítulo protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente a la venalidad de los funcionarios y los particulares. Asiste razón a Creus, en cuanto que aún la venalidad ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora y pone en peligro el normal desenvolvimiento de la función pública[3]. Se encuentra tutelado, asimismo, el principio de imparcialidad como regla básica de la actividad estatal en cuanto a su deber de actuar con objetividad[4] y como derivación necesaria de la igualdad ante la ley del art. 16 de la CN. El cohecho pasivo protege, en particular, el normal desenvolvimiento de la administración del accionar del funcionario corrupto.

2.4. Tipo objetivo

2.4.1. Acciones típicas

Las conductas descriptas en la ley son: recibir dinero o cualquier otra dádiva y aceptar una promesa directa o indirecta, siempre con alguna de las finalidades descriptas por la norma. La doctrina insiste en que se trata de un delito bilateral o de co-delincuencia entre el quebrantamiento del deber por el funcionario —cohecho pasivo— y el *extraneus* que ofrece —cohecho activo— es decir que ambos tipos serían dependientes (Creus, Bacigalupo, Donna, Núñez). Esta cuestión en realidad carece de trascendencia ya que solo hace al momento

(1) MORENO OCAMPO, *En defensa propia*, p. 81, citado por BUOMPADRE, ob. cit., p. 196.

(2) SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 5, p. 158.

(3) CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 282.

(4) TERRAGNI, Marco A., *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 147.

de la imputación normativa, amén de no ser cierta en la hipótesis del *intraneus*, es decir puede darse cohecho activo sin un correlativo cohecho pasivo; pero, además, ha originado dificultades para comprender el fenómeno de la situación en que es el funcionario el que "da a entender" con símbolos o signos inequívocos que está presto a recibir la oferta del tercero[5]. El "caso base" previsto por la norma como materia de imputación presenta dos modalidades: 1. recibir dinero u otra dádiva, 2. aceptar una promesa, siempre con la finalidad ultraintencional de la actividad funcional del competente. Se trata entonces de un pacto o acuerdo venal que supone como prestación del *extraneus* la entrega o promesa de dinero o cualquier otra dádiva y la aceptación por el funcionario, siempre con la metafinalidad de hacer u omitir un acto propio. Los acuerdos que no tengan esta ultrafinalidad, no realizarán esta tipicidad sin perjuicio del tipo subsidiario de dádivas, art. 259 CO. Y los que contengan un pago por hechos ya sucedidos tampoco, aunque puedan realizar el tipo aludido del art. 259 o en su caso el de Enriquecimiento ilícito, art. 268 (2) Cód. Penal, es decir, supuestos de concurso aparente. Lo que tiene de importante la tesis del acuerdo o pacto, es la diferencia de esta tipicidad dolosa con la de exacciones ilegales o concusión, art. 266 a 268 del Cód. Penal, toda vez que es de la esencia de estos últimos que el funcionario exige la prestación ilegal, que la víctima tolera contra su voluntad[6].

García agrega que la reforma de la ley 25.188 ha agregado confusión a la ya discutida distinción entre estas figuras al incluir "solicitare" como una de las conductas típicas del art. 266 Cód. Penal, modalidad que no aparece expresa en el Cohecho. Entiende que la distinción entre estas se halla en la voluntad viciada del tercero ante la exigencia del funcionario público como fundante del tipo de Exacciones, exorbitancia estatal que debe incluir al "solicitare" como abuso funcional, aunque no se llegue a la magnitud de la coacción del art. 149 bis Cód. Penal (Rua, Donna). En cambio, en los casos que exista pacto venal se realiza la tipicidad del cohecho, sin que interese quien ha iniciado las conversaciones, más allá de que sería deseable que la norma se completara con la previsión de la conducta de "solicitar". Es que no se entiende la omisión desde que la CIc/Corrupción al definir en su art. 6º a) al acto de corrupción contempla tanto al "requerimiento" como la aceptación por parte del funcionario. El proyecto de 1999 intentó corregir el olvido, pero no fue sancionado (Donna), Si en cambio la ley 25.188 introdujo el solicitare correctamente en el tipo de "tráfico de influencias". Es que no se puede olvidar que se trata de un quebrantamiento del deber positivo —institucional—, por lo que ya la prohibición existe en la "oferta" seria del acuerdo. En otras palabras, cuando se dé una actitud positiva del funcionario en orden a promover el pacto ilícito, ello podrá constituir el comienzo de ejecución propio de la tentativa como quebrantamiento de la norma por su inmediatez a la realización típica.

(5) RUA, Gonzalo S., "En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y de concusión", en *Revista de Derecho Penal*, 2004-2, Rubinzal-Culzoni, p. 221.

(6) GARCÍA, Jorge A. L., en CHIARA DÍAZ (dir.), *Código Penal*, t. V, ps. 301-302.

González opina, por su parte, que trátese de un delito de codelincuencia necesaria porque no puede haber un cohecho pasivo si no existe previamente un cohecho activo cuya recepción normativa se encuentra en el art. 258 del Cód. Penal. Recibe, quien entra en la tenencia material del objeto que se le entrega. Obra aquí un desplazamiento de los bienes. Acepta una promesa el que admite recibir en el futuro lo que en el acto se le promete. Dicha promesa puede ser directa —explícitamente dirigida a funcionario público determinado— o indirecta —implícitamente dirigida para cualquier funcionario que realice lo pretendido—. Ambos supuestos dejan ver claramente la actitud pasiva del funcionario, ya que, si el dinero o la promesa fuesen arrancadas mediante exigencia al tercero, la conducta se desplaza a los tipos penales de exacciones ilegales (arts. 266 y 268 Cód. Penal). Lo que en el caso importa en ese contrato. La actividad del funcionario se realiza debido a lo convenido, sin que sea necesaria la entrega efectiva de los bienes o el cumplimiento de la promesa. No interesa aquí la cuantía del convenio, ni la proporcionalidad de lo que se entrega a cambio de lo que se recibe. Son elementos del convenio: dinero, que es el valor representado por la moneda, nacional o extranjera, apta para el cambio monetario; o dádivas, entendiendo por tal lo que se entrega graciosamente, es decir, sin contraprestación. La doctrina discute si la dádiva debe ser necesariamente patrimonial (óptica objetiva —Soler—), o no, alcanzando con que se trate de cualquier beneficio como, por ejemplo, una satisfacción sexual (óptica subjetiva —Ramos Mejía—). El acuerdo debe versar siempre sobre un acto funcional del agente dentro del marco de su competencia, persiguiendo la realización u omisión de un acto propio de sus funciones. Dicho acto será siempre determinado. Si fuese genérico, por el solo ejercicio de la función pública, estaríamos en el supuesto del art. 259 Cód. Penal. A los fines de la tipicidad es indiferente que se trate de un acto legal, o ilegal (Donna). Quien recibe dinero, las dádivas o la promesa, puede ser el propio funcionario, o una persona distinta —tercero— pero que represente los intereses de aquel. Dicha recepción debe haber tenido su causa en el convenio ilegítimo y quien lo hace debe actuar en connivencia con el funcionario, aunque apareciendo ante los ojos de los demás como el verdadero beneficiario[7].

Constituye el delito de cohecho pasivo simple previsto por el art. 256 del Cód. Penal, la conducta consistente en la aceptación de dinero dirigida a prestar asesoramiento vinculado a sus funciones y por la cual no se encontraba autorizado a recibir suma alguna. CNFed. Crim. y Correc., 5/5/1995, "Navarro, Roberto y otro s/ falsificación". SAIJ SU30004605. El art. 256 del Cód. Penal no requiere que el acto sea "propio" de la función específica del empleado o funcionario que recibe la dádiva sino tan solo "relativo" a tales funciones y capaz de afectar el bien jurídico tutelado por la ley penal al reprimir los delitos contra la Administración Pública. Por ello, si la conducta propuesta estaba comprendida dentro de lo que era "regularmente posible" para el funcionario, se tiene por acreditada la existencia del elemento subjetivo que exige el tipo penal acuñado en el art. 258 del Cód. Penal. CNFed. Crim. y Correc., 15/7/1992, "Navarro, Sandra y otro s/ tentativa de cohecho". SAIJ SU30003734. "1. Corresponde

(7) GONZÁLEZ, ob. cit., ps. 230-231.

sobreseer, por inexistencia del hecho, a los imputados por los delitos de cohecho activo-pasivo y administración fraudulenta calificada, en tanto no debe entenderse que la acreditación de hechos administrativos irregulares —en el caso, se investiga las irregularidades en los pagos efectuados por una obra social a sus prestadores— impone la solución contenida en el inc. 2º del art. 350 del Cód. Proc. Penal, en la medida que al tipo penal del cohecho le resulta absolutamente indiferente —a los fines de su consumación— el cumplimiento o no de la actividad positiva o negativa a la cual se hubiese comprometido, por el pacto venal, el funcionario. Entonces, al no haber logrado la instrucción probar de manera alguna la existencia del acuerdo entre los sujetos activos de los cohechos activo y pasivo es la solución contenida en el inc. 1º, primer supuesto, la que corresponde sea aplicada al presente caso. 2. Resulta nula la elevación a juicio de la causa seguida en contra de los imputados —en el caso, por los delitos de cohecho activo-pasivo y administración fraudulenta calificada— por estar fundado en forma decisiva en prueba ilícita, pues, la declaración incriminatoria vertida por uno de los encartados en contra de los otros involucrados, en una reunión privada, filmada sin autorización judicial, no debió ser valorada (Const. Pcial., art. 41; Cód. Proc. Penal, art. 194 y concs.) por violar el derecho a la intimidad previsto en el art. 18 de la CN. Descartado ese material probatorio, las demás constancias de la causa no resultan suficientes para fundar un juicio asertivo de probabilidad respecto a la existencia de los hechos que conforman el objeto de la presente investigación, por lo que, dado que tampoco existe mérito para sobreseer la causa, la fiscalía de instrucción interviniente deberá continuar con la investigación (Cód. Proc. Penal, art. 358, 2º párr.), en orden a intentar fundar su hipótesis incriminatoria en nuevo material probatorio" (del voto en disidencia del Dr. Pérez Barberá). CAcus. Córdoba, 29/10/2010, "Bondone, Benjamín Pablo y otros p.ss.aa. administración fraudulenta calificada", MJ-JU-M-59497-AR, MJJ59497[8].

2.4.2. Sujetos del delito

Se trata de un delito especial propio, donde el sujeto activo puede ser únicamente el funcionario público nacional, provincial o municipal, o de cualquier ente estatal descentralizado, exceptuando a los jueces y funcionarios del Ministerio Público, por especialidad —dado que se encuentran contemplados en un tipo penal autónomo[9]— que a su vez debe tener competencia funcional para realizar el acto que el corruptor le propone (Soler, p. 179). Puede tratarse de un funcionario designado aún no haya asumido su cargo o incluso de un funcionario de facto[10]. La mención del artículo a la persona interpuesta establece una forma es-

(8) La Cámara de Acusación, por mayoría, sobreseyó por inexistencia del hecho a quienes fueron imputados por los delitos de cohecho activo-pasivo y administración fraudulenta calificada, en el marco de una causa en la que se investigó las irregularidades administrativas en los pagos a ciertos prestadores efectuados en el ex Instituto Provincial de Atención Médica (IPAM).

(9) BUOMPADRE, ob. cit., p. 185.

(10) LAJE ANAYA - GAVIER, *Delitos contra la Administración Pública*, t. III, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 24.

pecial de participación, denominada cohecho transversal, que tiene como objetivo el de asegurar la punibilidad del funcionario como autor aun cuando acuda a un testaferro (Terragni, p. 150). En este supuesto el sujeto activo continúa siendo el funcionario público, que realiza las acciones típicas mediante un tercero que actúa en nombre e interés del primero y aparece a los ojos del corruptor como el destinatario último del beneficio, cuyo accionar quedará encuadrado en la figura del partícipe necesario (Buompadre, p. 185). Si no se da dicha fachada, se aplicarán las reglas generales de la participación (Creus, p. 283)[11].

2.5. Tipo subjetivo

En el aspecto subjetivo el tipo requiere dolo directo[12]. El funcionario debe tener conciencia del sentido de la dádiva que recepta o de la oferta que acepta (Creus, p. 284) y que ello es a cambio de una contraprestación. El tipo requiere, además, un especial elemento subjetivo que tiene que ver con que la recepción o la aceptación deben hacerse con el objeto de que el funcionario haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. El autor debe ser consciente de que aquello que recibe es una contraprestación entregada a cambio del cumplimiento de su parte del acuerdo, la conducta positiva, retardativa u omisiva relacionada con su función pública[13]. El acto debe ser relativo a sus funciones, es decir, regularmente posible para el funcionario, tanto si el acto corresponde a su función con respecto al público a lo relacionado con su actividad interna o disciplinaria, resultando indiferente que el acto que se pide sea legal o ilegal (cohecho propio o impropio)[14]. No resulta necesario que el acto sea propio de la función específica del funcionario[15].

2.6. Consumación y tentativa

La consumación del delito se verifica con la entrega del dinero o dádiva que se pactó, independientemente que el funcionario cumpla o no con su parte. En el caso de la promesa, con su aceptación (CFed., sala II, 5/5/1995, "Navarro, R. y otro"; CFed. Salta, 7/1/2009, "Farfán, J. M.", LLNOA 2009 [abril], p. 238). No se admite la tentativa (Creus-Buompadre, p. 292)[16]. A favor de la tentativa se expide D'Alessio[17] al igual que De Luca, quien sostiene que cuanto el autor recibe o acepta, ha realizado ya una serie de acciones constitutivas de un acuerdo, donde hace valer su posición y, por lo tanto, estos son actos positivos[18] (Ghersi, p. 1197).

