

## **Negociaciones incompatibles con la función pública: una perspectiva funcional**

Roberto Falcone (h)

### **ABSTRACT**

This article focuses on some key aspects about the felony of negotiations incompatible with the role of a public officer in Argentina's criminal law, within a generic framework of criminalizable corruption and from a functionalist approach to our discipline. After explaining some of the reasons to criminalize felonies committed by public officers, I tackle matters relating to the mens rea and the penalty of such crimes. Furthermore, I focus on a number of controversial issues of the felony being discussed, while leaving aside those which are settled among the authors. Finally, I analyze recently passed legislation, and I suggest some possible alternatives so that the referred felony may adapt itself to the complexities of the current time.

### **KEY WORDS**

Incompatible negotiations - public officer - breach of duty - corruption - mens rea - penalty

### **RESUMEN**

El artículo propone el análisis de algunas notas salientes del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas en el derecho penal argentino, enmarcado dentro de la noción genérica de corrupción punible y también en el contexto de una concepción funcionalista de nuestra disciplina. Luego de abordarse algunos fundamentos de la sanción de delitos cometidos por funcionarios públicos, se tratan también cuestiones tocantes al dolo y a la pena, para posteriormente adentrarse en ciertas particularidades típicas que resultan de interés, dejando de lado otras en las que existe un consenso doctrinario, en mayor o menor medida, suficiente. Se finaliza con la ponderación de una reforma legislativa de reciente aparición y se sugieren otras, a efectos de que el tipo penal bajo estudio cobre un mayor protagonismo y se adapte a la complejidad de los tiempos corrientes.

### **PALABRAS CLAVE**

Negociación incompatible - funcionario público - infracción de deber - corrupción - dolo - pena.

En primer lugar, debe decirse que la figura típica a analizarse<sup>1</sup> constituye una de las más ignoradas al tratarse el bien jurídico administración pública, revestida históricamente de una fuerte carga de simbolismo<sup>2</sup> no tradicionalmente entendido, esto es, no como los fenómenos de neo-criminalización dirigidos únicamente a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido<sup>3</sup>, sino escudriñado desde el prisma de una considerable inutilidad práctica. Partiendo de allí, el propósito de este trabajo se halla presidido por la intención, no ya de realizar un análisis del mismo desde la óptica tradicional a la que nos tiene acostumbrados la doctrina que se ocupa de la parte especial del derecho penal, sino de poner de resalto algunas inconsecuencias que el tipo penal presenta desde la perspectiva de una concepción funcionalista de la disciplina, parcialmente morigeradas a partir de la sanción de la ley 27.401 (B.O 1/12/2017) complementaria en lo pertinente de la anterior regulación legal. Ello, va de suyo, implicará adentrarnos en cuestiones tocantes a la parte general de nuestra ciencia así como también en una somera contextualización de tinte criminológico, para finalmente realizarse algunas ponderaciones y otras propuestas de índole político - criminal que le conferirían al tipo, según nuestro modesto parecer, un mayor protagonismo que el que ha tenido hasta el momento.

#### 1. El funcionario público y lo que se espera de él

Liminarmente, hay que destacar que la función pública convierte al ciudadano que la ejerce, en un mundo regido por deberes y expectativas, en algo distinto a su condición de tal. Como se sabe, la vida en sociedad se pone en funcionamiento a partir del servicio que prestan sus funcionarios, lo que implica que los deberes que a ellos atañe no se limiten a “no dañar” los bienes de los demás, sino, antes bien, a fomentar y mantener seguros aquellos situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de un

---

<sup>1</sup> “Artículo 265 del Código Penal argentino.- Seré reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.*

*Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.”*

<sup>2</sup> Ver en relación a las leyes simbólicas parte del muy buen trabajo de SARRABAYROUSE, Eugenio; *La teoría de la legislación ¿un medio para limitar la expansión del derecho penal?*, publicado en Problemas Actuales de la Parte Especial del Derecho Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, pp. 26 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. CANCIO MELIA, Manuel; *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Rubinzal-Culzoni Editores, Sante Fe, 2000, p. 125 y ss.

peligro o lesión<sup>4</sup>, encontrándose situados en una posición de garantía que los compele a priorizar el interés general sobre el particular en aquellos ámbitos vinculados a su competencia. La máxima de comportamiento sería la siguiente: si actúa un particular, actúa para sí mismo; si actúa un funcionario, actúa para todos.<sup>5</sup>

Sostiene PAWLIK como idea esencial al tratar las competencias de fomento -en contraposición a las de respeto y cuyo exponente fundamental, en el primer caso, lo constituyen las actividades desplegadas en el marco de una organización estatal- que la afirmación de que existen deberes jurídicos positivos se muestra relativamente exenta de problemas allí donde éstos se pueden vincular a un acto de voluntad del obligado que fundamenta la competencia. La voluntariedad de la elección del rol es la estrategia social implícita más importante para la reducción de los costos que recaen sobre un sujeto. Quien vive de manera autodeterminada no deja que sean otros los que dicten el contenido de su actuar, sino que lo determina él mismo al compás de sus convicciones valorativas y fines. Y a la inversa, quien actúa de manera autodeterminada debe soportar las consecuencias de su autodeterminación. Así pues, quien ha asumido un rol social no puede quejarse cuando se le vincula a las exigencias que se derivan de dicho rol<sup>6</sup>, lo que supone que la sanción penal deba ser más severa precisamente por la necesidad de la cualificación especial en el sujeto activo de la conducta delictiva, que lo convierte en portador de singulares deberes de comportamiento.<sup>7</sup> En resumidas cuentas, no escapan tales razonamientos del sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho a gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costos. Libertad sin responsabilidad no es libertad personal sino pura arbitrariedad.<sup>8</sup>

Debe tenerse presente que las consideraciones precedentes se enmarcan en un concepto de delito -genéricamente referido- que no se determina a partir del resultado no deseado, esto es, a partir de la lesión del bien jurídico, sino en el alcance de la obligación que al autor le corresponde en su condición de ciudadano. Por ello, toma en consideración al potencial autor no como individuo, caracterizado por su capacidad de lesionar bienes jurídicos, sino como persona en Derecho (*Rechtsperson*), que es responsable del cumplimiento de un determinado haz de deberes, aunque tan sólo por

---

<sup>4</sup> Al respecto CARO JOHN, José A.; *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, ARA Editores, Lima, 2014, p. 190.

<sup>5</sup> Cfr. ZACZYK, Rainer; *Sobre la posición de garante de los funcionarios públicos*, en ID., *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 330-331.

<sup>6</sup> Contundente PAWLIK, Michael; *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, ps. 97/8.

<sup>7</sup> Así REYES ALVARADO, Yesid; *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Anuario de derecho penal y ciencias penales de España, VOL.LX, 2007, p. 116.

<sup>8</sup> En tal sentido LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ADPCP. TXLVIII, Fasc. III Septiembre-Diciembre 1995, p. 922.

éste. Para esta visión, el lesionado tampoco es aprehendido de forma mediatizada, representado a través del bien que posee, sino de forma complementaria al autor, esto es, también como persona en Derecho. La sustitución del concepto de bien jurídico por el concepto de persona como categoría directriz es algo más que un matiz terminológico. Esta tiene en cuenta que la producción y aseguramiento de las condiciones de la vida conjunta de los hombres no guardan relación con la protección de una cantidad de objetos valiosos cuantificable, sino que responden al problema de la delimitación de espacios de libertad personales<sup>9</sup>, presuponiendo que el orden social en cuestión merece los costos que se imponen al infractor de la norma.<sup>10</sup>

Por su parte, entiendo que el aserto de que un derecho penal funcional base la totalidad de su arquitectura dogmática en deberes y expectativas incorporadas a la norma que se estabilizan tanto por la norma en sí (en la medida en que se afirman como fundamentadoras de un deber) como por la imposición de una pena<sup>11</sup> es algo que necesita, aunque más no sea brevemente dado que excede el objeto de este trabajo, ser aclarado. La responsabilidad jurídico-penal es fundamentada según HEGEL -igual que para KANT, y de diferente manera que para FEUERBACH- en la forma de un objetivo proceso de atribución mediante *expectativas normativas*, pero no mediante la empírica-real disposición interior del sujeto actuante, puesto que el punto de vista moral es el punto de vista del deber o de la exigencia, y el derecho de la subjetividad es el deber para el sujeto, que tiene la comprensión del bien, y debe hacerlo mediante su intención y producirlo mediante su actividad.<sup>12</sup> Con toda claridad señala LESCH que cuando alguien penetra en el mundo de la *naturaleza* abriga determinadas expectativas cognitivas; así por ejemplo: los árboles no se caen, los puentes tampoco, etc. Estas expectativas radican en procesos de aprendizaje ganados en el trato con la naturaleza. En tanto alguien no ha aprendido a tener confianza en determinadas reglas de la naturaleza, por ejemplo si contase siempre

---

<sup>9</sup> En lugar de muchos PAWLIK, Michael, *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?*, Revista In Dret, Barcelona, 2016, p. 9.

<sup>10</sup> En relación al formalismo que comúnmente se le adjudica a la posición de JAKOBS y su escuela, ver el muy buen trabajo de Enrique PEÑARANDA RAMOS titulado *“Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”*, Revista jurídica DOXA (cuadernos de filosofía del derecho), ISSN 0214-8676, N° 23, 2000, especialmente pp. 306 y ss.