---

(11) GHERSI, ob. cit., ps. 1196-1197.
(12) DONNA, ob. cit., p. 250.
(13) TERRAGNI, ob. cit., p. 158.
(14) SOLER, ob. cit., p. 179.
(15) GHERSI, ob. cit., p. 1193.
(16) ABOSO, ob. cit., p. 1245.
(17) D'ALESSIO, ob. cit., ps. 825-827.
(18) DE LUCA, Javier, A., "Cohecho y concusión", LL 1999-E-349.

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 este 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.

(Incorporado por ley 25.188, art. 32, B.O. 1/11/1999).

1. INTRODUCCIÓN

El tráfico de influencias configura una nueva especie con características propias, que marca diferencias sustanciales con otros delitos tradicionales contra la Administración Pública. Constituye, un acierto, por ello, el criterio del legislador de sustituir la rúbrica del Capítulo VI, "Cohecho" por la de "cohecho y tráfico de influencias" (art. 30, ley 25.188).

La ley, llamada de Ética Pública, fue sancionada el 29 de septiembre de 1999 y promulgada el 26 de octubre de ese mismo año. El análisis de las actas que documentan el trámite parlamentario revela algunas razones que llevaron a su sanción. Básicamente, es producto de motivos que podríamos denominar políticos y legales. Desde el punto de vista político, la totalidad de los legisladores coincide en la necesidad de responder a un reclamo de la sociedad: la demanda de una lucha eficaz contra la corrupción. Ahora bien, en el recinto esta lucha es identificada con el régimen de declaraciones juradas, relegando a un segundo plano la figura que a nosotros aquí nos ocupa. Con esa bandera, la sanción de la ley pretende demostrar que los gobernantes receptan los requerimientos de los gobernados, más allá de la eficacia que encierra el acto aislado. Respecto de las razones legales que la precedieron, debemos partir de la exigencia introducida por la denominada "cláusula ética" contenida en el art. 36 de la CN luego de la reforma de 1994 —incluida a instancias del convencional Antonio Cafiero— y que en su última parte reza "...El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función". La intención era activar sistemas de control que garantizasen la transparencia de los actos de gobierno y de los funcionarios intervinientes. Pero la ley también es parte de la evolución del derecho de organización regional, desde que la Argentina suscribió en Caracas, durante la tercera sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos, la "Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción", el 29 de marzo de 1996, que fue aprobada por el Congreso en diciembre del mismo año mediante ley 24.759 (Adla, LVII-A, 12) y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional en enero de 1997. El pacto resalta los efectos corrosivos de la corrupción sobre la legitimidad de

las instituciones democráticas y la sustentabilidad del desarrollo económico, propende a facilitar la inserción de la sociedad civil en lo que hace a la prevención y lucha contra la corrupción, reconoce la transnacionalidad del fenómeno y la necesidad de los Estados de actuar de manera coordinada, e, incluso, individualiza las normas que los Estados contratantes se comprometen a adoptar en las respectivas legislaciones internas. Dentro de lo que llama Desarrollo Progresivo, la Convención enumera una serie de conductas a tipificar por los Estados parte y que serán consideradas actos de corrupción. Allí encontramos un posible antecedente de la figura incorporada a nuestro derecho interno, descripta como "toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado" (art. XI, c)[19].

1.1. Antecedentes

En nuestro país, la ley 16.648, refiere Buompadre[20], introdujo la llamada "venta de influencias" como modalidad del cohecho pasivo, cuando el acuerdo venal entre el funcionario corrupto y el tercero cohechante perseguía que el primero hiciera valer su influencia derivada del cargo (predominio moral, no meramente funcional) ante otro funcionario público, a fin de que este hiciese o dejase de hacer algo relativo a sus funciones (art. 256, parte 2º). Al respecto, Soler[21], observaba a las complicaciones derivadas de la decisión del legislador de encuadrar el hecho como una forma de cohecho; hay cohecho, decía, tanto cuando se recibe para hacer como para hacer hacer. Frente a estas complicaciones, agregaba, parecía preferible el sistema del Proyecto de 1960 que tipificaba el hecho como forma de enriquecimiento ilícito. Por su parte, Núñez[22] propuso la misma ubicación para el delito, advirtiendo que la ley 16.648 introdujo en el art. 256 *in fine* una forma de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. La ubicación como una forma de cohecho se debió al senado, que durante el trámite parlamentario consiguió imponer su criterio sobre el del poder ejecutivo y el de la cámara de diputados, que respetaron la ubicación sugerida por este autor.

Más allá de la crítica de algunos autores a la norma en general, Buompadre, destaca la reforma producida por la ley 16.648 al Título XI del Cód. Penal, "Delitos contra la Administración Pública", que tutela diferentes aspectos del bien jurídico y contiene, precisamente, las figuras penales que alcanzan a los funcionarios públicos (ej. ministros, jueces, legisladores) remisos a la hora de

(19) CASANELLO, Sebastián N. - DELGADO, Federico, "A propósito del art. 256 bis del Código Penal. De Carrara a hoy", LL 2003-F, 217 - Sup. Penal 2003 (setiembre), 22. Fallo comentado: JNCrim. Instrucción nro. 24, 29/11/2002 "Mérchan Gómez, Omar", Cita Online: AR/DOC/10934/2003.

(20) *Tratado...*, cit., t. 3, ps. 219 y ss.

(21) *Derecho penal argentino*, t. 5, p. 210.

(22) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, vol. 2, p. 98.

recomendar, propiciar o sancionar la incriminación de conductas o prácticas disvaliosas, vinculadas a los círculos de poder y decisión. La condena social a los hechos de corrupción en el ámbito de la Administración pública, unida a la necesidad de la clase dirigente e influyente de transparentar las complejas relaciones vinculadas a las esferas del poder político, económico, empresarial, etc., fueron los verdaderos disparadores de la reforma que incorporó al Cód. Penal el tráfico de influencias, como delito contra la Administración pública, novedoso por su contenido y necesario a la hora de penalizar la conducta de las personas que —a modo de verdaderos mercaderes o traficantes— solicitaban, aceptaban o recibían dinero o dádivas, comprometiendo el valor de un funcionario público, ante quien ejercería indebidamente su influencia, ascendencia personal o posición de poder, a fin de lograr que aquel hiciera o dejase de hacer algo relativo a sus funciones. En el marco de este panorama, el art. 32 de la ley 25.388, de "ética pública", incorpora como art. 256 bis el novedoso tráfico de influencias a nuestro catálogo represivo.

En su Programa, Carrara se refiere bajo el título de asiduos, sicofantes o vendedores de humo a quienes abusan de la familiaridad que tienen o simulan tener con algún oficial público o con el soberano mismo para ir dispensando protección y promesas de obtener gracias y favores, jactándose de esa influencia. La figura que tenía en mente era la del art. 200 del Código toscano, cuyo texto decía: "1. El que fingiendo crédito o influencia ante un funcionario público, tomare dolosamente dinero u otras cosas como excitación o recompensa de su propia mediación ante aquel, o con el pretexto de tener que comprarle el favor deseado o de tener que remunerárselo, quedará sometido, como simulador de influencias, a multa de ciento a dos mil liras, a la cual, en los casos más graves, se añadirá cárcel de dos meses a cinco años. 2. Lo que hubiere sido recibido por la simulación de influencias, o su precio, será confiscado". Pero es en el relato de su defensa, donde define de manera más clara de qué se trata. Allí dice: "Sean gracias del soberano, sean sentencias de magistrados, sean concesiones administrativas las que el particular desea y las que el vendedor de humos promete proporcionar por dinero, todo resulta lo mismo, con tal que la potestad cuyo beneficio se promete sea una potestad de funcionario público y con tal que se prometa proporcionarla mediante favor o valimiento, y no por las vías legítimas correspondientes". Bajo estas palabras queda muy claro adónde apuntaría la defensa del médico: las vías legítimas utilizadas para convencer. Pero no nos adelantemos y veamos qué podemos extraer de esa enunciación. Estamos frente a un acuerdo en el cual una persona promete a otra, a cambio de dinero, obtener un determinado acto emanado de un funcionario público, por medio de favores o preferencias y no por los medios legítimos. La figura era muy abarcativa en lo que hace a la calidad del autor —cualquier individuo— y al momento consumativo —basta la promesa, sin importar si se entregó o no el dinero—. El bien jurídico protegido era la honestidad e imparcialidad de la Administración Pública, que se había pretendido hacer pasar por venal. Por su parte, el art. 256 bis del Cód. Penal reza: "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

este 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". Casanello-Delgado, encuentran algunas diferencias: no se habla solo de dinero sino también de cualquier otra dádiva, o incluso una promesa; el sujeto activo no requiere de una calidad especial, aunque la redacción parece dar por sentado que goza de poder para influenciar; y el momento consumativo se adelanta aún más, pues el mero ofrecimiento ya es objeto de reproche. En suma, traficar influencias significa traficar el poder de inclinar la balanza para un lado o el otro alterando el criterio autónomo de quien decide por medios ilegítimos, ya sea a través de favores, amistad o abusando de cualquier otra situación de privilegio[23].

1.2. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido, no se trata del posible menoscabo al patrimonio particular sino del buen funcionamiento de la Administración Pública. Así resulta de incluir a quien tan solo ofrece hacer valer indebidamente su influencia (por algo a cambio), pues en esa instancia nos hallamos sin ningún desprendimiento patrimonial, ni siquiera un acuerdo sellado. Es el jactarse de que la Administración Pública puede obrar de modo ilegítimamente direccionado lo que sanciona la norma. No abunda doctrina nacional avocada al análisis de la figura legal señalada. Entre quienes se han ocupado del tema, Donna la enfoca desde la imparcialidad con que la función pública debe actuar para defender intereses generales. Otros autores encuentran más relevante la protección del valor de incorruptibilidad del funcionario público y la condena a un entendimiento familiar y patrimonial de la función pública[24]. De uno u otro modo la coincidencia está en el interés de preservar la transparencia e imparcialidad de la función pública y de allí su lugar en el digesto[25]. En particular, la figura agravada prevista por el último párrafo del art. 256 bis buscar resguardar la imparcialidad de la función judicial del estado, lo cual justifica el incremento de la pena teniendo en cuenta que la administración de justicia es el ámbito último donde se vela por la protección de los derechos y garantías de las personas y la aparición de la arbitrariedad las deja indefensa por completo[26].

(23) Casanello, Sebastián N. - Delgado, Federico, "A propósito del art. 256 bis del Código Penal. De Carrara a hoy", LL 2003-F, 217 - Sup. Penal 2003 (setiembre), 22. Fallo comentado: JNCrim. Instrucción nro. 24, 29/11/2002 "Mérchan Gómez, Omar", Cita Online: AR/DOC/10934/2003.

(24) Donna, ob. cit., p. 230.

(25) Casanello - Delgado, trabajo citado.

(26) Ghersi, ob. cit., ps. 1199-1200.

2. Tráfico de influencias pasivo

2.1. Tipo objetivo

2.1.1. Acciones típicas

A primera vista, resulta contradictorio categorizar ese delito como pasivo, ya que las conductas alternativas que prevé la norma, esto es, las de solicitar y recibir, denotan claramente que el autor asume en el primer caso (el de solicitar) un comportamiento claramente activo, circunstancia que tiñe de originalidad este delito. Las acciones típicas consisten en solicitar, o recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa directa o indirecta para hacer valer su influencia ante un funcionario público para obtener por su intermedio un determinado comportamiento de este. Es una figura que presenta una autonomía propia respecto de los delitos de cohecho pasivo y concusión (art. 268 Cód. Penal). Se excluyen de su ámbito de aplicación todas aquellas influencias que no se encuentren precedidas de una ilícita concertación, sea de naturaleza económica o no, vale decir, se excluyen las simples influencias, consejos o meras recomendaciones, las que, por otra parte, son una práctica habitual en la Administración Pública. De esta forma no se intenta reprimir el diálogo o vínculo entre los integrantes de la Administración pública, sino tan solo el ilegítimo interés del autor de hacer valer su influencia ante el funcionario público cuyo origen se sitúa en una espuria ventaja. El "acuerdo ilícito" abarca en esta clase de delito de corrupción las ventajas percibidas o prometidas al particular o al funcionario público, en este último caso, con motivo del ejercicio de su función pública y cuya finalidad sea la de influir ilegítimamente en el proceso de decisión de un asunto público bajo la órbita del funcionario afectado. El abuso constitucional constituye seguramente un vehículo para influir sobre el funcionario público, pero no es el único. Nuestra figura de tráfico pasivo de influencias, a diferencia de la normativa española, no especifica nada sobre el prevalimiento[27].

González[28] apunta: "La influencia debe ejercitarse sobre un funcionario o autoridad, y debe estar dirigido al logro de una determinada actuación por su parte, la que deberá necesariamente estar comprendida dentro de aquellas que se encuentran en la órbita de su cargo. Obsérvese con atención lo siguiente: este funcionario no debe ser parte del acuerdo. Si así lo fuera, la conducta quedaría receptada por la norma analizada en el artículo precedente. Pero a diferencia de la figura anterior, se agrega en el tipo la solicitud, es decir que comprende también a quien toma iniciativa... pidiendo o requiriendo. Contiene también un elemento normativo —indebidamente— expresivo de generalización de tipos de justificación genérica concurrente". "1. Corresponde tener por acreditado que la encartada, empleada del GCBA le solicitó al denunciante una suma de dinero a cambio de hacer valer sus influencias ante el Controlador Administrativo de Faltas con el objeto de beneficiarlo con una disminución en el monto de las multas que registraba, en tanto su versión se encuentra respaldada por el contenido de los mensajes de texto que intercambió con la imputada en los cua-

(27) Aboso, *Código...*, cit., ps. 1246-1247.

(28) González, ob. cit., p. 232.

les se advierte la solicitud de la suma de dinero". CNFed. Crim. y Correc., sala IV, 1/12/2015, "A. C. M. s/ tráfico de influencias", MJ-JU-M-96289-AR, MJJ96289[28].

2.1.2. *Sujetos*

El autor del delito puede ser cualquier persona. La Ley de Ética Pública, dictada como consecuencia de la ratificación de la Convención Americana contra la Corrupción (24.579), autonomizó este delito del cohecho y lo transformó en un tipo especial donde solo el funcionario público podía ser sujeto activo, a un tipo general[30]. Lo único exigido es que el autor posea real influencia sobre el funcionario público que tiene competencia funcional para realizar el acto corrupto. Es decir, que, al momento del hecho, goce de poder para influenciar (CCMC Fed., sala I, 29/6/2005, "Ferreira, José"). En el caso de tráficos de influencias en cadena, o sea cuando un funcionario ejerce influencia sobre otro, para que sea este quien influya sobre el funcionario competente, todos responderán como autores (Aboso, "Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración", RDP, 2004-I, Delitos contra la Administración Pública-I, Rubinzal, Santa Fe, 2004, p. 42)[31].

2.2. Tipo subjetivo

El delito es doloso y solo admite dolo directo. Este consiste en haber querido efectivamente hacer valer la influencia frente al funcionario, por el dinero, la dádiva o la promesa, con las finalidades descriptas. Se trata de un delito de intención —o tendencia interna trascendente—, en el que confluyen un tipo mutilado de dos actos y un tipo de resultado cortado. Influir significa ejercer predominio o fuerza moral en el ánimo ajeno. Este predominio debe ser siempre de naturaleza moral, y puede ser entendido como "...sugestión, inclinación invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta... introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos..." (Donna)[32]. La actual redacción no limita el carácter de la influencia, por lo cual la relación de superioridad preexistente puede deberse a cualquier motivo, como el parentesco, la formación política o profesional, jerarquía funcional, etc.[33]. En este último caso, el autor debe hacer valer su predominio moral y no su autoridad, ya que, si da una orden al funcionario, entonces estaría actuando dentro de su propia competencia y sería autor del tipo del art. 256 Cód. Penal[34]. Lo que el tipo demanda es la "posibilidad de influenciar" de un modo indebido... cualidad que posee quien por trabajar en un juzgado ante el que se desarrollaba la investigación tenía la posibilidad cierta de incidir directa o indirectamente en el proceso

(29) Procesan a una empleada municipal por tráfico de influencias, al solicitar una suma de dinero para disminuir el monto de las multas que registraba el denunciante.

(30) LAJE ANAYA, ob. cit., p. 32.

(31) GHERSI, ob. cit., p. 1201.

(32) GONZÁLEZ, ob. cit., p. 232.

(33) RIMONDI, ob. cit., p. 108.

(34) CREUS, ob. cit., p. 283.

de toma de decisiones del juez (CNFed. Crim. y Correc., sala I, 11/7/2007, "León, Ariel"). El tipo si requiere que la influencia que se ejerce sobre el funcionario sea real[35], debe existir una "posibilidad de interferencia en el proceso de decisión" (CNFed. Crim. y Correc., sala I, 11/7/2007, "León, Ariel"). Si la influencia fuera irreal o inexistente, no se configura este delito, sino la defraudación del art. 173 inc. 10 del Cód. Penal[36] (Ghersi, ps. 1203-1204).

2.3. Consumación y tentativa

Es un delito de mera actividad, que se consuma con la solicitud, unilateralmente, o bien cuando se recibe la dádiva o se acepta la promesa directa o indirecta en el marco de un acuerdo ilícito, que supone el encuentro de conductas punibles. La tentativa no resulta admisible. La solicitud al llegar a conocimiento del destinatario configura una hipótesis de delito consumado.

3. TRÁFICO DE INFLUENCIAS PASIVO AGRAVADO

3.1. Introducción

Manteniendo el criterio de resguardar especialmente, dentro del ámbito estatal, a la administración de justicia, el legislador considera más grave, por ser mayor el contenido de injusto, el tráfico de influencias cuando se dirige a magistrados del Poder Judicial o del Ministerio público para que actúen de una manera o de otra en las causas sometidas a su competencia funcional, constituyendo un atentado contra la objetividad, transparencia, imparcialidad o insospechabilidad de estos funcionarios, que compromete seriamente la independencia de criterio y la libertad moral de los jueces y fiscales, presupuestos esenciales para el buen desempeño de la misión que les cabe dentro del sistema republicano de gobierno, de resolver conflictos, asegurar la vigencia de la constitución y la actuación de la justicia (Buompadre, p. 229).

3.2. Bien jurídico protegido

La figura se agrava por la condición del funcionario influenciable, magistrado del poder judicial o del Ministerio Público, y por la naturaleza de los actos, retardos u omisiones funcionales que el sujeto activo compromete a cambio de una suma de dinero o dádiva, que solicita, recibe o acepta.

3.3. Tipo objetivo

3.3.1. *Acción típica*

La figura agravada comparte el aspecto objetivo con el tipo básico, está construida a partir de la modificación del especial elemento subjetivo. En este

(35) BREGLIA ARIAS, ob. cit., p. 894.

(36) LAJE ANAYA, ob. cit., p. 35.

caso, el funcionario a influir debe tratarse de un juez de cualquier fuero y jerarquía tanto nacional como provincial de la CABA, aunque estuvieran mal avocados, incluidos también los jurados previstos por el ordenamiento formal cordobés y los conjueces (Laje Anaya, p. 36), no así los árbitros ni los amigables componedores (Buompadre). El Ministerio Público abarca el ministerio público fiscal y el ministerio público de la defensa, quedando incluidos los fiscales, defensores oficiales, procuradores, curadores oficiales, asesores de menores de cualquier fuero y jerarquía tanto nacional, como provincial o de la CABA. La influencia debe tener por objeto, la emisión, el dictado, la demora o la omisión de dictámenes, fallos o resoluciones. Los dictámenes son los pronunciamientos correspondientes al Ministerio Público, mientras que la mención de resoluciones o fallos e refiere a los magistrados judiciales y debe interpretarse en sentido amplio abarcando todo pronunciamiento jurisdiccional definitivo o interlocutorio (Laje Anaya, p. 37) —auto o decreto— aunque no se encuentran comprendidas las medidas internas de superintendencia o disciplinarias; en ambos casos debe tratarse de cuestiones sometidas a su competencia (Buompadre, p. 195). La emisión o del dictado se refieren a pronunciamientos válidos, si en cambio el dictamen, la resolución o fallo se efectúan con defectos que los nulifiquen se cae en la hipótesis omisiva también prevista por el artículo (Creus, p. 286). En lo referente a la demora no es necesario que se venza el término previsto para adoptar la resolución o emitir el dictamen, sino que resulta suficiente con que haya podido materializarla antes y no lo haya hecho (Breglia Arias, p. 897). La influencia a ejercer debe ser futura, al igual que el acto del funcionario presionado que se promete, aunque su real ocurrencia es ajena a la realización del tipo.

3.3.2. Sujetos del delito

Sujeto activo puede ser cualquier persona.

3.4. Tipo subjetivo

Es delito doloso, de dolo directo, que exige conocimiento y voluntad, de cumplir la conducta descripta en el tipo objetivo.

3.5. Consumación y tentativa

Es un delito de mera actividad, que se consuma con la recepción de la dádiva o aceptación de la promesa formulada por un tercero (punible a título de tráfico de influencias activo agravado), por parte del agente, en el marco de un acuerdo delictivo, de codelincuencia necesaria. En la modalidad unilateral, se configura en el instante en que el agente solicita dinero o dádiva para hacer valer indebidamente su influencia ante el magistrado, para que este dictamine, retarde, etc., en las causas de su competencia, y este requerimiento llegue a conocimiento del interlocutor. El juez o el fiscal, en principio no son punibles, ni como coautores, ni partícipes del tráfico, por cuanto no hay acuerdo previo, ni posterior, entre el sujeto activo del tráfico y el magistrado influenciable (Buompadre, p. 231).

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.

(Texto según ley 25.188, por art. 33, B.O. 1/11/1999).

1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Nos encontramos ante la figura de *"cohecho pasivo agravado"*. A partir del Proyecto de 1906, se abandona la línea tradicional seguida por los proyectos Tejedor, y de 1891, la ley 49 y el Código de 1886, que distinguían el cohecho pasivo agravado propio del impropio, según que las resoluciones comprometidas fueran injustas o dictadas con arreglo a derecho. La fórmula sancionada en 1921 fue proyectada en 1917, con algunas modificaciones introducidas por la Comisión del Honorable Senado de la Nación. La ley 16.648 respetó el precepto original, que se mantuvo hasta la entrada en vigencia del art. 33 de la ley 25.188, que lo sustituye por una redacción que responde a la necesidad de adecuar la legislación penal al esquema constitucional propuesto a partir de la reforma de 1994, con la incidencia insoslayable en nuestra materia de los acuerdos internacionales incorporados con rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN), en general, y en particular, de conformidad con el art. 7º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759[37].

1.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por el cohecho pasivo agravado resulta ser el mismo que protege la agravante del segundo párrafo del art. 256 bis del Cód. Penal, es decir, el correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico genérico, y concretamente la imparcialidad de la función judicial del Estado y el derecho a la jurisdicción efectiva[38].

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Acción típica

El objeto del delito y los modos comisivos se corresponden con los del cohecho pasivo simple (art. 256 Cód. Penal). La recepción de dinero o de dádivas y la promesa de aceptación de las mismas[39]. El acuerdo venal ha tenido una concreta finalidad expresamente dispuesta por la ley. Es decir, que se emita o dicte

(37) BUOMPADRE, ob. cit., p. 206.

(38) GHERSI, ob. cit., p. 1206.

(39) Ídem.

—es decir se efectúe el pronunciamiento—, se retarde, esto es que el acuerdo se refiera a la demora en el dictado, aun cuando luego se efectúe el mismo dentro de los plazos legales para hacerlo, o se omita —se deje de hacer— un dictamen, resolución o fallo. Son objeto de esta conducta las resoluciones —decretos de trámite o autos que resuelven incidencias dentro de la causa—, los fallos —sentencias—, o los dictámenes —extendidos como disposiciones del Ministerio Público—. Tiene que tratarse de un asunto sometido a la competencia del juez o miembro del Ministerio Público. No están incluidas las resoluciones que alguno de estos deba efectuar pero que sean de tipo administrativo (ejemplo, permisos o sanciones a un empleado)[40].

2.2. Sujetos del delito

Sujeto activo puede ser solamente el juez, o un miembro del Ministerio Público, ya sean los fiscales o los defensores oficiales, con competencia nacional, provincial, y de cualquier fuero, sea civil, comercial, penal, etc. Los conjueces están comprendidos en la agravante, aduna Buompadre[41], se discutía en cambio, durante la vigencia del texto anterior, si los árbitros y los arbitradores amigables componedores podían ser autores de cohecho pasivo agravado, sentándose posiciones que, no obstante, la reforma de la ley 25.188, no han perdido actualidad. Para Núñez (*Tratado*, t. V, vol. 2, p. 101) no son jueces, pues el art. 269 los diferencia de ellos, postura que comparten Fontán Balestra y González Roura. Por el contrario, Soler dice que el árbitro que tenga calidad de juez puede ser autor del cohecho judicial agravado, pero los arbitradores y amigables componedores no, pues el art. 269 hace la expresa salvedad, y no puede ser extendida a otros casos (Soler, *Derecho penal argentino*, t. 5, p. 216). A su turno, Creus, sostiene que los árbitros actúan en realidad como verdaderos jueces de derecho, mientras que los arbitradores o amigables componedores pronuncian sentencia "según su leal saber y entender"; en principio, ni los unos ni los otros pertenecen a la administración, pues son designados por las partes del litigio —o del futuro litigio— por convenio privado, aunque puede judicializarse ante el juez de la causa ante el juez que pudiese resultar competente. Si ninguno de ellos pertenece a la administración, mal podrá verse vulnerada por su venalidad[42].

El artículo no comprende la actuación de la persona interpuesta. No obstante ello, y por ser esto de posible ocurrencia, se aplican para la situación del tercero las reglas generales de participación[43].

2.3. Tipo subjetivo

El delito es doloso, solo admite dolo directo. Es un delito de intención con un tipo mutilado de dos actos. El agente debe tener conciencia de que lo que

(40) GONZÁLEZ, ob. cit., p. 233.

(41) BUOMPADRE, ob. cit., p. 207.

(42) CREUS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., ps. 293 y ss.

(43) GONZÁLEZ, ob. cit., p. 233.

está recibiendo es en razón de un acuerdo tendiente al despliegue de las conductas y con las finalidades descriptas en el tipo objetivo.