<sup>11</sup> Ver al respecto SILVA SANCHEZ, Jesús - María; *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 31.

<sup>12</sup> Cfr. LESCH, Heiko, *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2016, p. 143/4. También resulta esencial HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho (quinta edición)*, Biblioteca Filosófica de la Editorial Claridad (trad. de Angélica Mendoza de Montero), Buenos Aires, 1968, p. 115. EL MISMO, *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas en compendio (3ra parte, segunda reimpresión)*, Filosofía y Pensamiento Alianza editorial con edición, introducción y notas de Ramón Valls Plana, Madrid, 2005, p. 535.

con que los puentes se caen cuando se está cruzando, no podría orientarse en la naturaleza.

En la *sociedad*, esto es, en el campo de los contactos sociales, el hombre debe poder recurrir a expectativas análogas. Tratándose de contactos sociales, la orientación es tan sólo posible cuando en todo momento no se tiene que contar con un comportamiento cualquiera de los otros, puesto que si no, cada contacto se encontraría impregnado de un riesgo incalculable. En estos casos, atención no es suficiente; aquí también se debe poder, por tanto, confiar en unas determinadas reglas. Ya la propia existencia del contacto social muestra que no se espera cualquier hecho. Ejemplo: cuando un estudiante se sienta en clase, confía que su compañero no le va a robar la cartera, ni le va a clavar un cuchillo en el pecho.<sup>13</sup>

Ahora bien, los deberes dimanantes de las reglas de comportamiento que rigen a los efectos de posibilitar la vida en comunidad tienen, por así decirlo, distinta intensidad, lo cual permite en ciertos estratos de las relaciones sociales exigir un *plus* a los portadores de determinados deberes correspondientes a roles protagonizados, pero también, en otros casos, conformarse meramente con la pasividad del ciudadano a la hora de actuar, ya que sólo eso se requiere de él. En otras palabras, lo que quiere decirse es que cada individuo posee determinados papeles, cuyo contenido está representado justamente por expectativas de comportamiento social, de tal manera que cuando éstas no son llenadas surgirá una defraudación entendida como una imperfecta ejecución de un papel.<sup>14</sup>

Dicho esto, debe destacarse que la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no tiene que ver con la configuración naturalística del comportamiento o de la situación del bien, sino con el diverso *fundamento* de cada uno de estos deberes. Ya sostenía TOMAS DE AQUINO a la hora de bucear en la fundamentación que los “*praeceptis negativis*” pretenden evitar el mal y los “*praeceptis affirmativis*”, en cambio, pretenden hacer el bien. Si se actualiza la perspectiva y en lugar de la genérica noción del bien o la virtud hacia los demás se sitúa a la propia esencia de lo que significa la comunidad jurídica de ciudadanos libres e iguales organizados en un estado de derecho, entonces se podría ofrecer la siguiente reinterpretación: mientras los deberes negativos se basan en el *deber intersubjetivo de respeto* “*neminem laedere*”, los deberes positivos hallan su fundamento en un *deber para con la colectividad: el deber de contribuir al bienestar de los demás*.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> LESCH, Ob. Cit.(8) p. 923.

<sup>14</sup> Tal visión en REYES ALVARADO, Yesid; *Imputación objetiva (2° edición)*, Temis, Bogotá, 1996, p. 62 y ss.

<sup>15</sup> Fundamental ROBLES PLANAS, Ricardo; *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, Revista In Dret, Barcelona, 2013, p. 5.

Lo expuesto me lleva a tratar la génesis de una categoría de análisis -los denominados delitos de infracción de deber- que, sin perjuicio de haber sido acuñada por ROXIN en 1963, no mereció de él un tratamiento posterior al efectuado en sus reflexiones preliminares. Hizo referencia este autor desde siempre a la infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas, caracterizándose porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación.<sup>16</sup>

Estas sucintas reflexiones motivan a considerar como impensado un desarrollo cabal de la temática sin el impulso otorgado por JAKOBS, quien le concedió a la nueva creación una fundamentación mayor desde una perspectiva de análisis jurídico diametralmente opuesta. Hay que comprender, tal como preceptúa GONZALEZ GUERRA y a tono con los fundamentos que hasta aquí se vienen postulando, que en el esquema jakobsiano el derecho penal cumple una parte de la función social asignada al sistema jurídico comenzando por la propia determinación normativa de las expectativas sociales mediante la creación de normas jurídico - penales. Las expectativas sociales configuran el centro de atención en la teoría de JAKOBS y surgen, ni más ni menos, de la imperiosa necesidad de los hombres de orientarse socialmente sin tener que temer cualquier comportamiento imprevisible de otras personas de su contexto social. Y ello es así porque, si la sociedad no asegurara un cierto grado de seguridad en las relaciones interpersonales cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible.<sup>17</sup> No debe olvidarse que tales planteamientos, como el propio autor reconoce, registran una influencia para nada desdeñable de la sociología del derecho de LUHMANN, quien se ha ocupado al detalle de la distinción entre sistemas psíquicos y sistemas sociales, y ha destacado como única operación genuinamente social en el marco de estos últimos a la *comunicación*<sup>18</sup>, de la

---

<sup>16</sup> ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho en derecho penal (trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo)*; Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 387/8.

<sup>17</sup> Cfr. GONZALEZ GUERRA, Carlos; *Delitos de infracción de un deber*; Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 27.

<sup>18</sup> “*Todo lo que existe y que se pueda designar como social consta, desde el punto de vista de una construcción teórica que se fundamenta en la operación, de un mismo impulso y un mismo tipo de acontecimiento: la comunicación (...)* Es una operación genuinamente social (y la única genuinamente tal). Es una operación social porque presupone el concurso de un gran número de sistemas de conciencia, pero precisamente por eso, como unidad, no puede ser atribuida a ninguna conciencia sola. Es social, porque de ningún modo puede ser producida una conciencia común colectiva, es decir, no se puede llegar al consenso en el sentido de un acuerdo completo; y sin embargo, la comunicación funciona.” (Cfr. LUHMANN, Niklas; *Introducción a la teoría de Sistemas (lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate)*, ITESO, Guadalajara, 1996, ps. 68/9.

que más adelante me ocuparé al realizar algunas reflexiones sobre la función de la pena en sí, y la particular aplicación de tales ideas al delito estudiado.

Su punto de vista considera central, además de lo ya manifestado, a la esfera de competencia del autor y la posición que adopta en el mundo de los deberes. La primera caracterización está constituida por los *deberes generales*, lo que en su terminología es conocido como deberes en virtud de competencia de organización (cursos de acción dominables por el autor). Es decir, toda persona por su condición de tal debe cumplimentar en un mundo de relaciones ciertos deberes cuya inobservancia puede acarrearle responsabilidad penal. El primero de ellos y más importante es el de no dañar a los demás en sus bienes (*neminem laede*) pero, con la condición de respetarlo, cada persona tiene la posibilidad de configurar su libertad como le plazca. Si realiza un mal uso de la misma, y el derecho desaprueba tal consecuencia, ello supondrá inevitablemente responsabilidad jurídico - penal, dada la expectativa necesaria de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros.<sup>19</sup> Tal noción parte de una idea que nace con FEUERBACH de que exclusivamente por intermedio de acciones era posible cometer delitos (predominio de las formas comisivas), necesitándose de esfuerzos extremos para punir comportamientos omisivos, pues la moral debía escindirse claramente del derecho. Pero, sin perjuicio de ello, JAKOBS entiende la cuestión en los siguientes términos “... *No debo arrollar a nadie al conducir un automóvil; cómo se produzca ese output, sea por acelerar en un momento inadecuado (hacer), o por no frenar en el momento adecuado (omitir), es sencillamente indiferente; que alguien azuce a su perro contra otro, o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ya ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, es todo lo mismo, todo resulta equivalente, se trata de la usurpación de la organización de un cuerpo ajeno*”.<sup>20</sup>

El segundo complejo de deberes está compuesto por aquéllos que provienen de la competencia institucional de la persona<sup>21</sup>, los cuales no tienen relación con la vulneración de las características generales de la libertad sino, en cambio, con una deficiente utilización de la misma pero vinculada a una condición especial del autor que genera también obligaciones especiales, de esencial importancia para que la sociedad funcione. Acá lo trascendente es la relación institucional entre la persona que detenta el deber especial y el derecho que le compete proteger, que también identifica a la sociedad al

---

<sup>19</sup> Así en JAKOBS, Günther; *Derecho penal. Parte general* (2º ed.), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 11.

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther; *La competencia por organización en el delito omisivo*, en Estudios de Derecho Penal, CIVITAS, Madrid, 1997, p. 347 y ss.