El especial elemento subjetivo tiene que ver con que la recepción o la aceptación deben hacerse con el objeto de que el magistrado judicial o del Ministerio Público emita, dicte, demore, u omita dictámenes, fallos o resoluciones, es decir, los mismos actos que tenían por finalidad la influencia ejercida sobre dichos funcionarios en el art. 256 bis, última parte del Cód. Penal. Si la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa se efectúa con otro fin que no sea alguno de los especiales elementos subjetivos señalados, la conducta podrá quedar encuadrada en la previsión el art. 256 del Cód. Penal.

2.4. Consumación y tentativa

En lo referente al momento consumativo del ilícito, por tratarse de un delito de mera actividad, se configura en el preciso instante en que el magistrado o funcionario recibe la dádiva o acepta una promesa directa o indirecta, para dictar, demorar, emitir u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen en asunto sometido a su competencia. La predisposición de cumplir o no con lo pactado, carece de relevancia en orden a la consumación típica.

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 arts. 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 arts. 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.

(Texto según ley 25.188, por art. 34, B.O. 1/11/1999).

1. INTRODUCCIÓN

Estamos ante la presencia de la figura denominada "*cohecho activo*". Al explicar, la figura de cohecho pasivo del art. 256 bis, Aboso[44] explica que refirió que se trata de un delito de codelincuencia necesaria. Ahora bien, este artículo, dice, viene a reprimir la conducta del sobornador, es decir, al que entrega u ofrece dádivas en procura de la comisión de algunos de los comportamientos ilícitos regulados por los arts. 256, 256 bis y 257 del Cód. Penal. Huelga decir que la conducta del sobornador menoscaba de forma directa el normal y correcto desarrollo de la función pública en sentido amplio, ya que la oferta espuria realizada por aquel genera en el funcionario público una ilegítima avidez dineraria que influye de manera negativa sobre el legítimo y correcto ejercicio

(44) ABOSO, *Código...*, cit., p. 1250.

de la función pública. Es tan perjudicial para la Administración Pública el funcionario público que acepta el soborno como el que lo ofrece.

1.1. Antecedentes

El texto original de la norma, sancionado en 1921, se correspondía con el proyectado en 1891, y no distinguía el cohecho activo propio del impropio. La ley 16.648, de 1964, modificó su redacción para adecuarlo al texto del art. 256 (también reformado por la norma mencionada). La disposición actual es la ordenada por el art. 34 de la ley 25.188. El cohecho activo se ocupa de la conducta de los corruptores, vale decir, de los terceros que inducen a funcionarios, mediante la oferta o entrega de dádivas, a la realización de algunas de las conductas tipificadas en los arts. 256 y 257[45].

1.2. Bien jurídico

Más allá del correcto funcionamiento de la Administración pública, el cohecho activo protege, en particular, el normal desenvolvimiento del Estado frente al accionar pernicioso y corruptor de los particulares.

1.3. Tipo objetivo

1.3.1. Acción típica

Las conductas descriptas consisten en dar u ofrecer dádivas con el propósito espurio requerido por la ley. Corresponde remitirse a los ya descriptos en el art. 256 Cód. Penal. "...Da el que entrega y ofrece el que promete. Ambas acciones pueden ser explícitas (directas) o implícitas (indirectas). Pueden ser ejecutadas personalmente por el autor o por intermedio de un personero..." (Núñez), y se persigue la omisión o la realización de algo relativo a la actividad del funcionario. El sujeto busca corromper al funcionario público. Aquí está el autor del cohecho activo que ofrece la dádiva al funcionario y que, si este acepta, conforma para sí la conducta descripta en el art. 256. En el tipo en análisis puede verse la contracara normativa del cohecho pasivo que presupone siempre la existencia del cohecho activo como momento previo. No así a la inversa, porque frente al ofrecimiento, el funcionario puede no aceptar. Así entonces "...la actitud del destinatario de la dádiva no pertenece al tipo objetivo del art. 258 del Cód. Penal al punto que el rechazo del dinero... en nada afecta la integridad del injusto ya cometido por el autor con la simple propuesta venal..." (CNCrim. Corr., sala VII, 26/2/1981, "H.")[46].

1.3.2. Sujetos del delito

Sujeto activo puede ser cualquier persona. Si se tratare de un funcionario público, la pena se agrava, y se le impone conjuntamente la inhabilitación especial. En cuanto a la participación, es posible en cualquiera de sus formas (ej. la propuesta que le llega a través de un tercero, que adquiere por ello la calidad de cómplice primario) (Donna).

(45) BUOMPADRE, ob. cit., p. 212.

(46) GONZÁLEZ, ob. cit., ps. 233-234.

1.4. Tipo subjetivo

El delito es doloso. Solo admite dolo directo. Es un tipo de resultado cortado en que el sujeto activo debe hacer el ofrecimiento o la entrega con la especial finalidad típica del art. 256 —hacer, retardar o dejar de hacer—, conociendo la calidad de funcionario, juez o magistrado del Ministerio Público del destinatario.

El contenido del dolo es específico. Para que el delito se configure, el autor debe actuar con una finalidad concreta: entregar o prometer la dádiva al funcionario en procura o a cambio de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. El sujeto activo debe actuar con voluntad de concretar el "negocio" que le permita obtener los favores funcionales, y con conocimiento de que entrega o compromete las sumas a manera de soborno, es decir, consciente de que realiza oblaciones indebidas; si por ejemplo, entrega una suma por error, creyendo que paga una tasa, inducido por el funcionario, y formula petición, no actuaría con el dolo requerido por el tipo subjetivo del cohecho activo (Buompadre, ps. 213-214).

1.5. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la llegada a conocimiento del funcionario de la promesa o la entrega de los objetos que componen la propuesta venal, sin que importe la aceptación o no por parte de este. Basta simplemente que se lo coloque en tentación de tomar lo ofrecido o entregado. La mayoría niega la posibilidad de la tentativa (Núñez, Fontán Balestra), y alguno afirma para ello que los actos anteriores al convenio son simples actos preparatorios y por ello impunes (Creus). Otros la aceptan (Laje Anaya)[47]. Buompadre, señala que como no estamos ante un delito de codelincuencia necesaria, la actitud del funcionario frente a la entrega o promesa es indiferente a los fines de la tipicidad: el delito se consuma tanto si se acepta como si se rechaza; se perfecciona, incluso, en aquellos supuestos en los que la aceptación ha sido solo simulada (delito experimental) (Soler). Respecto del delito experimental, debe decirse, que teniendo en cuenta que nos encontramos ante un delito unilateral donde la voluntad recepticia no es requerida, el rechazo de la dádiva premeditado como prueba procurada en nada afecta la integridad del injusto (Breglia Arias, p. 900). En estos casos, la intervención de un agente provocador, entendido como quien colabora, pero no desea la consumación del hecho por el autor (De Luca, p. 349), será inocua, si el sujeto activo "adoptó por sí la decisión del hecho, lo que significa que no fue instigado" (CNCrim. y Correc., sala VII, 26/2/1981, "Herbstein, Eduardo"), descartándose entonces "la tentativa de delito imposible (art. 44 Cód. Penal), por cuanto... nadie lo determinará a concretar la proposición" (CN-

(47) GONZÁLEZ, ob. cit., p. 234.

Crim. y Correc., sala VIII, 17/2/1982, "Borráis, Carlos"). Es decir, que la motivación de su actuar debe haber tenido inicio en una propuesta del propio corruptor (Buompadre, p. 202)[48].

1.6. Agravantes

La primera agravante está construida sobre el especial elemento subjetivo. Lo pretendido por el corruptor son las acciones contempladas por los arts. 256 bis, último párrafo, y 257 relacionadas con los jueces o magistrados del Ministerio Público, se tiene en cuenta para calificar el delito no solamente la calidad del destinatario de la propuesta, sino también la naturaleza de los actos perseguidos (Buompadre, p. 202). La segunda agravante tiene en cuenta, simplemente la calidad de funcionario público del autor, a quien se le aplica, además inhabilitación especial.

Art. 258 bis.— Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiere 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 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.

(Texto según ley 27.401, art. 30, B.O. 1/12/2017).

I. Introducción

El artículo, introducido por la ley 25.188 y modificado por la ley 25.825, aparece, como asistemático dentro del capítulo, ya que por un lado restringe el cohecho a las cuestiones de naturaleza meramente económica o comercial y por el otro amplia el supuesto de aplicación a los funcionarios públicos extranjeros y a las organizaciones públicas del mismo carácter (como podrían ser la ONU, OEA, ALCA, OIT, etc.) por lo que los casos concretos que podrían configurar

(48) Ghersi, ob. cit., ps. 1210-1211.

este tipo penal no necesariamente no necesariamente supondrían una desnaturalización de la función pública del Estado argentino respecto a su ámbito interno de actuación, dado que, en definitiva, el bien jurídico protegido sería en este caso la imparcialidad del funcionario extranjero. En realidad, este delito de "soborno transnacional" es producto de la adhesión de nuestro país a la Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996 (incorporada por ley 24.759). Las deficiencias en la redacción del artículo y su inconsistencia con el resto del capítulo puede observarse también en el hecho de que no existe correspondencia con la actitud asumida por el funcionario extranjero, que se encuentra exento de pena en razón de las reglas del derecho internacional público[49].

El delito de soborno transnacional previsto en nuestro ordenamiento penal, si bien se ajusta a las pautas generales del art. VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, no abarca todas las conductas allí previstas. Artículo VIII: "Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados parte que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan". El art. 30 sustituye el art. 258 bis del Cód. Penal. La norma conforme la nueva redacción agrega a la regulación ya existente, el siguiente párrafo: "*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*". Este párrafo, contiene una definición que puede entenderse como complementaria del art. 77 Cód. Penal.

1.1. Bien jurídico protegido

Para la doctrina el bien jurídico tutelado consiste en la imparcialidad del funcionario público extranjero (Donna, p. 278), aunque también se hace extensivo a la transparencia de las transacciones de naturaleza económica, financiera o comercial (D'Alessio, p. 833). Sin embargo, Aboso[50] entiende que si bien la finalidad de la inclusión de esta norma dentro del catálogo de delitos

(49) Amans - Nager, *Manual de derecho penal. Parte especial*, ps. 493-494.

(50) Aboso, ob. cit., p. 1252.

de corrupción obedeció a evitar las prácticas distorsivas en el mercado de capitales internacional, lo cierto es que la utilidad de esta inclusión está todavía por verse, ya que la jurisdicción penal del país al que pertenece el funcionario público extranjero cohechado no queda excluida o restringida por la aplicación de esta norma.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Acciones típicas

Las acciones típicas son ofrecer y otorgar. *La ley 27.401 de Responsabilidad penal de las personas jurídicas incorporó la promesa como acción típica, además de agregar que dichas acciones debían ser realizadas indebidamente, con ello añade un elemento normativo del tipo.*

Ofrece el que promete (Creus, p. 288). La oferta puede hacerse directa o indirectamente, o sea explícita o a modo de insinuación, pero debe ser concreta, precisa y completa (Terragni, p. 176). En cuanto a otorgar, resulta ser una acción más amplia que el dar del cohecho activo ordinario. No solamente incluye la entrega de algo material, sino que abarca la concesión de cualquier beneficio inmaterial. Dicha amplitud juega en consonancia con la variedad de los objetos típicos. La acción del sujeto activo puede partir de su propia iniciativa o por pedido o sugerencia del funcionario extranjero[51] y puede ser materializada por el propio autor o por un testaferro[52]. El objeto del delito pueden ser sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario, u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas. Como puede observarse, advierte Ghersi[53] el listado resulta ser mucho más amplio que el contemplado en el cohecho ordinario; sin embargo, mucho de los términos se engloban uno al otro. Además del dinero y la dádiva que ya se han caracterizado, el artículo habla de objetos de valor pecuniario que se encuentran incluidos en las dádivas que simplemente se caracterizan por su materialidad. Se agregan los favores y las ventajas, entendiéndose los primeros por la entrega de ayudas, honras o distinciones de carácter sensual, honorífico o estético, mientras que las segundas estarían dadas por la superioridad de situación o los mejores derechos que se conceden respecto a otros (Laje Anaya, p. 50). Sin embargo, dicha enumeración no resulta taxativa, como lo indica utilización de la preposición "como", lo cual indica que el legislador quiso ser lo más abarcador posible, por lo que el objeto puede referirse a cualquier tipo de beneficio, incluso el vinculado a sentimientos, afectos, deseos, ideales, etc. (Terragni, p. 182). En cuanto a las promesas, se refieren a la voluntad dativa o hacedora de cualquiera de los objetos antes descriptos[54].

(51) TERRAGNI, ob. cit., p. 182.

(52) LAJE ANAYA, ob. cit., p. 43.

(53) GHERSI, ob. cit., p. 1212.

(54) Ibídem, ps. 1212-1213.

2.2. Sujetos del delito

Se trata de un delito común, ya que se exige cualidad especial alguna en el autor. Sujeto pasivo tiene que ser un funcionario público extranjero o que pertenezca a una organización pública internacional. No es necesario que el receptor sea un ciudadano extranjero, dado que puede tratarse de un nacional que se desempeñe como funcionario de otro país o de alguna organización pública internacional. Contrariamente no podrá ser sujeto pasivo un miembro de alguna empresa privada extranjera dado que se requiere el carácter público del organismo.

2.3. Tipo subjetivo

Es un delito doloso, de dolo directo. Es importante que el ofrecimiento o la entrega de dinero o demás beneficios tengan la finalidad descripta por la norma.