<sup>21</sup> Entendiéndose por institución una “*forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad*”. Así en JAKOBS, Günther; *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 29/57.

generar expectativas institucionalizadas, esto es, que pueden ser esperadas normativamente.<sup>22</sup> La lesión del deber no fundamenta, como en ROXIN, la autoría jurídico penal sino la misma imputación. Tal como sostiene LESCH, el deber institucional es un deber altamente personal; se constituye por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, contraer matrimonio, convertirse en funcionario etc., y no puede ser disuelto de ninguna manera o solo bajo condiciones especiales y, en cualquier caso, no puede ser transferido . Por ello la infracción del deber en estos delitos es una circunstancia altamente personal: infracción de deber y accesoriedad no son armonizables. El especialmente obligado, o bien es autor único, o bien no existe un delito de infracción de deber: una intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber no es posible. En los delitos de infracción de deber no hay absolutamente ninguna diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor.<sup>23</sup>

Asimismo, debe destacarse que la asimilación de los delitos de infracción de deber con los delitos especiales implica una confusión de planos<sup>24</sup>; en primer lugar, debemos resaltar que los delitos especiales pertenecen a la categoría de los delitos de dominio<sup>25</sup> ya que se mueve el autor como señor del hecho dentro del tipo penal, no existiendo la relación institucional con el bien jurídico protegido propia de los delitos de infracción de deber. Más aún, en los delitos especiales la descripción del tipo penal realizada por el legislador es lo realmente trascendente para vincular al autor con el hecho, y no así los deberes de protección y fomento que nacen de la esencia misma del bien jurídico, no importando el modo concreto en que la acción atentatoria se desarrolla. Los delitos cometidos por funcionarios públicos, que atacan al bien jurídico administración pública, responden a la violación de un deber institucional por parte del autor, que fundamentan su relación con el bien mueble objeto de custodia. En los delitos especiales existe una voluntariedad en la relación con el bien jurídico que cesa en el preciso momento en que se termina el vínculo, por disposición de cualquiera de los extremos involucrados. En las

---

<sup>22</sup> Tal visión en SANCHEZ -VERA GOMES-TRELLES, Javier; *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 143 y ss.

<sup>23</sup> En ese sentido LESCH, Ob. Cit. (8) p. 944.

<sup>24</sup> Cfr. GARCIA CAVERO, Percy; *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, JM Bosch, Barcelona, 1999, p. 42.

<sup>25</sup> Cfr. SUAREZ GONZALEZ, Carlos; *Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos, publicado en SILVA SANCHEZ, Jesús -María/ SUAREZ GONZALEZ, Carlos, La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal, Grijley, Lima, 2001, p. 151.*

relaciones de carácter institucional, en cambio, no sucede lo mismo. La administración pública, por ejemplo, ejerciendo su rol de institución estatal fundamental, se manifiesta a nivel social mediante las labores que prestan los funcionarios públicos, pero el deber, en estos casos, no necesita necesariamente ser positivizado.

En esa tesitura, los delitos especiales por expresa mención en el tipo sólo pueden ser cometidos por un círculo limitado de personas que poseen una posición particularizada del rol general de ciudadano; sin embargo, ello no significa que dichos sujetos sean portadores de un rol especial.<sup>26</sup> Es justamente ese rol especial surgido de determinadas instituciones sociales el que genera deberes que si son defraudados configuran un delito de infracción de un deber. Es decir que existen, por ejemplo, delitos de dominio o de competencia por organización que pueden ser a su vez delitos especiales y ello porque surgen de la defraudación del rol general de ciudadano -delitos de dominio- de determinados sujetos en situación de proximidad frente al objeto penal protegido -delitos especiales.<sup>27</sup> Su nota característica es que el riesgo prohibido se incardina en una estructura social especial, de modo tal que la competencia por la organización no la tiene, a primera vista, cualquier persona sino sólo quienes tienen acceso a esa estructura social especial.<sup>28</sup>

## 2. Somero encuadre criminológico

Cierto es que, si el pensamiento funcionalista sistémico que venimos presentando en estas líneas como sólidamente fundado presenta algún tipo de claroscuro, no es esta la clase de comportamientos delictivos en que tal flaqueza pueda tener lugar. En efecto, no podemos obviar la crítica realizada por BARATTA a esta corriente, luego reproducida por la doctrina de los más diversos modos, en cuanto afirmó que la misma pierde de vista la vinculación existente entre la selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su

---

<sup>26</sup> Menciona adecuadamente CARO JOHN como ejemplo paradigmático de un delito especial a la apropiación ilícita (constituida en nuestro derecho por el art. 173 inc. 2 CP), que sólo puede cometerla el depositario, comisionista o administrador. Si bien los tres tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son “obligados especiales” en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador, una calidad personal que puede desaparecer en cualquier momento por disposición de cualquiera de las partes (Cfr. CARO JOHN, Ob. Cit. (4), p. 196/7.) Ocurre lo mismo con la quiebra fraudulenta del art. 176 CP argentino, en donde el autor necesariamente debe ostentar la calidad especial de ser un “comerciante declarado en quiebra” que realice determinadas acciones (u omisiones) en fraude a sus acreedores.

<sup>27</sup> Tal postura en GONZALEZ GUERRA, Ob. Cit. (17) p. 33.

<sup>28</sup> Similar GARCIA CAVERO, Percy; *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*, en Anuario de Derecho Penal de Perú “La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú”, 2009, pp. 118/9.

clientela -apuntándose con todo el énfasis a los sectores socialmente más débiles de la población- y la reproducción de las relaciones sociales de desigualdad.<sup>29</sup> En este sentido, la decisión libre de realizar conductas delictivas se halla condicionada, en diverso grado, por distintos factores naturales y sociales: en una sociedad que excluye y precariza permanentemente, la apelación a la plena autorresponsabilidad del delincuente en todo caso tiene algo de cínico.<sup>30</sup>

Tampoco puede pasarse por alto la opinión de PAWLIK en el sentido de que esta exclusión que vivencian las personas expulsadas al interior de un Estado hace que en relación a ellas no pueda predicarse la retribución por él postulada como fin de la pena -acápite del que más adelante me ocuparé-, tiñéndose la misma aquí de finalidades preventivas más cercanas a la neutralización de peligros, fenómeno del que no cabe bajo ningún punto de vista enorgullecerse<sup>31</sup> pero que se vincula a un sistema de valores culturales que exalta, virtualmente por encima de todo lo demás, ciertas metas -éxito comunes para la población en general, mientras que la estructura social restringe rigurosamente o cierra por completo el acceso a los modos aprobados de alcanzar esas metas a una parte considerable de la población.<sup>32</sup> Ello está estrechamente vinculado a las investigaciones que llevara adelante GARLAND, documentando el tránsito del *penal welfarism* propio de la modernidad al neoliberalismo propio de la modernidad tardía. En el primero se hacía hincapié en las condiciones sociales de la criminalidad y, por tanto, también en la función resocializadora de las penas. En el segundo, en cambio, se acentúa la idea de responsabilidad individual. Ello conduce, por un lado, a formas complejas de prevención (social-estatal) y, por el otro, a formas de segregación punitiva.<sup>33</sup>

Sentadas las precedentes inconsecuencias, o, si se prefiere, debilidades del sistema, claro queda que en los delitos de corrupción funcional, definida ésta como vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión

---

<sup>29</sup> Ver en lugar de muchos BARATTA, Alessandro; *Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica* (trad. al castellano de Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas), revista DP, 1985, p. 23 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. al respecto SILVA SANCHEZ, Jesús María; *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (2° edición ampliada y actualizada), BdeF, Buenos Aires - Montevideo, 2010, p. 49.

<sup>31</sup> Resulta esencial la lectura completa del informe sobre la discusión que sucede a la tercer conferencia brindada por el profesor PAWLIK en el marco de las jornadas sobre la materia realizadas en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, en el mes de junio de 2015, donde presentó las tesis centrales de su monografía "*Das Unrecht des Bürgers*" y motivó la edición de la obra "*Ciudadanía y Derecho Penal*", ya citada. En tal sentido, véase PAWLIK, ob. cit. (6) p. 148 y ss.

<sup>32</sup> Específicamente centrado en la realidad norteamericana MERTON, Robert K.; *Estructura social y anomia. En Teoría y estructura sociales*, FCE, México, 1995, p. 225 y ss.

<sup>33</sup> GARLAND, David, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, 2001, cit. en SILVA SANCHEZ, Ob. Cit. (30), p. 9.

transferido<sup>34</sup>, es precisamente donde las ideas que aquí se defienden alcanzan su máximo vigor dogmático. Aquí la desviación como proceso de acción motivada, por parte de un actor que indiscutiblemente ha tenido toda clase de oportunidades de aprender las orientaciones requeridas, obliga al sistema social a enfrentarse con “problemas” de control, puesto que si se tolera la desviación más allá de ciertos límites, tenderá a cambiar o a desintegrar al propio sistema; como contrapartida, surgen los mecanismos de control social como procesos de motivación reactivos frente a las desviaciones antedichas, a modo de restauración del equilibrio.<sup>35</sup>

En tal tesitura, es dable hallar una estrecha relación entre esta clase de comportamientos y la criminalidad de “cuello blanco” que profusamente investigara y documentara SUTHERLAND en su señera obra sobre la temática, en la que intentó formular una teoría general de la conducta delictiva a partir de la comprobación de que existe determinado tipo de criminalidad que no guarda relación alguna con la pobreza, o con las patologías sociales o personales que eventualmente pudieran acompañarla.<sup>36</sup> Ello así dado que lejos está de poder afirmarse que el funcionario público carezca de la capacidad -o condición- necesaria<sup>37</sup> como para comunicar a través de su comportamiento una contrariedad a la probidad que debe regir en el ejercicio de la función pública, en virtud de necesidades que lo colocan en los márgenes de la vida en comunidad. Por el contrario, es justamente este sector de la sociedad -como regla- uno de los más “incluidos” en ella.

### 3. El dolo como concepto estrictamente normativo

#### 3.1. El conocimiento como componente bastante

En sintonía con lo que viene desarrollándose hasta el momento, claro está que lo que aquí habrá de postularse será un concepto de dolo absolutamente divorciado de lo que concretamente sucede en la mente de cada sujeto a la hora de actuar, extremo que,

---

<sup>34</sup> Tal es la definición postulada por KINDHÄUSER, Urs en “*Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*”. Polít. Crim. N°3, 2007, A1, p. 6. [<http://www.politicacriminal.cl>]

<sup>35</sup> Cfr. PARSONS, Talcott; *El sistema social (trad. al castellano de José Jimenez Blanco y José Cazorla Perez)*, Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 135 y ss.

<sup>36</sup> Ver al respecto SUTHERLAND, Edwin H.; *El delito de cuello blanco (trad. al castellano de Rosa del Olmo)*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1999, p. 65 y ss.

<sup>37</sup> Explica KINDHÄUSER, ejemplificando con el delito de homicidio, que sólo se porta responsabilidad por el comportamiento antinormativo si se hubiera podido evitarlo en pos del seguimiento de la norma, siendo que el destinatario de la prohibición sólo queda vinculado a esa norma en la medida de su propia capacidad de acción, generándose consecuentemente un “deber” a partir de ella (Cfr. al respecto KINDHÄUSER, Urs; *Infracción de deber y autoría -Una crítica a la teoría del dominio del hecho [trad. al castellano de Juan Pablo Mañalich]*, Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, n° 14, 2011, p. 45.)

por otra parte, resulta de imposible comprobación dado que en rigor constituye exclusivo patrimonio suyo.<sup>38</sup> Es decir, los datos empíricos que serán de trascendencia para imputar el dolo a un determinado comportamiento son lo único “físicamente” perceptible<sup>39</sup>, y ello es lo que nos permite aseverar que este concepto se halla teñido de una innegable normatividad, alejado de cualquier fenómeno psicológico que quiera intentar desentrañarse.<sup>40</sup> Tal postura nos distancia del modelo otrora propuesto por FEUERBACH de una imputación de características exclusivamente psíquicas -por oposición a lo externo a la persona del injusto criminal- en tanto manifestación de una voluntad infractora de un deber o, si se quiere, contraria a una prohibición.<sup>41</sup>

Partiendo de lo párrafo arriba expuesto no queda menos que esgrimir, desde ahora y con toda claridad, que el componente volitivo no ocupa ningún lugar en la definición del dolo como regla imputativa.<sup>42</sup> La posición que resalta en tal concepto la idea de *decisión* contra un bien jurídico, aduciendo que los elementos cognitivos son solamente algo necesario (porque no existen voluntades vacías de contenido) pero no

---

<sup>38</sup> Nos recuerda CARO JOHN que el penalista alemán Benedikt CARPZOV ya en el año 1635 en su *Practica nova ImperialisSaxonicarumcriminalium* (Pars I) demostró que el conocimiento del dolo tenía que establecerse en un nivel de valoración sustraído a las peculiaridades psico-biológicas del ser humano, toda vez que a éstas nadie las puede conocer ni probar. Carpzov parte del ejemplo de que alguien, supuestamente para causar apenas una herida a otro, lo apuñala con una espada filosa, produciéndole así la muerte. Para el pensador alemán no cabe duda que el hecho corresponde al de un homicidio doloso, mas no al de unas lesiones dolosas con resultado de muerte. Es un homicidio doloso sin más, porque “*quien da una puñalada con una espada, a pesar de querer producir solamente una herida, actúa con dolo, porque él sabe o mínimamente debía saber que de esa forma la herida no podía ser causada*”. Así en CARO JOHN, José A.; *Imputación subjetiva*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales n° 7 (2006), pp. 249/250.

<sup>39</sup> En relación al dolo divorciado de su *constatación*, y emparentado con su *imputación* dado su carácter espiritual, véase HRUSCHKA, Joachim; *Sobre la difícil prueba del dolo*, en *Imputación y Derecho Penal*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2009, p. 194 y ss.

<sup>40</sup> Es a todas luces de interés, en este mismo sentido, la definición de dolo que nos brinda PEREZ BARBERA al sostener que se trata de una “*especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento*”(Cfr. PEREZ BARBERA, Gabriel; *El concepto de dolo en el derecho penal*, en Problemas Actuales de la Parte General del Derecho Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 539.)

<sup>41</sup> En relación a las diferencias desde su génesis en los planteamientos de FEUERBACH y HEGEL sobre el punto, así como también lo concerniente a los distintos fundamentos de la punición de los delitos en general por parte de ambos maestros, véase LESCH, Heiko; *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal*, en Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 2° Epoca, núm. 6 (2000), p. 261 y ss.

<sup>42</sup> Sobre la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación en Derecho Penal puede verse, en lugar de muchos, HRUSCHKA, Joachim; *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en *Imputación y Derecho Penal*, Ob. cit. (39), pp. 11 y ss., MAÑALICH, Juan Pablo; *Norma e imputación como categorías del hecho punible*, en Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile n°12 (2010), *passim*.

suficientes (porque la decisión resulta ser algo más que mera representación y conocimiento)<sup>43</sup>, desatiende -como una muestra de una gama amplia de ejemplos- el supuesto de hecho planteado por el famoso caso del tirador de *Lacmann*, en el que dos granjeros que practican tiro al blanco en una feria deciden apostar que pueden darle al sombrero de una niña que se encuentra veinte metros adelante sin herirla, obteniendo como premio la totalidad del patrimonio del perdedor. Cuando el primero de los contendientes dispara, ocurre lo indeseado: la chica resulta víctima de la agresión y muere. Claramente se advierte en tal caso que el tirador no quiso, en el sentido psicológico-descriptivo, el resultado. De hecho, fácilmente puede inferirse que tal consecuencia fue lo último que hubiese querido que suceda, dado que su acaecimiento implicó la pérdida de todo su patrimonio. No obstante, se entiende que a nadie se le ocurriría sostener con un mínimo viso de seriedad argumental que el tirador en ese supuesto actuó sin dolo, lo cual supone con toda nitidez que deban admitirse comportamientos dolosos aún en ausencia de una voluntad infractora de la norma.<sup>44</sup>

Sin perjuicio de ello, difícilmente se pueda aseverar que este mentado componente no tenga cabida en la teoría de la imputación; antes bien, es dable hallar a la volición como parte integrante de toda acción humana<sup>45</sup> así como también integrando una relación de dependencia frente al carácter cognitivo del contexto situacional en la imputación dolosa, en tanto todo autor que lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el tenor de la acción y sus circunstancias, *quiere* también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión.<sup>46</sup>

Hecha tal salvedad, toca ahora adentrarnos más pormenorizadamente en el conocimiento imprescindible para adscribir a un determinado comportamiento el calificativo de doloso.<sup>47</sup> Y es aquí donde resulta decisivo para la capacidad de acción el

---

<sup>43</sup> En todas las teorías que le conceden a la volición un rol parificado al conocimiento campea, aún cuando se presente con matices, esta idea. Así puede verse, entre otros, en HASSEMER, Winfried; *Los elementos característicos del dolo*, en Revista Jurídica DIALNET de la Universidad de La Rioja (España), 1990, pp. 927 y ss.

<sup>44</sup> El supuesto fáctico, con una ligera variación respecto de su versión original, está tomado de GRECO, Luís; *Dolo sin voluntad*, en Revista Nuevo Foro Penal de la Universidad EAFIT (Medellín) Vol. 13, No. 88, enero - junio de 2017, p. 14.

<sup>45</sup> Cfr. al respecto SILVA SANCHEZ, Jesús María; Ob. Cit. (30) p. 401. También STRUENSEE, Eberhard; *Consideraciones sobre el dolo eventual*, In Dret, Barcelona, 2009, pp. 5 y ss.

<sup>46</sup> Así puede verse en HRUSCHKA, Ob. Cit. (39), p. 183, quien remata diciendo que “cuando alguien ha realizado un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, pero sostiene que no quiso realizarlo, incurre en un venire contra factum proprium y, por tanto, en una autocontradicción pragmática”.