Requiere, además, este delito dos especiales elementos subjetivos diferentes e independientes que deben concurrir simultáneamente.

El primero tiene que ver con que el fin buscado por el autor al realizar su acción típica sea que el funcionario internacional realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo. Es decir, que este aspecto es similar a lo requerido por el art. 258 del Cód. Penal, pero en relación con un funcionario público internacional. Sin embargo, a diferencia de lo allí prescripto, no se incluye como objetivo que este "retarde" un acto relacionado al ejercicio de sus funciones, por lo que tal propósito queda fuera del tipo. Por el contrario, en forma más abarcativa que el art. 258, no se requiere que la influencia del funcionario internacional sirva que otro funcionario haga u omita un acto, por lo cual dicha influencia —posibilidad de interferencia en el proceso de decisión de otro (CNFed. Crim. y Correc., sala I, 11/7/2007, "León, Ariel")—, puede tener que ver con cualquier posibilidad de beneficio. Si debe tratarse de que la influencia en cuestión derive del cargo del funcionario internacional, descartándose así las múltiples razones que permite el tráfico de influencias simple —moral, de parentesco, etc.—. Podrá tener que ver con su jerarquía funcional o con cualquier ascendiente que le otorgue su cargo, tanto respecto de otros funcionarios internacionales, como de funcionarios de otros países o nacionales, así como también respecto de cualquier persona que no sea funcionaria. Se trata, en definitiva, de la contraprestación que el sujeto activo espera recibir a cambio de su accionar, pero no resulta necesario que ello se obtenga efectivamente, lo cual excluye el carácter bilateral del delito, siendo solamente necesario que persiga ese fin[55].

El segundo especial elemento subjetivo que requiere la figura tiene que ver con que el sujeto activo busque un beneficio para sí o para un tercero, el cual puede consistir en cualquier tipo de provecho, ya sea material o inmaterial, pecuniario o no, el cual en el plan del autor, es el producto de la realización u omisión del acto o de la influencia a ejercer por el funcionario internacional en

(55) GHERSI, ob. cit., ps. 1216-1217.

el asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial. Está claro que no es necesario que dicho provecho ocurra.

2.4. Consumación y tentativa

Se trata de un delito de mera actividad que se consuma sin requerir resultado y cualquiera sea la actitud del destinatario (Laje Anaya, p. 50). El ofrecimiento se consuma con el conocimiento por parte del funcionario de la proposición[56]. Mientras que la concesión, dada su amplitud de modos comisivos, tiene diversas formas consumativas.

La tentativa será posible en el caso del ofrecimiento, cuando esta es realizada por escrito o por otra comunicación a distancia que no llega a conocimiento del funcionario por razones ajenas a la voluntad del autor. Mientras que, en lo atinente a la concesión, dependerá de la manera en la que se desarrolle el hecho[57]. A no encontrarse el verbo "dar" que implica la entrega material de la cosa, el abanico de posibilidades es mucho más amplio para "conceder" el beneficio. Ejemplo, el caso hipotético en el que el funcionario extranjero solicita a un funcionario nacional, en el curso de una reunión, cierta suma de dinero y el sujeto activo, sin haber prestado conformidad aún durante la entrevista —es decir, no hay ofrecimiento—, decide realizar luego una transferencia bancaria con el monto en cuestión, la cual se ve frustrada por las autoridades del banco que dan aviso a los superiores del autor. Quedará en grado de conato igualmente, si en el caso anterior, en lugar de solicitar dinero, el funcionario extranjero le pide como ventaja el ingreso irrestricto al país sin ser revisado por los agentes aduaneros, lo cual el funcionario nacional decide conceder dando directivas al personal superior de aduanas, pero la orden no llega a los empleados responsables del control, lo cual determina que el beneficio nunca fuera efectivamente concedido —sin que importe si luego es revisado o no—. Por lo dicho considera Ghersi, que la tentativa no es posible.

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.

1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

En este supuesto a diferencia de los anteriores, no nos encontramos aquí ante un tipo de cohecho destinado a obtener una conducta positiva u omisiva en particular del funcionario; por el contrario, la dádiva se ofrece al funcionario solo por el hecho de serlo. Por ello, dado que el objetivo del sujeto ac-

(56) SOLER, ob. cit., p. 185.

(57) TERRAGNI, ob. cit., p. 182.

tivo del cohecho pierde nitidez, este supuesto ha sido denominado "cohecho impropio"[58].

La norma incluye dos figuras: la recepción de dádivas por un lado y la entrega por otro. Es decir, que mientras en el cohecho y en el tráfico de influencias las figuras pasivas y las activas se encuentran previstas en artículos distintos, aquí se incluyen las dos juntamente.

2. ADMISIÓN DE DÁDIVAS (FIGURA ACTIVA)

2.1. Introducción y antecedentes

El art. 259 tipifica una forma impropia y leve de cohecho que, si bien pone en crisis la insospechabilidad e imparcialidad en la función pública, no llega a asumir la gravedad del acuerdo venal que constituye el núcleo delictivo en la práctica de actos de corrupción en el ámbito de la gestión pública. El proyecto de 1891, siguiendo el Código español de 1870, introdujo esta figura a nuestros precedentes. El texto original sancionado en 1921 fue modificado por la ley 16.648, penalizando en párrafo aparte la presentación u ofrecimiento de dádivas u ofrecimiento de dádivas a funcionarios.

2.2. Bien jurídico protegido

Parecería ser, como lo afirma parte de la doctrina, que el bien jurídico protegido en este caso no sería la correcta actuación de la Administración Pública, dado que no se exige ni se espera conducta alguna del funcionario, sino simplemente la irreprochabilidad del funcionario; en otras palabras, la incriminación parecería intentar proteger la "imagen" de los funcionarios públicos, como espejo de su correcto desenvolvimiento, en tanto la aceptación de dádivas generaría objeciones a su imparcialidad y apego a la ley, y en consecuencia sobre la legalidad de la actuación de los poderes del Estado. Amans-Nager, señalan que, a diferencia de los artículos anteriores, la norma en trato no alude a promesas ni a aceptación de entregas futuras; la conducta, mucho más restringida, solo penaliza la efectiva recepción de la dádiva por parte del funcionario, y no la mera aceptación a futuro, aunque se mantiene la incriminación de la mera oferta para el sujeto activo del cohecho[59].

2.3. Tipo objetivo

2.3.1. Acción típica

La acción típica es la de admitir dádivas, lo que implica recibirlas, no solo aceptarlas (Creus-Buompadre, p. 307; D'Alessio, p. 835; de otra opinión, Fontán Balestra, p. 303). La dádiva debe ser aceptada por el funcionario público de ma-

(58) AMANS - NAGER, *Manual...*, cit., p. 494.

(59) Ibídem, ps. 494-495.

nera personal o por interpósita persona. En este caso el intermediario responde en calidad de partícipe necesario (Aboso, p. 1253). Ghersi sostiene que la acción típica es la de admitir, lo cual equivale a recibir personalmente o por medio de un tercero, quedando excluida entonces la aceptación de una promesa[60]. En contra de esta posición Rimondi sostiene que "aceptar" no requiere necesariamente la entrega de la cosa, resultando posible aceptar la dación de una cosa como también la oferta de entrega futura[61], aunque parece ampliarse demasiado la acepción del término.

Respecto de las dádivas de poco valor o pequeños regalos, entiende Donna, que su admisión no resulta típica por su falta de idoneidad para afectar la imparcialidad del funcionario público (Donna, p. 287). Sin embargo, Ghersi opina que en nada influye la honorabilidad del funcionario, sino que lo se protege es la transparencia, por lo que se entiende que el valor de la dádiva en nada influye en la configuración del delito. La entrega de un pequeño obsequio, insignificante desde el punto de vista económico, puede dar ante la percepción de un tercero una imagen de familiaridad o connivencia que, aunque no exista en los hechos, afecta la transparencia de la administración.

2.3.2. Sujetos

Sujeto activo del delito solo puede ser un funcionario público, mientras permanezca en funciones, vale decir, en ejercicio de su cargo. Este hecho, en cierto sentido, debe limitarse negativamente con relación al de cohecho. La diferencia se encuentra en la vinculación requerida por el cohecho entre la dádiva o la promesa y un hecho o una omisión determinadas y futuras de parte del funcionario. La dádiva no tiene que aparecer vinculada al cumplimiento por parte del funcionario de un acto o actos futuros. Los agradecimientos anticipados —al decir de Soler— serán siempre sospechosos de cohecho (Soler, t. 5, p. 220). El delito importa —como señala Núñez— "sencillamente, una dádiva al funcionario solo porque es tal; o por una razón extraña a la realización u omisión de un acto relativo a sus funciones, pero vinculada a otros actos realizados por el funcionario como tal, pero extra-funcionales. Esté o no la dádiva vinculada a una actuación del funcionario, lo esencial para que el hecho encuadre en el art. 259 y no en el de los arts. 256 o 257, es que el tercero la haya dado porque el sujeto pasivo es titular de una función pública o en atención a actos del funcionario no comprendidos por los arts. 256 y 257, pero prácticamente vinculados a su condición de funcionario" (Núñez, *Tratado*, t. V, vol. 2, p. 105). En la admisión de dádiva no debe existir vínculo o relación, entre el obsequio y un acto, de ninguna naturaleza, sí debe haberlo, en cambio, entre el presente y la función: este será hecho en consideración a sus oficios funcionariales, es decir, a su carácter de funcionario público[62].

(60) CREUS, ob. cit., p. 290.

(61) RIMONDI, ob. cit., p. 132.

(62) BUOMPADRE, ob. cit., ps. 235-236.

2.4. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso que solo admite el dolo directo[63]. El especial elemento subjetivo de esta figura tiene un aspecto positivo y uno negativo[64]. El primero tiene que ver con que la dádiva debe recibirse en consideración al cargo que ejerce el funcionario público. Es decir, que el autor debe estar consciente que la receptación no ocurriría si no se desempeñara en el cargo que detenta. De esta forma, cualquier otra motivación como la cortesía[65] o la relación personal[66] impiden la adecuación típica. Este y no el valor de la dádiva, será el elemento determinante para la tipicidad o no de la conducta. El aspecto negativo lo constituye la absoluta desvinculación subjetiva de la dádiva con el cumplimiento de un determinado acto futuro o de determinada serie homogénea de actos[67], aunque sí puede tener relación con actos funcionales que el funcionario haya realizado en el pasado[68].

2.5. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la recepción de la dádiva por parte del funcionario o del tercero que actúe por él. Se consuma con la simple recepción u ocupación, sin ser necesario cumplimentar las formalidades para la transferencia de dominio en los bienes registrables (Creus, p. 290). No resulta posible la tentativa (Soler, p. 188, González, p. 236). En cuanto a la simple aceptación de una promesa, se trataría de un acto preparatorio impune.

3. PRESENTACIÓN DE DÁDIVAS (FIGURA ACTIVA)

3.1. Introducción

Es idéntico al anterior, nada más que ahora desde la óptica de aquel que afecta —siempre a modo de sospecha— el normal funcionamiento de la Administración Pública ofreciendo dádivas. La ley 16.648 incorporó como tipo autónomo, la presentación u ofrecimiento de dádivas, incriminando la conducta del que las presentara u ofreciera al funcionario, poniendo fin a la impunidad del tercero que lo hacía.

3.2. Tipo objetivo

3.2.1. Acción típica

La conducta típica es la de presentar u ofrecer la dádiva. "Presentar" es lo mismo que dar, puesto que importa poner a disposición o hacer llegar la dá-

(63) CREUS, ob. cit., p. 290.

(64) GHERSI, ob. cit., ps. 1221-1222.

(65) RIMONDI, ob. cit., p. 139.

(66) SOLER, ob. cit., p. 188.

(67) Idem.

(68) CREUS, ob. cit., p. 290.

diva; "ofrecer" es proponer la entrega, en otras palabras, ofertar; la promesa de entregar la dádiva importa su ofrecimiento[69].

3.2.2. Sujetos del delito

A diferencia de la figura descripta en el párrafo 1, sostiene Buompadre[70], el sujeto activo en este delito puede ser cualquier persona, incluso un funcionario público. La ley no prevé agravante para este último supuesto.

3.2.3. Tipo subjetivo

El delito es doloso, admite solo dolo directo.

3.2.4. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la presentación u ofrecimiento. No es necesario que el funcionario la acepte.

La presentación es de consumación instantánea, basta con la sola dación sin importar la aceptación del funcionario, por lo que no resulta posible la tentativa[71]. Al igual que lo que ocurre en el cohecho activo (art. 258 Cód. Penal), el ofrecimiento se consuma con el conocimiento por parte del funcionario de la proposición[72], por lo que la tentativa será posible en el caso del ofrecimiento realizado por escrito o por otra comunicación a distancia que no llega a la percepción del funcionario por razones ajenas a la voluntad del autor[73].

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.

(Incorporado por ley 27.401, art. 31, B.O. 1/12/2017).

El art. 31 de la ley 27.401 incorpora el art. 259 bis[74]. La norma agrega a los delitos de cohecho y tráfico de influencias contenidos en el Capítulo VI (arts. 256, 256 bis, 257, 258 y 259), la pena de multa consistente en "de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada". El Capítulo VI agrupa y contiene los delitos de cohecho pasivo simple (art. 256), cohecho pasivo agravado (art. 257), admisión de dádivas (art. 259 párrafo 1º), cohecho activo simple, cohecho activo agravado, tráfico de influencias activo simple y agravado (art. 258), tráfico de influencias pasivo simple y agravado (art. 256 bis), presentación y ofrecimiento de dádivas (art. 259, párr. 2º) y el delito de soborno transnacional (art. 258 bis).