<sup>47</sup> Sin perjuicio de que Günther JAKOBS ( en *Dolus Malus*, Revista In Dret, Barcelona, 2009, pp. 10 y ss.) cree en la identidad del dolo y el conocimiento del injusto, resulta según mi criterio más convincente la posición

conocimiento de las circunstancias del hecho y de la posible relevancia causal de la propia conducta para el advenimiento del resultado típico, dado que sin ese conocimiento el autor *no podría evitar* la realización del tipo penal; ello implica sostener, planteado a contrario, que si el autor posee el conocimiento necesario podrá esperarse de él, presumiéndoselo ciudadano fiel al derecho, la evitación de la causación del resultado.<sup>48</sup>

Dicho esto, es aquí pertinente realizar una capital distinción en cuanto al lugar que ocupan en la adscripción del dolo las representaciones concretas del autor a la hora de actuar. Para ello, deben diferenciarse lo que constituyen las representaciones (de tinte subjetivo) de las evaluaciones (vinculadas precisamente a la idoneidad objetiva del método).<sup>49</sup> Así, a modo de ejemplo, es a todas luces imprescindible que el autor doloso se haya representado al apuntar al pecho de la víctima con su pistola previo a disparar que el arma en cuestión se hallaba cargada; ahora bien, la evaluación de esa conducta a los efectos de la imputación dolosa estará vinculada a que, conforme reglas generales de actuación prescriptas por la experiencia cotidiana, tal comportamiento implica un método idóneo para matar, con total independencia de lo que acaeciera en la mente del autor previo al disparo (vgr., puede haber querido darle a la víctima el susto de su vida pero sin representarse concretamente la posibilidad de acabar con ella, lo cual es indiferente en materia imputativa). Ello así dado que el dolo se configura a partir de lo que el sujeto *debía saber* (conocimiento normativo) y no meramente de lo que *sabía* (conocimiento psicológico). Lo que se *debe saberse* determina en función de la posición específica (del rol) que ocupa el actuante en un contexto determinado de interacción, dado que

---

de MAÑALICH, quien entiende que uno y otro se relacionan al modo de una actitud proposicional de primer orden y una actitud proposicional de segundo orden, respectivamente: mientras que actúa con dolo de homicidio quien se representa la posibilidad concreta de que su comportamiento cause la muerte de otro ser humano (sin que se den circunstancias que objetivamente satisfarían el supuesto de hecho de una norma permisiva preferente), actúa con consciencia de la antijuridicidad propia del homicidio quien se representa la posibilidad concreta de que su comportamiento, *bajo su descripción* como la causación de la muerte de otro, sea contrario a una norma prohibitiva (no desplazada por una norma permisiva preferente). No puedo ocuparme aquí del análisis detallado de tal planteamiento, con consecuencias principalmente en materia de error, por lo que remito a MAÑALICH, Juan Pablo; *El delito como injusto culpable: sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno*, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, núm. 1, 2011, Universidad Austral de Chile, pp. 99 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. KINDHÄUSER, Urs; *Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia*, Revista Jurídica de la Universidad de Cartagena (Colombia) Volumen 4, Revista n° 1, Ejemplar n° 7 (2012), p. 13.

<sup>49</sup> Sostiene STRUENSEE que *“lo decisivo es tan solo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales representados. ¿Es suficiente la intensidad de la representación para fundar un dolo de causación? La representación de una probabilidad suficiente no constituye ninguna magnitud que pueda elegirse libremente, no es una estimación librada al criterio del sujeto actuante, sino que está sujeta a un juicio objetivo orientado en leyes causales y reglas de la experiencia.”*Cfr. STRUENSEE, Ob. Cit. (45), p. 12.

precisamente esa posición permitirá saber cuál es el conocimiento exigible en esa particular situación.<sup>50</sup>

De tal suerte puede decirse que, en el ámbito del derecho penal, en la premisa mayor aparece la evitación de la realización del tipo como el objetivo jurídicamente obligatorio; la premisa menor, en tanto, contiene los conocimientos y las capacidades del destinatario de la norma respectivo, mientras que la conclusión designa entonces el comportamiento adecuado a deber que ha de ser omitido (tratándose de una prohibición) o ejecutado (tratándose de un mandato).<sup>51</sup> Pero, nuevamente, la valoración del riesgo no puede depender de la efectuada por el propio autor en tanto éste no reflexione en absoluto sobre tal magnitud, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo resulta exclusivamente si su conducta, leída como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión de la norma *debe ser* o incluso *puede ser*.<sup>52</sup>

### 3.2. Situación riesgosa y evitabilidad

Las anteriores consideraciones exigen aunque más no sea una breve referencia a dos nociones esenciales para entender estos postulados, cuales son la situación riesgosa (amenazante de la incolumidad de bienes jurídicos y vinculada a elementos pertenecientes al tipo objetivo) y la evitabilidad. En lo atinente a la primera, debe tratarse de una situación en que, según el estado de cosas correspondiente, la producción del resultado aparece como probable (o al menos concretamente posible). Ello significa que lo que ha de evitarse es un comportamiento respecto del cual puede asumirse que, en las circunstancias dadas, su ejecución habrá de condicionar, con una cierta probabilidad, una producción del resultado. No se vincula a otra cosa que al pronóstico de un resultado, en circunstancias que el riesgo aumenta con la probabilidad de producción del resultado. A mayor probabilidad de la producción de un resultado a consecuencia de un comportamiento, mayor es el riesgo asociado a la ejecución del mismo.<sup>53</sup> Palmariamente, el elemento cognitivo del dolo implica un cierto *pronóstico de probabilidad* que, para ser relevante en tanto dolo cuanto menos en su versión umbral, debe configurar una asunción por parte del autor de que mínimamente es probable la producción del resultado a partir del contexto situacional que conduce.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup>Tal visión en CARO JOHN, José A., Ob. Cit. (4), p. 136.

<sup>51</sup> Tratado profusamente en KINDHÄUSER, Urs; *El tipo subjetivo en la construcción del delito*, Revista Jurídica In Dret, Barcelona, 2008, pp. 9 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. PAWLIK, Michael, Ob. Cit. (6), p. 144.

<sup>53</sup> KINDHÄUSER, Ob. Cit. (51), p. 26.

<sup>54</sup> Con ligeras variaciones en KINDHÄUSER, Ob. Cit., (51), p. 27.

El concepto de probabilidad que aquí se sostiene es el presidido por las leyes de la lógica, donde el consecuente de un enunciado probabilístico (hipótesis o pronóstico de probabilidad en sí) se halla directamente vinculado a los datos incluidos en el antecedente, ámbito en el cual si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro dato, ello contará con su correspondiente repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale o directamente variará de signo.<sup>55</sup> Entonces, deja verse nítidamente que la probabilidad de aparición del resultado es un criterio cuantitativo, y se estará ante un delito doloso siempre que el nivel sea tan elevado que -como ya se dijera- deba hacer desistir a un ciudadano que profesa fidelidad al derecho de su actuación.<sup>56</sup> En esa línea, la diferencia entre el dolo eventual -forma básica de dolo- y el directo estará marcada por el par conceptual “*consecuencia posible*” y “*consecuencia segura*”; en tanto en el primero de los supuestos la consideración de la realización del resultado a partir de la conducta llevada a cabo por el autor será presidida por la *posibilidad*, en el segundo caso idéntica consideración se hallará gobernada por la *seguridad*.<sup>57</sup>

Por su parte, en torno a la noción de evitabilidad como criterio normativo que informa la imputación subjetiva puede decirse que las consecuencias de los sucesos pueden, en un estado normal de cosas, calcularse o ponderarse, lo que implica que las personas al conducirse en la sociedad gobiernan una especial capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación. Ello constituye un criterio rector que separa la imputación subjetiva en materia penal (tanto en forma de dolo cuanto de culpa) de los resultados fortuitos, que al estar caracterizados por la imprevisibilidad carecen del desvalor subjetivo necesario para la atribución de responsabilidad.<sup>58</sup> Ahora bien, esa posibilidad de evitar, dirigida al autor concreto y no a un hombre promedio de laboratorio, halla sustento en tres tipos de capacidades diferenciables en una persona. En primer lugar, en la posibilidad que el autor tenga de motivarse de modo dominante a evitar el comportamiento, pudiendo formar una voluntad de evitación; también, en que pueda reconocer que la conducta que se propone realizar es aquella que se quiere evitar; finalmente, en que pueda aplicar dado el caso la fuerza física necesaria para evitar el

---

<sup>55</sup> Tal concepción en PEREZ BARBERA, Ob. Cit. (40), pp. 540 y ss., con especiales referencias al advenimiento y evolución de la teoría en variadas latitudes. También SANCINETTI, aún desde un prisma subjetivista, se manifiesta partidario de la misma al sostener que “*un riesgo ya reprobado, pero que se mantiene aún dentro de una escasa probabilidad de realización, tendría que ser de menor gravedad que un riesgo también reprobado, de alta probabilidad de realización*”. Ver al respecto SANCINETTI, Marcelo A.; *Subjetivismo e Imputación objetiva en Derecho Penal* (1° reimpresión), Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 117.

<sup>56</sup> Muy claro GARCIA CAVERO, Percy; *La imputación subjetiva y el proceso penal*, en Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia Vol. 26 Núm. 78 (2005), pp. 133 y ss.

<sup>57</sup> Una visión aún más focalizada en la perspectiva del propio autor en KINDHÄUSER, Ob. Cit. (48), pp. 15 y ss.

<sup>58</sup> Con sutiles diferencias en GARCIA CAVERO, Ob. Cit. (56), p. 133.

comportamiento en cuestión. Ello permite concluir que la evitabilidad depende de las capacidades volitivas (o motivatorias), intelectuales y físicas del autor.<sup>59</sup> Debe tenerse presente, asimismo, que la capacidad de motivación del autor concreto no es tomada en consideración en este análisis, dado que la voluntad de evitar comportamientos antijurídicos constituye una presunción (recordemos que a todo ciudadano se lo presume fiel al derecho) que convertirá en eje central de la discusión probatoria si el autor, contando en concreto con la voluntad de evitar una determinada clase de comportamientos, habría podido reconocer que estaba precisamente ante la realización de uno de ellos pudiendo de este modo evitarlo.<sup>60</sup>

Así, teniendo en cuenta que nuestro derecho penal reprime defectos volitivos de la ciudadanía y no de inteligencia ni de capacidades físicas, la pregunta esencial a formularse es qué habría sucedido si el autor se hubiese motivado correctamente, formándose la correspondiente voluntad de evitación.<sup>61</sup> Si puede responderse que la persona contaba con las capacidades físicas e intelectuales que le habrían permitido evitar, de haberlo querido, el comportamiento disvalioso, entonces el fundamento de la no evitación se halla en un déficit volitivo y merece ser sancionado. A contrario, si el comportamiento aun echando mano a su mejor voluntad le resultó al individuo física y/o intelectualmente inevitable, el mismo queda fuera de los contornos del derecho penal de culpabilidad.<sup>62</sup>

### 3.3. El dolo y los delitos de peligro

La concreta distinción entre los delitos de peligro concreto y los de lesión en materia de dolo no es tan amplia como a primera vista pudiera parecer. Podría sostenerse, liminarmente, que existe dolo de peligro concreto cuando un sujeto ha actuado pese a ser consciente de que su conducta resultaba idónea para la generación de un peligro concreto de acaecimiento de un resultado, pero negando a su vez a tal conducta en el correspondiente contexto situacional la aptitud necesaria para producirlo. Cuando tal aptitud no se niega, sino que es efectivamente atribuida por el sujeto a su

---

<sup>59</sup> Así en CORDOBA, Fernando; *Dolo y evitabilidad individual*, en Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires n°1, 2012, p. 217.

<sup>60</sup> Con ligeras matizaciones en CORDOBA, Ob Cit.(59), p. 217.

<sup>61</sup> “El conocimiento que caracteriza al dolo no es entonces cualquier conocimiento; debe tratarse de un juicio válido para el autor, es decir, es preciso que el autor se represente, sobre la base de experiencia válida para él, y no sólo por especulación o por excesivo temor, que causará el resultado. Es que la voluntad de evitar puede surtir efecto inmediato en el autor, es decir, sin necesidad de mayor reflexión, sólo frente a un conocimiento que, según experiencia válida, lo muestre como futuro causante del resultado.” Así en CORDOBA, Fernando; *Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito*, Revista In Dret, Barcelona, 2015, p. 6.

<sup>62</sup> Cfr. CORDOBA, Ob. Cit.(59), p. 219.

conducta, se halla el dolo ligado también a la producción del resultado.<sup>63</sup> Sentado ello, el concepto esencial para comprender los alcances de la distinción resulta el de *no integración* de la concreta aptitud lesiva del comportamiento, siempre desde una perspectiva social y no psicológica. Así, concurre el fenómeno de la *no integración* en aquellos supuestos en los cuales es factible asumir que, pese a haber juzgado un sujeto que su conducta era peligrosa en abstracto y haber conocido correctamente también la situación en la que actuaba, no ha integrado ambos factores en el juicio de valor según el cual su comportamiento resultaba concretamente idóneo para la producción del resultado lesivo. En los supuestos en los que esta *no integración* sea imposible, es decir, en todos los comportamientos especialmente aptos para producir un determinado resultado, cuanto menos ante la realización de la conducta ya hallamos una tentativa de producción del mismo, con lo que la distinción en cuanto al dolo pierde todo tipo de relevancia.<sup>64</sup>

La paradoja que resalta aquí es que, aún aquellos autores que distinguen el componente volitivo a la hora de conformar la imputación dolosa, alcanzan a ver que siempre se da el momento de manifestación de la voluntad en los supuestos en que el sujeto se representa el peligro (conocimiento) y actúa pese a tal representación, sosteniendo que la decisión de actuar en ese contexto es expresión por sí sola de la “decisión contra el bien jurídico” característica del dolo.<sup>65</sup> Se ha sostenido, en esa línea de pensamiento, que resultan en este ámbito especialmente válidas muchas de las ideas propuestas por HERZBERG, BOTTKE o PUPPE, en cuanto a los límites que lo objetivo pone a lo subjetivo, pues desde que el objeto del bien jurídico entra en el ámbito de eficacia de la acción peligrosa y deja de poder ser defendido de forma segura, ya no existe margen de confianza racional respecto de la evitación del peligro, el “no querer” el peligro escapa de la capacidad del autor.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Así en RAGUES I VALLES, Ramón; *El dolo y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 509.

<sup>64</sup> Sigue diciendo RAGUES I VALLES que “*el ámbito en que se plantea el problema de distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión es el de las conductas neutras y, dentro de éstas, todos aquellos supuestos en los que no sea posible imputar al sujeto el juicio de concreta aptitud lesiva de la conducta que realiza. Por este motivo, el problema de la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión tampoco debe referirse a las conductas neutras en que sea posible atribuir al sujeto el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, es decir, cuando concurra una exteriorización, la captación del próximo acaecimiento del resultado, o bien la dinámica comisiva haga impensable que el sujeto no haya realizado tal juicio*”. Tal postura en Ob. Cit. (63), p. 510.

<sup>65</sup> Cfr. por todos RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa; *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 201 y ss.

<sup>66</sup> Ob. Cit. (28), p. 202. Destaquemos brevemente que se hace referencia al dolo en tanto creación de riesgos objetivos (HERZBERG), intolerables (BOTTKE), o que expresan una contradicción entre las máximas del autor y las valoraciones que hacer el ordenamiento jurídico (PUPPE). Para su profundización, RODRIGUEZ MONTAÑES, Ob. Cit. (65), pp. 115 y ss.

Parece más plausible adscribir a una noción de dolo genérica en los términos que venimos estudiando, con la apuntada excepción, campeando en todo momento la idea de la exigencia del conocimiento de la acción y sus consecuencias, lo cual implicará realizar las correspondientes distinciones en relación tanto al bien jurídico afectado cuanto a la densidad o proximidad de los riesgos creados para la incolumidad de los bienes, siempre haciéndose prevalecer las consideraciones normativas por sobre las psicológicas. La amenaza (concreta) que el autor doloso esgrime viene dada por el hecho de que plantea un esbozo del mundo que contradice la configuración social, pero que a la vez es posible desde su perspectiva. Por ello, si es que ha de haber sistemas sociales, deberá estabilizarse la regla arbitrariamente alterada a costa del autor de tal expresión.<sup>67</sup>

Sin perjuicio de ello, cabe decir que en el ámbito de los delitos de peligro abstracto como el que aquí se estudia, el tipo penal se satisface con la realización de un comportamiento, sin que sea preciso acreditar el acaecimiento de un resultado, de un determinado nexo causal o del dolo en relación a esos factores, no siendo tampoco necesaria la orientación de la actividad probatoria en tal sentido.<sup>68</sup> En estos supuestos, precisamente por existir una suerte de desconfianza en la capacidad del autor de efectuar un pronóstico atinado sobre la inexistencia de peligro o de su propio control del riesgo, es que tal control se “centraliza”, en tanto se establece desde el propio Estado cuál es el comportamiento que no debe realizarse.<sup>69</sup>

Ahora bien, esta clase de figuras típicas -cuyo fundamento determinante de su punibilidad parte de la idea del peligro de proliferación de las mismas, es decir, de su realización en gran número, y mucho más cuando afectan bienes jurídicos colectivos en tanto bienes insusceptibles de ser divididos en partes asignables a cada individuo que interactúa socialmente<sup>70</sup>- alberga en su seno muchas veces una abstracción de factores

---

<sup>67</sup> Con matices en JAKOBS, Günther; *Imputación jurídico-penal*, en JAKOBS -STRUENSEE, Problemas capitales del derecho penal moderno, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 38 y ss.

<sup>68</sup> Cfr. KISS, Alejandro; *Delito de peligro abstracto y bien jurídico*, en SCHROEDER-ECKSTEIN-FALCONE (Coord.), Delitos de posesión o tenencia, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 175/6.

<sup>69</sup> En ese sentido KISS, Ob. Cit. (68), p. 175.