(69) CREUS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 306.

(70) *Tratado...*, cit., t. 3, p. 237.

(71) DONNA, ob. cit., p. 290.

(72) SOLER, ob. cit., p. 185.

(73) GHERSI, ob. cit., p. 1224.

(74) 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.

La presente norma prevé en forma conjunta con las penas previstas para los delitos comprendidos en el presente capítulo una multa cuya determinación concreta dependerá del valor del objeto del delito como así también de la capacidad de disponibilidad económica de la empresa (Parma-Gorra, p. 446).

El art. 2º de la ley 27.401 RPPJ exime de responsabilidad a la persona jurídica, *"solo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella"*. Es decir, que se imputa responsabilidad a la persona jurídica por la actuación de sus órganos, en su interés o beneficio, incluso de un tercero, que no tuviere la representación de la misma, siempre que los órganos societarios hubieren ratificado la actuación de este, y solo la exime de responsabilidad, cuando la persona humana, hubiere actuado en su exclusivo beneficio, sin generar provecho alguno para la persona jurídica.

Yacobucci[75] refiere que el enunciado de la nueva ley busca salvar uno de los primeros escollos que se suscitan, al menos en la tradición continental, cuando se analiza esta imputación de cara al principio de culpabilidad penal. Dentro de las exigencias básicas de este principio, se incluye la necesidad de que los sujetos respondan por aquello que está dentro de su propia competencia, no la de otros[76]. Si respondiera por hechos ajenos, en verdad, estaría asumiendo una función vicarial, pues se terminaría haciendo cargo de lo que corresponde a terceros. Por eso, en el texto legislado, se indica que la persona jurídica será responsable por aquellos delitos que se han previsto taxativamente —no por el entero catálogo de la Parte Especial— cuando se hubieren realizado, directa o indirectamente, "con su intervención", "en su nombre", "interés" o "beneficio". Sin embargo, también se integran los casos donde aquel que hubiere actuado en "beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita".

Con la inclusión del término "intervención" se pretende señalar que ha sido la propia entidad jurídica la que ha "obrado". Es decir, remite a una responsabilidad por el hecho propio. Intervenir debe entenderse en términos normativos como "tomar parte o hacer suyo" el hecho. Se interviene, por cierto, de distintas maneras, esto es: por comisión, omisión o comisión por omisión. Si se analiza en términos prácticos la operatividad esperable de la nueva ley, seguramente serán preponderantes los supuestos de omisión o comisión por omisión, en la

(75) YACOBUCCI, Guillermo J., "La empresa como sujeto de imputación penal", LL del 27/11/2017.

(76) Ver YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2014, 2ª ed.

medida en que no se identifique una directiva claramente ilícita surgida del alto nivel de la organización[77]. Por eso, dentro de los enunciados que habilitan la imputación a la persona jurídica, cabe integrar la "tolerancia" frente al hecho ilícito, la falta de respuesta a la actividad criminal detectada o, incluso, la carencia de controles —programa de integridad, auditorías, etc.— que facilitaron el desconocimiento en tiempo y forma de lo acontecido. En esto, además, el tamaño y la complejidad de la organización no son óbice para reclamar la exteriorización de alguna tarea de vigilancia de riesgos. En las FSG se habla, para los casos de entidades de menor configuración, de algo así como un *walking around*, que permite un vistazo sobre lo que está sucediendo.

En el campo continental, se ha postulado, de todos modos, una especie de analogía entre las pequeñas organizaciones y una situación de inimputabilidad, atendiendo a las dificultades de implementación de un programa eficaz de controles —Gómez-Jara—. Claro que esta carencia conspiraría con la obligación de las empresas que concurren a licitaciones con el Estado de tener un adecuado sistema de *compliance*.

En el supuesto de que la actuación que se busca imputar haya sido en "nombre" de la persona jurídica, ha de considerarse, según las teorías del órgano o de la función, que también puede cargarse a su cuenta esa actuación del otro sin necesidad de acudir a una "transferencia" de responsabilidades. Silvina Bacigalupo considera que el enunciado "en nombre" habilita, sin dificultades, la imputación del hecho como acción propia de la persona jurídica, pues solo se vincularía con esta y no con el sujeto humano. Así, la acción representativa de un órgano o de una persona con funciones directivas de una entidad podría definirse como una acción propia de la entidad[78]. Aun aceptando ese presupuesto, en la medida en que la legislación se orienta a una responsabilidad penal concurrente entre uno y otro de los sujetos —empresa y directivo—, el planteo no resulta plenamente satisfactorio, pues si no exterioriza una instrumentalización —del sujeto humano o del sujeto ideal—, queda en evidencia que los títulos de atribución del hecho deben ser diferentes: uno para la empresa, otro para el directivo, pues en principio cada uno realizaría su propia intervención. De allí que en la discusión se progresa e interroga sobre el núcleo que justificaría —a título autónomo— cargar a la empresa los hechos ilícitos de sus directores, representantes, etc. Por eso, la cultura de la organización, su gobierno y su ética empresarial serán un punto central del análisis que, ciertamente, remarcan las actas del Congreso de los Estados Unidos antes mencio-

(77) Una forma de identificar ese alto nivel se encuentra precisamente en la FSG, en el comentario C2.5, que en resumen indica: "'High-level personnel of the organization' means individuals who have substantial control over the organization or who have a substantial role in the making of policy within the organization. The term includes: a director; an executive officer; an individual in charge of a major business or functional unit of the organization, such as sales, administration, or finance; and an individual with a substantial ownership interest".

(78) BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

nadas, así como los contenidos de las Convenciones Internacionales contra la Corrupción y está en el núcleo del debate actual sobre la cuestión[79].

Ya en los supuestos del "interés" o "beneficio", incluso por quien carezca de atribuciones pero que, aun tácitamente, la persona jurídica ha ratificado, la explicación viene de la mano de la teoría de la utilidad o el interés. Mientras en el caso de la actuación "en nombre" se busca conceptualizar una responsabilidad a título propio, autónoma, es decir, que le pertenece *per se* a la entidad; en los restantes, por el contrario, lo que opera como vínculo de transferencia hacia la entidad de lo actuado por los sujetos humanos es la utilidad que aquella obtiene. Utilidad o beneficio que no necesariamente ha de reflejarse en sus balances como incremento patrimonial. Habrá casos —vinculados al lavado de activos— en los que un quebranto patrimonial pueda resultar "útil" a la empresa. Precisamente, desde ese enfoque, la nueva legislación permite la descarga de responsabilidad de la empresa en los casos donde se verifique que "la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella". Algo similar ocurre en la legislación española[80].

Por eso, asumiendo —prosigue Yacobucci— todos estos títulos de atribución penal, en nuestros días se suele admitir que la responsabilidad de la persona jurídica asume una situación especial: no es ni propiamente autónoma —respecto de aquella del sujeto real— ni exclusivamente vicarial —se haría cargo de cualquier actuación de esos individuos—[81]. Esa mixtura ya indica la imposibilidad de eludir una responsabilidad que en términos del principio de culpabilidad resulta compleja. Ahora bien, una vez analizadas las formas de ubicar a la empresa dentro del círculo de imputación, es importante identificar cuáles serían los "componentes" que permitan encontrar algún equivalente funcional al núcleo que toda atribución de responsabilidad penal reclama. Esto es, la capacidad de actuación contraria al derecho dentro del ámbito de su competencia. Para esto es necesario darle un contenido material a ese ilícito corporativo que, en gran medida, remite a la verificación de una falla o defecto en la organización misma de la persona jurídica, producto de su cultura ética organizacional.

En esa línea, cabe entender la decisión de nuestro legislador, en cuanto determina una "independencia de las acciones", ya que asume que "La persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido

(79) Solo como referencia de la importancia del tema, al menos en el derecho penal español, puede citarse el pensamiento de Gómez-Jara y el debate concretado entre Bernardo Feijóo Sánchez y Javier Cigüela. Para aproximarse a esos aspectos vale la pena consultar *www.indret.com*, 2/2016.

(80) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", InDret, *www.indret.com*, 1/2012.

(81) Así se puede inferir de algunos fallos del Tribunal Supremo Español: STSE 154/2016 y 221/2016, entre otros.

sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica". Así, la justificación de la responsabilidad del ente se funda en una configuración "interna" de la corporación que la ubica en contradicción o infidelidad para sus deberes con el orden jurídico. Esa criminalidad corporativa, que se expresa en la noción de *Unrechtssysteme* —Lampe—, implica identificar una actitud organizativa defectuosa, aunque pueda exteriorizarse a través de distintos niveles o intensidades[82]. Por eso, podrán encontrarse situaciones donde la propia constitución del ente jurídico persigue la realización de una actividad criminal —empresas fachadas o dependientes del crimen organizado—.

También se enfrentarán situaciones donde, a pesar de tener objetivos claramente lícitos, la empresa se ha estructurado a través de una cultura "criminógena", que reduce las barreras psicológicas frente a los comportamientos antijurídicos o se favorece una actitud criminal. Aquí lo que puede observarse es la existencia de incentivos que en definitiva promueven en los directivos una disposición que trasciende los límites y exigencias legales —*management by results*— en pos de un beneficio que, aun redundando en la empresa, termina favoreciendo al mismo tiempo sus intereses personales —bonos, reconocimientos de eficiencia o ganancia, etc.—.

Por último, es posible que los ilícitos comprobados respondan a una cultura corporativa que tolera, facilita o permite su realización, en virtud de las deficiencias y desatenciones con que se ha constituido el perfil de la empresa. En ese marco se muestra la exigencia de una actuación cuasi ejemplar del *high-level personnel* empresario, lo que suele identificarse con la directriz *tone at the top* para marcar el necesario compromiso ético de los más altos niveles de la organización. Esa actitud —proactiva— de la dirección debe partir de una correcta identificación de riesgos, como se ha señalado en Sarbanes-Oxley y Dodd-Frank. Así como en la criminología ordinaria se habla de *hot spot* para identificar los lugares calientes —riesgosos—, en nuestro campo se trata de reconocer las *red flags*, que son indicadoras de riesgo, sobre todo en razón del elenco de delitos que menciona la ley, de corrupción.

La idea que está detrás de esta aproximación —concluye, en esta parte Yacobucci— es que la persona jurídica construya una identidad ético-cultural que opere como equivalente funcional a esa conciencia exteriorizada en actos libres, propia de la persona humana. En orden a lograr esa configuración, se exige fundamentalmente que la persona jurídica adopte una cultura organizativa que fomente la fidelidad al orden jurídico, que los integrantes puedan denunciar la existencia de comportamientos de corrupción —*whistleblower*—, que prevea sanciones disciplinarias o administrativas frente a comportamientos reñidos con las exigencias éticas y legales y, en especial, en lo que aquí interesa, que haya controles, auditoría, vigilancia y un programa de integridad efectivo, promovido desde lo más alto de la dirección.

(82) Cfr. LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídica penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, 2003.

El art. 9º de la ley 27.401 exime *de pena y responsabilidad administrativa* a la persona jurídica, cuando concurran *simultáneamente* las siguientes circunstancias: a) espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Munilla Lacasa[83] puntualiza que para ser eximidas de pena deben concurrir en forma simultánea las siguientes circunstancias (art. 9º): "a) espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito y; c) hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido". Añade, que no debe pasar inadvertido que la redacción utilizada en el art. 9º no es facultativa para el juez. Allí dice: "*Quedará* eximida de pena y responsabilidad administrativa...". Se advierte, pues, con absoluta claridad, la fundamental importancia que adquieren los programas de integridad, en el entendimiento de que los dos primeros incisos pueden redefinirse en uno, ya que tener un programa adecuado (inc. b]) es justamente lo que le permitirá a la empresa detectar el ilícito y montar una investigación interna, que desembocará, a la sazón, en la denuncia espontánea (inc. a]). Resultará indispensable distinguir un programa "de papel", confeccionado solo para completar el requisito formal, de aquel otro que verdaderamente demuestre que la empresa está comprometida con las buenas prácticas y que ha hecho todo lo posible, todo lo que estaba a su alcance para "prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la ley". Así, el programa "deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, con su dimensión y con su capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación" (art. 22).

El art. 16 autoriza a la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal a celebrar *un acuerdo de colaboración eficaz*. El mismo debe consistir en que "aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el art. 18 de la presente ley". El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio. Por su parte, el art. 17, *regula la confidencialidad de la negociación", "siendo su revelación pasible de aplicación de lo previsto en el Capítulo III, del Título V, del Libro Segundo del Cód. Penal"*. El art. 18 establece el *contenido del acuerdo*. En tanto el art. 19 regula *la forma y el control judicial del acuerdo de colaboración*. Por su parte, el art. 20 legisla en relación con el rechazo del acuerdo de colaboración, estableciendo que "*la información*

(83) MUNILLA LACASA, Hernán, "Los programas de integridad en la nueva Ley Penal Empresaria: su alcance y forma de evaluación", LL del 27 de noviembre de 2017.

y las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación deberán devolverse o destruirse y no podrán ser empleadas judicialmente, excepto cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido conocimiento de ellas de forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo". Con ello se trata de eludir la regla de exclusión probatoria, mediante los conocidos mecanismos, de la prueba independiente, la mancha diluida, etc. Por último, el art. 21, preceptúa en torno al *control del cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz*, disponiendo que "dentro de un plazo no superior a un (1) año, el *Ministerio Público Fiscal o el juez corroborarán la verosimilitud y utilidad de la información que hubiera proporcionado la persona jurídica en cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz. Si se corroborare* la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada, *la sentencia deberá respetar las condiciones establecidas en el acuerdo, no pudiendo imponerse otras penas.* En *caso contrario*, el juez dejará sin efecto el acuerdo y el proceso continuará de acuerdo con las reglas generales.