<sup>70</sup> Similar HEFENDEHL, Roland; *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, en Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia Vol. 25 Núm. 76 (2004), pp. 70 y ss. Ofrece allí el siguiente ejemplo (p. 76): “Si un individuo arroja cinco litros de aceite usado en el cauce del Río Bogotá, no sufrirá el agua -en su función referida al hombre- lesión alguna, tampoco podremos hablar de un peligro concreto que requiera implícitamente que la lesión no se haya producido sólo a raíz de una mera casualidad. ¿Cuál podría ser aquí la casualidad? Sólo nos quedaría comprobar la idoneidad de la estructura del delito de peligro abstracto, que ya antes tachamos de imprecisa y vaga: no sabemos realmente por qué se habla de la existencia de un peligro abstracto. La verdadera razón que determina su criminalización se basa más bien en la idea de la acumulación, y ésta parte del planteamiento de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen

tan elevada que amerita, casi de modo imprescindible, su análisis a la luz del principio de proporcionalidad o razonabilidad, el que parte en nuestro derecho del art. 28 CN.<sup>71</sup> El mismo -explicado brevemente- consta de tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. En relación al primero, se ha dicho que debe existir un fin, tal fin no debe estar prohibido constitucionalmente y debe ser socialmente relevante. Mediante el segundo se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales entre las igualmente eficaces, exigiéndose por tanto la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos. Finalmente, en lo concerniente al tercero de ellos se ha dicho que el mismo consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, entendiéndose por “relación razonable” -predominantemente- un balanceo entre las ventajas y desventajas de la medida.<sup>72</sup>

#### 3.4. El dolo y su prueba en el proceso penal

Finalmente, para la adscripción del dolo en tanto imputación, y en atención a que el mismo en esencia se asemeja a un hecho “interno” que debe necesariamente diferenciarse de los externos que resultan asimilables a través de los sentidos y que, por ende, son constatables con la intermediación de los métodos que proponen las ciencias naturales, puede tal operación asociarse a ciertas reflexiones que toda persona emplea de forma cotidiana en la convivencia diaria. Por caso, cuando un individuo en una determinada situación se pone “rojo de cólera” deducimos que está furioso. Cuando otro sujeto palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo. También, cuando alguien se retuerce y profiere gritos inarticulados podemos deducir que algo le duele.<sup>73</sup> Del mismo modo, a los efectos de la imputación de esta forma de conocimiento, cobrarán capital relevancia los datos externos objetivamente constatables que rodean la actuación de la persona, que supone la toma en consideración del contexto social concreto en que tal comportamiento tiene lugar.<sup>74</sup>

---

*gravemente el medio ambiente, no merecedoras por tanto de una sanción penal, producidas en gran número, generan como consecuencia un perjuicio grave para la calidad de las aguas”.*

<sup>71</sup> Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

<sup>72</sup> No constituye el presente, dados los objetivos iniciales de estas reflexiones, el ámbito apropiado para una profundización de las ideas aquí vertidas. Para ello resulta particularmente esclarecedor CIANCIARDO, Juan; *El principio de razonabilidad*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, *passim*.

<sup>73</sup> Tal visión, con ejemplos complementarios, en HRUSCHKA, Ob. Cit. (39), p. 190.

<sup>74</sup> CARO JOHN, Ob. Cit. (4), pp. 135 y ss. Sostiene este autor, a modo de ejemplo y con el fin de clarificar el punto, que “una persona fumando un cigarrillo en la calle puede no representar un riesgo significativo para terceras personas, pero si lo hace cerca de una estación de gasolina es evidente que la conducta se torna altamente riesgosa” (Idem, p. 137)

Sin perjuicio de ello, y dada la argumentación que venimos exponiendo hasta el momento, claro queda que el objetivo no debe hallarse enderezado a la averiguación de pretéritas realidades psicológicas que, como ya se dijera, no son certeramente reconfigurables, sino que los esfuerzos deben apuntar a la meta de la *verdad construida* propia del proceso penal, con base en principios eminentemente normativos.<sup>75</sup> En este punto será esencial, naturalmente, la prueba de indicios presidida por las reglas de experiencia, ámbito en el cual como atinadamente señala FREUND pueden distinguirse enunciados que declaran *segura* la existencia de una realidad a partir de la prueba de determinados indicios, de otras reglas que establecen que, dados ciertos indicios, la existencia de un hecho sólo se considera *probable*.<sup>76</sup> Por ello, desde este momento, serán las circunstancias que constituyen el contexto del caso concreto las determinantes a la hora de adscribir el dolo, señalándose frente a determinadas hipótesis de probabilidad alternativas racionales a las mismas, y verificándose luego de tal análisis si la hipótesis se mantiene o se refuta.<sup>77</sup>

No debe perderse de vista, finalmente, que el derecho penal cuenta con determinados fines que legitiman su existencia, principalmente gobernados por la respuesta ante la significación y comunicación que encierran los hechos punibles, garantizándose de este modo la vigencia de las expectativas normativas y, consecuentemente, la identidad de la misma sociedad.<sup>78</sup> Así, el dolo del autor no puede divorciarse de un cierto “costado social”, que tendrá su importancia a la hora de atribuir concreto sentido -conforme los extremos analizados- a la conducta particularmente desplegada por la persona.

#### 4. La pena como retribución

Resulta evidente, en el contexto de la fundamentación funcional de las figuras típicas vinculadas a la corrupción de funcionarios públicos, que la pena como respuesta formal al quebranto normativo suscitado debe ostentar un análisis en idéntico sentido, dado que resulta esencial que la misma se ciña a su función teniendo en consideración las importantes consecuencias prácticas que el tópico reviste en la lucha contra la criminalidad. Sobre ello, entiendo que se asiste a un saludable reverdecer de aquellas teorías asociadas con diversos matices a la idea de retribución<sup>79</sup> desde perspectivas de

---

<sup>75</sup> Así RAGUES I VALLES, Ob. Cit. (63), pp. 290 y ss.

<sup>76</sup> FREUND, Georg; *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”* Heidelberg, 1987, pp. 17 y ss. La posición del autor alemán está profusamente reseñada en RAGUES I VALLES, Ob. Cit. (63), pp. 307 y ss.

<sup>77</sup> FREUND, Ob. Cit. (76), p. 22-23.

<sup>78</sup> Cfr. JAKOBS, Ob. Cit (67), p. 33.

<sup>79</sup> La cual resulta aplicable a quienes retribuyen según las consecuencias del hecho o según el disvalor de la acción, tal lo postulado en SANCINETTI, Marcelo; *El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico - penal racional*, Revista In Dret, Barcelona, 2017, p. 7. Este autor defiende una postura semejante a

racionalidad moderna<sup>80</sup>, pero no -al menos en la vertiente que aquí se defenderá- como fin en sí misma sino ostentando una función, cual es el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social y la identidad normativa de la sociedad<sup>81</sup>, mas con el autor respondiendo exclusivamente hasta donde llegue su culpabilidad<sup>82</sup> a modo de compensación. El hecho punible como tal refleja con sentido expresivo que el autor se aprovecha injustamente de las ventajas que la coordinación social a través de normas asegura para todos, lo cual ya de por sí justifica un reproche de culpabilidad que debe materializarse a través de la pena.<sup>83</sup> Pero además, si ésta no estabiliza -podríamos decir mediatamente- expectativas y fortalece la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos<sup>84</sup> resulta disfuncional. Esas expectativas se encuentran arraigadas en toda la sociedad, hallándose constituidas por el hecho de que el esbozo del mundo que supone el delito como acto comunicacional sea de algún modo contradicho, poniéndose de manifiesto de modo contrafáctico que las normas que vedan la alteración de la probidad y transparencia que deben necesariamente regir en el ejercicio de funciones públicas continúan plenamente vigentes.<sup>85</sup>

---

la aquí postulada, tal como puede advertirse de la conferencia que pronunciara el 7/10/2015 en el marco del II Simposio Internacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción, cuya versión documentada se halla en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar) bajo el título “*Teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo*”.

<sup>80</sup> Vertiente que aún el propio SILVA SANCHEZ, desde una perspectiva contraria, reconoce como cuestión abierta a la discusión en el devenir de la ciencia jurídico penal. Cfr. al respecto, SILVA SANCHEZ, Ob. Cit. (30), p. 323.

<sup>81</sup> En tal dirección LESCH, Heiko; *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 50 y ss. No muy lejano Karl BINDING, en cuanto afirmaba que la pena debía tener -además de la retribución- la misión de “mantener y reforzar la idea de santidad e indestructibilidad de las obligaciones a las que va ligada y lograr que el mayor número posible de personas viva, por convencimiento propio, de acuerdo con dichas obligaciones, es decir, que en lugar de idear planes delictivos se someta a la autoridad de la ley” (*Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t.I, Leipzig/München, 1915, p. 85).

<sup>82</sup> Entendida ésta como una falla personal que lesiona el sentido de la justicia de un modo que produce indignación. A esta fórmula subyace la tesis de que el sentido de la justicia constituye un elemento esencial del concepto de la persona éticamente responsable y que este concepto de persona moral es asimismo constitutivo para la idea de una coexistencia de libertad ventajosa para todos, esto es, para el derecho. Fundamental al respecto KINDHÄUSER, Urs; *Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético -jurídica de la pena criminal*, Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile n° 16 vol. 1, 2010, pp. 38 y ss.

<sup>83</sup> Cfr. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo; *La pena como retribución, primera parte: la retribución como teoría de la pena*. Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia 28, 83 (2007), p. 57.

<sup>84</sup> JAKOBS, Günther; *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 43.