Asimismo, cabe mencionar en este punto, *la implementación de un Programa de Integridad*, por parte de la persona jurídica.

La corrupción representa una amenaza seria para el estado de derecho y el desarrollo sostenible en todo el mundo. Tiene un efecto desproporcionado y destructivo sobre los pobres y los más vulnerables, pero también es, simplemente, nociva para los negocios. La corrupción sofoca el crecimiento económico, distorsiona la competencia y presenta graves riesgos legales y para la reputación. Aleja a los inversionistas, actuando como un "impuesto" oculto o un cobro administrativo ilegal, que aumenta consecuentemente los costos para las empresas y, a la larga, para sus clientes. Las prácticas corruptas son perjudiciales para todas las empresas —grandes, pequeñas, multinacionales y locales. Los escándalos empresariales han sacudido los mercados financieros y menoscabado la confianza de los inversores. Esos incidentes también reciben una enorme atención del público y de los medios, y afectan la reputación más allá de la entidad en cuestión o de las personas involucradas. Las demandas por una mayor rendición de cuentas en el sector privado han llevado a muchas empresas, particularmente entre las corporaciones más grandes del mundo, a aplicar principios para protegerse de la corrupción, resguardando así su imagen empresarial y los intereses de sus inversores, trabajadores y clientes. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el instrumento legal más sólido y de mayor alcance en la lucha contra la corrupción, aborda acciones con el sector privado.* Los 167 Estados que actualmente son partes en la Convención se han comprometido a aplicar medidas para prevenir la corrupción en el sector privado, mejorar la normativa contable y de auditoría y, cuando proceda, sancionar en caso de incumplimiento. *La Convención reconoce, además, que los Estados no pueden combatir la corrupción por sí solos. Las empresas tienen, a todas luces, una función vital que desempeñar como aliadas para el cambio. Es por ello que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito* ha preparado una *Guía práctica sobre las medidas que las empresas pueden tomar para establecer un programa anticorrupción de ética y cumplimiento efectivo.* Aunque las acciones varían de una empresa a otra, esta Guía se enfoca en elementos básicos comunes que las empresas deben abordar, con particular énfasis en los desafíos y

oportunidades para las pequeñas y medianas empresas. Esta Guía no crea nuevas normas. En lugar de ello, retoma la Convención y otras iniciativas, normas y principios regionales e internacionales que se fueron desarrollando a lo largo de los años para apoyar a las empresas en sus esfuerzos por comportarse como buenos ciudadanos corporativos[84].

A lo largo de los años se han desarrollado diversas iniciativas, normas y principios internacionales para brindar orientación a las empresas sobre cómo combatir la corrupción en sus operaciones con normas de integridad fortalecidas. La Guía proporciona asesoramiento sobre cómo poner en práctica esas iniciativas, normas y principios. Esta Guía se basa ante todo en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2005), pero se inspira también en el Código de Conducta Anticorrupción para los Negocios (2007), del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC); las Reglas para Combatir la Corrupción (2011), de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)[85]. Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas (2010), de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); los Principios para hacer frente al cohecho, de la Iniciativa de Alianza contra la Corrupción (PACI) del Foro Económico Mundial (2005); los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno (2009), de Transparencia Internacional (TI)[86], y los Lineamientos para el Cumplimiento de la Integridad (2010), del Grupo del Banco Mundial. Esta Guía ofrece consideraciones prácticas sobre los distintos pasos que las empresas pueden seguir para prevenir la corrupción en sus operaciones y establece un programa anticorrupción de ética y cumplimiento efectivo.

Contenido del Programa de Integridad. Munilla Lacasa[87] refiere que, mínimamente, los programas, según el art. 23 de la ley aprobada, *deben* contener: un Código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos miembros de la entidad, independientemente del cargo o función ejercidos (inc. a]); reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, o en cualquier otra interacción con el sector público (inc. b]); la extensión en la aplicación del Código de ética o de conducta, o de las políticas y procedimientos, a terceros o socios de negocios (tales como proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes o intermediarios, inc. c]); y la realización de capacitaciones periódicas sobre programas de integridad a todos los miembros de la organización o socios del negocio (inc. d]).

A su vez, añade, Munilla Lacasa, mas no con carácter obligatorio como los antes indicados, la disposición (art. 23) establece que el programa "podrá" con-

(84) Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica UNOCD Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito *https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf.*

(85) Edición de 2011 (publicada por primera vez en 1977).

(86) 1ª ed., 2003; 2ª ed., 2009 (ligeras revisiones). The Business Principles for Countering Bribery, PYMES Edition.

(87) MUNILLA LACASA, Hernán, "Los programas de integridad en la nueva Ley Penal Empresaria: su alcance y forma de evaluación", LL del 27 de noviembre de 2017.

tener otros elementos, tales como: análisis periódico de riesgos; el apoyo visible e inequívoco de la alta dirección y gerencia; canales internos de denuncia; sistemas de investigación interna; procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios; la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones; el monitoreo y la evaluación continua de la efectividad del programa; un responsable interno a cargo del programa, entre otros.

Pero al margen de los elementos indicados, que figuran en el art. 23 de la ley sancionada, se permite, destacar, con algo más de detalle, qué otras condiciones deberían figurar en un buen programa de integridad. Así, una correcta integración operativa de *compliance*; método para efectuar pagos, sus debidas aprobaciones; proceso de certificación; gestión de proveedores; evaluación y gestión de riesgos; análisis y remediación de las conductas ilícitas subyacentes; comportamiento de la alta dirección; compromiso compartido; supervisión; autonomía y recursos del oficial de cumplimiento, su rol debidamente definido, jerarquía, experiencia, autonomía, financiamiento, recursos, y si existen funciones tercerizadas; capacitación basada en el riesgo; disponibilidad de los lineamientos; efectividad de los mecanismos de reporte; investigaciones apropiadas conducidas por profesionales calificados; mejora continua, revisión y pruebas de efectividad periódicas de los controles; hallazgos relevantes; remediación; actualizaciones; gestión de terceras partes. Controles apropiados. Gestión de las relaciones. Consecuencias; fusiones y adquisiciones (M&A); *due diligence*.

En cuanto a los terceros, refiere el autor, la ley sancionada establece que las empresas serán responsables "si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita" (art. 2º, segundo párrafo). Como se advierte, la norma pretende alcanzar la actuación de los intermediarios que no poseen una relación contractual declarada, mas cabe preguntarse si también se activará la responsabilidad de la empresa frente a los hechos delictivos que, en su beneficio, pudieran cometer los socios del negocio, bajo cuya denominación genérica es posible calificar a los socios, clientes, proveedores, contratistas, distribuidores, socios de consorcios, agentes, socios de *joint ventures*, comisionistas, consultores, vendedores, asociados independientes, asesores, inversores, representantes. Si el 80% de los sobornos son pagados a través de los socios del negocio, ¿podemos estar realmente seguros de que bajo el concepto de "intermediarios" el legislador quiso abarcar también a los demás que hemos mencionado? ¿Son todos ellos intermediarios? ¿Habrá algún resquicio por el cual pueda alguno filtrarse?[88].

(88) Téngase en cuenta que el proyecto inicial contemplaba expresamente en su art. 2º que las sociedades "también son responsables por la actuación de proveedores, contratistas, agentes, distribuidores u otras personas físicas o jurídicas con quienes mantengan una relación contractual, cuando las personas jurídicas no cumplieren con los procedimientos de debida diligencia previstos en el art. 30 inc. j) de la presente ley". Como decimos, esta disposición fue eliminada y reemplazada por aquella transcripta *supra*.

Nieto Martin[89] señala que el coste de la investigación de los delitos económicos, que en su mayoría son delitos sin víctimas, se producen en el seno de organizaciones y con cada vez más frecuencia tienen carácter transnacional, es considerablemente alto. Por esta razón, la política criminal contemporánea ha ideado una serie de estrategias para incrementar la eficacia y, por tanto, disminuir los costes en la adquisición de información. Estas estrategias, aunque tienen orígenes distintos, se encuentran entrelazadas y se aplican de manera conjunta. La responsabilidad penal de las personas jurídicas atiende, entre otras razones, a reducir los costes en la adquisición de información. *El castigo de la persona jurídica persigue motivarlas para que adopten programas de cumplimiento*[90].

La mayoría de los ordenamientos han establecido una importante batería de incentivos destinados no solo a que las empresas establezcan programas de cumplimiento "preventivo" destinados a establecer mecanismos de control que eviten la comisión de infracción, sino también "reactivos", cuya finalidad es descubrir, investigar y, en su caso, sancionar los hechos delictivos que han tenido lugar en su interior. Estos incentivos premian la confesión o la colaboración en el procedimiento penal con una importante rebaja de la sanción. Los estímulos o incentivos más poderosos y eficaces para la colaboración son, sin embargo, aquellos que se sitúan en el procedimiento penal. A través de una utilización "premial" del principio de oportunidad procesal, los fiscales no persiguen a las empresas que cooperan de manera eficaz con la investigación. Las zanahorias procesales resultan tremendamente atractivas para las empresas. Evitan procesos penales largos y el escarnio de sentarse en el banquillo, que sobre todo para las grandes empresas cotizadas puede ocasionar cuantiosos costes reputacionales. Por esta razón los estímulos procesales funcionan mucho mejor que los situados en el derecho penal material, ya sirvan para excluir la responsabilidad de la empresa o para atenuarla.

Una segunda estrategia de reducción de costes es la estimulación del sistema de denuncias. Para ello pueden seguirse diversos caminos. El primero es el de la protección del denunciante, sancionando penalmente cualquier tipo de amenaza o intimidación[91]. El segundo es la creación de obligaciones de denuncia,

(89) NIETO MARTIN, Adán, "Investigaciones internas. *Whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu - GÓMEZ MARTIN, Víctor (dir.) - IBÁÑEZ VALIENTE, Vicente (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de* leading cases, BdeF, Buenos Aires, 2016, ps. 5 y ss.

(90) Últimamente, analizando las diferentes justificaciones, ARTAZA VALERA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, ps. 45-74.

(91) Fue este el primer camino seguido en las normas sobre *whistleblowing*: las sanciones más draconianas son probablemente las que se establecen en el parágrafo 806 SOA. Respecto de su protección penal, RODRÍGUEZ YAGÜE, "La protección de los *whistleblowing* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales", en ARROYO ZAPATERO - NIETO MARTIN, *Eurodelitos de Fraude y corrupción*, 2006; RAGUÉS I VALLES, "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowing*) como estrategia político criminal", InDret, Julio 2006. En un primer momento, la protección del denunciante

como ocurre en la legislación del mercado de valores, donde las agencias de valores están obligadas a comunicar las operaciones sospechosas de abuso de mercado (art. 83 quater LMV) o en el caso de blanqueo de capitales. La OCDE alienta igualmente a que la administración tributaria o los auditores de cuentas den la voz de alarma cuando descubren algún hecho en la empresa que pueda ser indiciario del pago de un soborno. Un camino aún más eficaz para incentivar las denuncias es simplemente retribuirlas. La *Dodd Frank Act* ofrece al *Whistleblowing* entre un 10 y un 30% de las cantidades que consiga recuperar el Estado en casos de fraude que superen el millón de dólares.

Los canales de denuncias y las investigaciones internas constituyen los elementos esenciales de un programa de cumplimiento para que la empresa pueda aprovechar los estímulos que ofrece la legislación estatal. Estas herramientas le permiten, además, controlar la información acerca de la comisión de los ilícitos que se han cometido en su interior. El control es la clave para una defensa penal eficaz. A las empresas les interesa no solo conocer los hechos delictivos que se han realizado en su interior con el fin de acceder a los incentivos con que el Estado estimula la cooperación. *Cualquier empresa inteligente desea conocer lo que ocurre en casa antes de enterarse por los periódicos o una citación judicial. Ello reporta indudables ventajas.* La *primera* consiste en ir preparando la estrategia de defensa más adecuada: con la información en sus manos puede decidir si le conviene cooperar, o en cambio, reservarse la información. Si decide cooperar y lo hace pronto, su versión de los hechos será la primera y ello supone en cierto modo condicionar y orientar el sentido de la investigación. Incluso puede conseguir que gracias a la información que aporta al proceso penal este tenga una menor duración, con lo que evita costes reputacionales. Una aportación eficaz de pruebas por la empresa puede también ser útil para evitar determinados actos de investigación (registros, precintado de equipos informáticos, etc.) que pueden afectar a su actividad.

El autor seguido enfatiza que *la persecución eficaz de la delincuencia económica y la corrupción cometida en grandes empresas necesita, sin duda alguna, de este escenario de cooperación persona jurídica-Estado, pero esta estrategia obliga a reforzar algunas garantías básicas del proceso penal*, como el derecho de no declarar contra uno mismo, y de establecer nuevos contrapesos, que no rompan el equilibrio de fuerzas que caracteriza al proceso penal en el Estado de derecho.

Los canales de denuncia constituyen uno de los pilares fundamentales del sistema de compliance, *por esta razón todas las directrices estatales o profesionales acerca de los sistemas de cumplimiento requieren su implantación.* Desde el

---

pasó por aclarar si su comportamiento resultaba lícito en el marco del derecho del trabajo o incluso si no constituyen una infracción penal, como es el caso, por ej. de Suiza. Sobre la primera cuestión, por ejemplo, el art. 9º de la ley francesa 2007/1598, de 13 de noviembre de 2007, que reforma el *Code du Travail* para garantizar protección laboral a los denunciantes. La situación dista, sin embargo, de ser satisfactoria en países como Suiza, donde el *whistleblowing* puede ser constitutivo de un delito de revelación de secretos como ilustra el reciente caso "Falciani".

punto de la vista de la empresa, un canal de denuncias eficaz es imprescindible para el control de la información. Si el denunciante decide ofrecer su información en primer lugar al fiscal, al juez o a la prensa, la empresa comienza el proceso penal en una situación de desventaja. Implantar un canal de denuncias es, sin embargo, tan fácil como que este no funcione, careciendo completamente de actividad.

Ombudsman y Self-Auditing privilege: la información que contiene un canal de denuncias es tremendamente suculenta, continúa Nieto Martin. Si el canal funciona correctamente, acceder a su contenido puede proporcionar un historial de la vida delictiva de la entidad. Por esta razón, *acceder a la información del canal de denuncias de una gran empresa puede ser el sueño de cualquier investigador público. Este hecho coloca a las empresas ante una encrucijada*: de un lado, para demostrar que el sistema de denuncias funciona, lo que es un indicio de la eficacia de su programa de cumplimiento conviene que guarden un registro de los hechos denunciados y del resultado de las investigaciones que han realizado conforme a esas denuncias; más del otro, y como contrapartida las empresas más cumplidoras corren el peligro de que toda esta información pueda ser requerida por el fiscal o el juez o que se acceda a ella en el marco de un registro de los locales de la empresa. El problema se plantea de una manera mucho más concreta y aguda en relación con la identidad de los posibles denunciantes. La afirmación de que la identidad del denunciante es confidencial implica que el responsable del canal de denuncias tiene la obligación de mantener oculta esta información frente a terceros, dentro y fuera de la empresa. Ahora bien, dista mucho de estar claro si la confidencialidad rige también en relación con el juez o al fiscal, quienes pueden estar muy interesados en conocer la identidad del denunciante. Este riesgo supone un serio desincentivo. Lo más normal es que el denunciante no quiera verse envuelto en el procedimiento judicial, ni participar en él como testigo, aunque sea testigo protegido.

En realidad, ambos problemas nos conducen a un problema común y más amplio: *el de la confidencialidad de la información que la empresa genera para elaborar y mejorar su propio sistema de cumplimiento.* Un programa de cumplimiento requiere, por ejemplo, que la empresa tenga un mapa de riesgos en el que analice cuáles son sus actividades más comprometidas; igualmente requiere una autoevaluación constante del sistema, en el que se pongan de manifiesto sus errores con el fin de corregirlos. Es decir, contar con un programa de cumplimiento eficaz implica generar un tipo de información tan delicada como apetecible para cualquier investigador público.

La importancia que en la prevención de la criminalidad económica tienen los canales de denuncia y, en general, los programas de cumplimiento hacen necesario que se establezca algún tipo de garantía que proteja la información que generan frente a jueces, fiscales y autoridades administrativas. No otorgar estas garantías desincentiva a los denunciantes, pero también desincentiva a las empresas. Las más cumplidoras tendrán siempre una información muy delicada a la que pueden acceder sin problemas los investigadores públicos. Destruir esta información una vez utilizada no es una alternativa que se corresponda con la lógica del sistema. Los documentos que le han servido para identificar los

riesgos de su actividad o registro del canal de denuncias son documentos a su vez necesarios para que la empresa demuestre, en el caso de ser imputada, que cuenta con un programa de cumplimiento activo. Mientras que en los países de la UE no se ha reflexionado apenas sobre esta cuestión, en los Estados Unidos desde hace tiempo la jurisprudencia y la legislación del algunos Estados han establecido el denominado *self auditing privilege* y, como derivado del mismo, el *ombudsman privilege*. El primero impide que caigan en manos del fiscal o del juez los documentos generados por el programa de cumplimiento de la empresa con el fin de mejorarlo. El *ombudsman privilege*, por su parte, ha sido construido sobre todo en relación con aquellos casos en que este actúa como mediador dentro de la empresa, más la necesidad de salvaguardar la confidencialidad frente a los investigadores públicos es también necesaria cuando actúa recibiendo denuncias o aconsejando a los empleados con dudas acerca de la legalidad de determinados comportamientos.

En ambos casos se trata de un derecho distinto del secreto profesional. No es necesario ni la intervención de un abogado, ni tampoco que los documentos guarden relación directa con la defensa penal de la entidad. Por esta razón ambos privilegios no están conectados con el derecho de defensa. Esta circunstancia permite a la jurisprudencia modular su extensión, ponderando los intereses en juego, de tal modo que únicamente se reconocen allí donde en el caso concreto protegen un interés mayor al interés público a obtener toda la información necesaria en el proceso penal.

Nieto Martin prosigue diciendo que *al igual que ocurría con los canales de denuncia, existe acuerdo en que las investigaciones internas constituyen una parte esencial del sistema de cumplimiento*. Las investigaciones internas son necesarias para detectar y corregir los errores en el sistema preventivo o para sancionar disciplinariamente las infracciones al Código ético. Ahora bien, más allá de esta función interna, lo que interesa es determinar cuáles son o deben ser las relaciones entre las investigaciones internas y el proceso penal. Un rasgo fundamental del proceso penal es que este solo puede comenzar cuando existen indicios razonables de que se ha realizado una infracción. En el Estado de derecho el proceso penal no puede comenzar sobre la base de meras conjeturas. Este límite no existe para las investigaciones internas que pueden empezar mucho antes, con meros rumores detectados por el canal de denuncias, incluso es posible realizar *fishing investigations* meramente preventivas.

Realizar una investigación interna forma parte del derecho de defensa de la entidad, cuando se trata de investigar un delito que puede dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica. Defender correctamente a una empresa exige permitir que esta pueda construir su propia versión de los hechos. Este problema no existe o no es tan agudo, en relación con las personas naturales, pero es básico en el caso de la persona jurídica. La versión de los hechos que más interesa a la persona jurídica para su defensa no tiene por qué coincidir con la versión de los hechos que ofrecen sus directivos o empleados. La aparición de conflictos de intereses es sumamente fácil. Por esta razón resulta normalmente necesario realizar una investigación interna para decidir la estrategia

de defensa de la empresa, para decidir, por ejemplo, si se opta por colaborar o por mantener una defensa alineada con la de las personas físicas responsables.

Con el fin de evitar la tensión entre investigación interna (derecho de defensa de la empresa) y efectividad del proceso penal caben varias soluciones. Por ejemplo, allí cuando sea posible la empresa debe comunicar al Ministerio fiscal la existencia de una investigación interna, con el fin de coordinar ambas investigaciones o contar con su autorización para realizar determinadas actuaciones. Otra vía es revisar la configuración de los delitos de obstrucción a la justicia ante esta nueva realidad, castigando por ejemplo la destrucción imprudente de pruebas.

Los riesgos más preocupantes de las investigaciones internas son los que afectan a los derechos de las personas investigadas, es decir, los empleados de la empresa. Son ellos los que experimentan la transformación de sus derechos procesales de defensa en derechos y obligaciones procedentes de su contrato de trabajo. De hecho, la colaboración con las empresas se realiza no solo con la finalidad de sancionar a la persona jurídica, sino sobre todo de sancionar a las personas físicas responsables.

Existen dos grandes zonas de peligro para los derechos de los empleados derivados de las dos medidas de investigación importantes, afirma Nieto Martin. Las entrevistas o interrogatorios a los empleados constituyen un instrumento esencial, pero su realización con frecuencia afecta al derecho de no declarar contra sí mismo del empleado. La segunda zona de peligro se cierne sobre el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos. Un medio de investigación usual es revisar, por ejemplo, los correos electrónicos que el empleado ha intercambiado desde los equipos informáticos de la entidad, el registro de su despacho, las llamadas que ha realizado desde un terminal telefónico, etc.

En una entrevista o interrogatorio que se realiza en el marco de una investigación interna, el investigado sospechoso es un empleado que debe dar cuenta de su actividad a su empleador. Forma parte de sus obligaciones laborales informar acerca del trabajo que realiza y su empleador tiene derecho a esta información. El derecho de no declarar contra uno mismo carece, en principio, de sentido en este contexto. El empleado entrevistado tiene obligación de colaborar aportando toda la información de que se dispone como consecuencia de su relación laboral. Incumplir con esta obligación puede dar lugar, incluso, al despido disciplinario del trabajador. De hecho, muchas investigaciones internas han sido planteadas bajo la máxima *talk or walk*. Cuando la empresa realiza la investigación interna con el fin de cooperar con la investigación fruto, por ejemplo, de un acuerdo con la fiscalía, ello significa que en realidad el empleado está ante la alternativa de informar, y con ello colaborar con su propia condena, o ser despedido.

Para solventar o al menos atenuar, la tensión entre el derecho de no contribuir en la propia incriminación y la obligación de informar que surge de la relación laboral, pueden ensayarse otras soluciones. En toda investigación interna, tenga el carácter que tuviere, antes de entrevistar a un empleado debe informársele con

claridad acerca de cuál es su situación legal, los derechos que tiene y sobre todo el destino que la empresa puede darle a su declaración. Esta "Miranda empresarial", llamada así por sus semejanzas a la lectura de derechos que se hace a las personas detenidas, debe dejar absolutamente claro que la persona que realiza la investigación sea un abogado externo o interno, representa en exclusiva los intereses de la empresa. El origen de esta práctica se encuentra en la conocida doctrina Upjohn(92). *Más allá de la "Miranda empresarial" la empresa tiene en su mano también otras formas de evitar la colisión entre obligaciones laborales y derecho de no declarar.* Los programas de amnistía constituyen una de ellas. La persona jurídica puede comprometerse a no aplicar medida disciplinaria alguna, o por lo menos no llegar al despido, si los empleados colaboran abiertamente con la investigación; e igualmente pueden comprometerse a no entregar la información al proceso penal. Esta puede ser una situación ideal para aquellos casos en que el empleado no ha desempeñado una parte esencial en el comportamiento delictivo y no ocupa una posición alta en la jerarquía de la entidad. Pero, sobre todo, a la hora de resolver este conflicto debe recordarse que un programa de cumplimiento está cimentado en la promoción de valores éticos, lo que requiere un clima de relaciones laborales saludable que no convierta a la persona jurídica en un "estado policial". Por esta razón, las empresas a la hora de regular las investigaciones internas deberían reconocer los principios básicos del estado de derecho. No posible asentar un Código basado en valores éticos si en las investigaciones internas se afectan garantías básicas del estado de derecho, como los derechos de defensa o el derecho de no autoincriminarse.

Por su parte, afirma Nieto Martin *y si se considera que los programas de cumplimiento éticos son los más eficaces, el derecho penal, procesal y material deben promocionar este modelo a la hora de decidir en qué consiste un programa eficaz.* El aprovechamiento de las investigaciones internas por las investigaciones públicas no debe servir para circunvalar las garantías del proceso liberal, como el derecho de no declarar contra uno mismo. Esta premisa debe influir, de un lado, en la forma de entender la atenuante de colaboración o la cooperación

(92) "Upjohn v. US", 449 (1981) En esta sentencia el TS de los EE.UU. señaló que las declaraciones de los empleados, cualesquiera que fuera su rango, estaba protegida por el secreto profesional del abogado. Ello significa, de un lado, que los fiscales no pueden acceder a la información aportada por simples empleados, como ocurría hasta ese momento, pero de otro que la empresa tenía derecho de renunciar al *legal privilege* y poner en manos de los fiscales esta información. La solución ofrecida para proteger al trabajador fue precisamente la necesidad de informarle de manera exacta cuál era su situación antes de realizar una entrevista. La "Miranda empresarial" ciertamente no evita que aparezca la tensión a la que nos estamos refiriendo, pero al menos legítima a la empresa para aportar la información dada por el trabajador al proceso penal. De otro modo, podría objetarse que esta información ha sido obtenida de manera engañosa por la empresa. Lo que equivaldría decir que en el seno de la relación laboral el empresario se ha comportado también de manera desleal, contraria a la buena fe, con el trabajador, incumpliendo probablemente sus obligaciones contractuales. Ello con independencia de que podría mantenerse que la aportación de información autoincriminatoria por el empleado ha sido obtenida mediante engaño. Con ello se abren las puertas a la posibilidad de mantener que esta información se ha obtenido violando el principio de no colaborar con la propia incriminación y, por tanto, de manera contraria a los derechos fundamentales.

para utilizar el principio de oportunidad procesal o llegar a un acuerdo. La colaboración que se requiera a la empresa no puede consistir en que esta juegue sucio con sus empleados o los coaccione, amenazándolos con el despido u otra sanción disciplinaria, con el fin de que renuncien a su derecho de no declarar contra sí mismos. Los incentivos del derecho penal deben estar dirigidos tanto a obtener información, como a que las investigaciones internas se realicen dentro de un marco de garantías aceptable. De otro modo, el sistema de incentivos acaba siendo contraproducente para el sistema de cumplimiento interno que debe basarse en un ambiente de lealtad y diálogo entre la empresa y sus empleados.