<sup>85</sup> Así LESCH, Ob. Cit (81), p. 49. La exposición de una teoría mixta más pura, con retribucionismo y consecuencialismo presentes casi sin orden de prelación, y a su vez echando mano en su fundamentación

Ahora bien, al adentrarnos en el basamento de la consecuencia jurídica que denominamos pena, resulta indudable que campea en todo momento un consenso aunque más no sea implícito en la ciudadanía en relación a que existe cierta clase de actos que ineludiblemente merecen ser reprimidos a los efectos de posibilitar la convivencia social. En esa línea, difícilmente alguien negaría que si ciertas distribuciones no equitativas deben admitirse, una de las bases más firmes sería su carácter consensual, y si se imponen determinadas distribuciones compulsivas, su contenido igualitario sería un buen argumento en su favor.<sup>86</sup> Además, cuando la consecuencia jurídica de un acto voluntario ha sido conocida por el agente, podemos decir que él la ha consentido. Y es este consentimiento el que se toma como moralmente relevante para justificar la ejecución de la consecuencia jurídica de que se trate, contra la persona que la ha consentido. Por ello, el individuo que comete un delito asume una sujeción jurídica a sufrir una pena y pierde las acciones, que de otro modo tendría, para obtener compensación o querrelar criminalmente a los funcionarios por la privación de derechos que la pena supone<sup>87</sup>, exigiéndose invariablemente que la persona penada haya sido capaz de evitar el acto al que se imputa responsabilidad penal, que haya consentido en ejecutar el acto que genera responsabilidad penal y, finalmente, que sepa que la asunción de tal responsabilidad es una consecuencia necesaria del acto que ha consentido en ejecutar.<sup>88</sup>

Sin perjuicio de ello, independientemente de tal consenso, cierto es que el antecedente necesario de la pena -el suceso típico- puede ser entendido idealmente de dos modos encontrados: o bien como peligro, es decir, como un comportamiento que en cierta medida trae consigo el riesgo de su repetición, ya sea por el mismo autor o por otro diferente por imitación o, contrariamente, como delito en tanto exteriorización de voluntad quebrantadora del derecho que no es asumible por la comunidad y, por ello, pasible de una reprobación simbólica.<sup>89</sup> Tal comportamiento, asido en este último sentido, obliga al autor en orden a la causación del daño a compensar su acción destructiva mediante otra constructiva<sup>90</sup>, que suponga de algún modo su reparación. Pero ello no deja de constituir una respuesta privada al conflicto, restando el carácter supraindividual del

---

expresiva a una no usual argumentación en pro de la corrección moral del primero, puede verse en el muy lúcido trabajo de PEREZ BARBERA, Gabriel; *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena*, Revista In Dret, Barcelona, octubre de 2014, pp. 6 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. NINO, Carlos Santiago; *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 227.

<sup>87</sup> NINO, Ob. Cit. (86), pp. 232/233.

<sup>88</sup> Idem, p. 249.

<sup>89</sup> Así en PAWLIK, Michael; *La pena retributiva y el concepto de delito*, publicado en La Libertad Institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 80.

<sup>90</sup> PAWLIK, Ob. Cit. (89), p. 82.

mismo entendido como diferendo público. Allí es donde aparece la pena como reacción pública frente a un delito de idéntico carácter; es por ello que la retribución y reparación que se permiten es aquella suscitada frente a un injusto que no sólo se haya percibido como lesión de la concreta víctima, sino también como un ataque a la comunidad jurídica como tal.<sup>91</sup>

Ello encuentra su justificación en la imprescindible necesidad de mantenimiento de condiciones generales de juridicidad como rectoras de la vida en común, que no sólo resultan competencia de las instituciones estatales -dada su limitada capacidad de actuación- sino también de cada persona que habita en una comunidad.<sup>92</sup> Entonces, al quebrantar el orden jurídico, el representante de la misma está negando el concreto sostenimiento del estadio de la juridicidad que constituye su competencia, por lo que, consecuentemente, la comunidad jurídica reacciona con la imposición de una pena a la lesión del deber antedicho que implica el injusto.<sup>93</sup> Se confirma de este modo, a costa del autor y a través de un medio coercitivo, la indisolubilidad de la relación entre el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de colaboración<sup>94</sup>, haciéndole a éste ver que quien no respeta la libertad ajena está renunciando a una parte de su propia libertad. En tal sentido, debe tenerse presente tal como sostenía BINDING, que el bien jurídico es siempre un bien jurídico de la generalidad, incluso cuando aparentemente sólo resulta ser un bien individual. En interés de la generalidad se le va a proteger al individuo su vida, su dignidad.<sup>95</sup> La orientación resocializadora -casi a modo de oferta- constituye según esta postura un fin exclusivo de la ejecución penal al que en modo alguno debe renunciarse, ya que ello supone reconocer al autor en su rol de ciudadano frente al cual la comunidad jurídica asume una responsabilidad, contracara de la expectativa que ésta posee de que el autor del delito reconozca su responsabilidad frente a ella en el momento de la imposición de la pena.

También debe decirse que asistimos a una instancia de la evolución de la doctrina jurídico penal que se ocupa de los fines de la pena en la que el aspecto retributivo de la sanción se camufla dentro de teorías pretendidamente preventivas generales o “de la unión”, al tratarse la culpabilidad en tanto límite de la prevención<sup>96</sup>, paralelamente a la experimentación de cierto renacer de la corriente vinculado con la necesidad de que la

---

<sup>91</sup> PAWLIK, Ob. Cit. (89), p. 84.

<sup>92</sup> PAWLIK, Ob. Cit. (89), p. 85.

<sup>93</sup> PAWLIK, Ob. Cit. (89), p. 86.

<sup>94</sup> PAWLIK, Ob. Cit. (89), p. 103.

<sup>95</sup> BINDING, Karl; *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 3° ed., Leipzig, 1916, p. 358.

<sup>96</sup> Así en ZIFFER, Patricia; *Acerca del “resurgimiento” del retribucionismo*, Revista En Letra: Derecho Penal Año IV, número 6, 2018, p. 32.

pena constituya una respuesta proporcional al hecho cometido, exenta de nociones de prevención de ningún tipo.<sup>97</sup> Allí se inscribe la postura de KÖHLER, bastante similar a la de PAWLIK, quien considera que la pena se justifica como el restablecimiento compensatorio de las relaciones jurídicas parcialmente negadas en su validez general por la producción del delito a través de la libertad externa del condenado, produciendo una injerencia sobre el mismo en su status de derechos básicos para la necesaria compensación del derecho, restituyendo de este modo la vigencia general de la relación jurídica vulnerada.<sup>98</sup>

En esa inteligencia, no puede obviarse que el retribucionismo, que necesariamente exige que las normas de comportamiento que prohíben aquellas formas de conducta cuya realización culpable condiciona la imposición de la pena sean legítimas o justas<sup>99</sup> - entendidas como tales a aquellas cuyo seguimiento asegure ventajas para cada uno de sus destinatarios<sup>100</sup>- es la corriente que le otorga mayor respeto al principio kantiano que prohíbe tratar a las personas como un medio para un fin (*principio de no instrumentalización*), cuya premisa básica encuentra sustento en el concepto de dignidad humana, resultando las restantes justificaciones del castigo expugnables en este sentido. Puede verse como las posturas que intentan imbricar argumentos consecuencialistas con el referido principio no resisten algunas de las objeciones que saltan palmariamente a la vista, resultando por ende minimizadas en su valía.<sup>101</sup> Además, se le ha adjudicado a las teorías de la prevención -básicamente general- como fundamento exclusivo de la pena la realización de una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano, con cierto corte autoritario. Desde KANT el derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma las razones de tales mandatos y prohibiciones ya que tal postura trae aparejado un atentado al derecho al libre desarrollo

---

<sup>97</sup> ZIFFER, Ob. Cit. (96), p. 34.

<sup>98</sup> KÖHLER, Michael; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlín -Heidelberg, 1997, p. 580, citado en ZIFFER, Ob. Cit. (96), p. 37.

<sup>99</sup> Ver al respecto MOORE, Michael; *Placing Blame*, Oxford, 1997, p. 70, obra analizada profusamente en el brillante artículo de MAÑALICH RAFFO citado (83), *passim*, quien además demuestra con argumentos muy sólidos que la libertad de voluntad puede ser afirmada incluso bajo la asunción de una concepción determinista del comportamiento humano, echando mano a la noción de autodeterminación.

<sup>100</sup> MAÑALICH RAFFO, Ob. cit. (83), p. 58.

<sup>101</sup> No puedo ocuparme extendidamente aquí del tema, pero es sin dudas imprescindible para entender la postura la lectura del trabajo de Tomás FERNANDEZ FIKS titulado *Retribucionismo y el principio de no utilización de las personas como medios* (Revista En Letra: Derecho Penal, Año II número 4, 2017). Allí se ocupa el autor de rebatir las posiciones de los autores Victor TADROS y Erin KELLY, quienes buscan infructuosamente compatibilizar el referido principio con corrientes preventivas, arribándose a resultados argumentativamente poco sólidos.

de la personalidad<sup>102</sup> así como también la ausencia de la disposición a reconocer al autor del delito como un igual agente moral en el entramado social, contrariando el modo en que merece ser considerado.

## 5. La concreta regulación típica

En relación a lo que venimos estudiando hasta el momento, claro queda que a efectos del alcanzar la utilidad funcional del tipo que aquí se viene pregonando resulta imperioso el análisis de la concreta regulación legal, cuanto menos en los aspectos más relevantes, ello con el objeto - a más de sentar una visión sobre determinados aspectos típicos- de señalar fortalezas y debilidades. En tal línea, la configuración del abordaje que se sucederá discurrirá sobre tres ejes: uno analítico, sobre las notas más salientes del tipo y su contexto; otro que podría denominarse *de ponderación*, al defender una reforma legal de reciente aparición que dota de funcionalidad a la sanción penal, para finalmente pasar a un apartado de *adaptaciones típicas imprescindibles*, teniendo siempre en miras la necesidad de un mayor protagonismo de la figura en nuestra jurisprudencia, alejándola de esta suerte de *letra muerta* que la misma ha ostentado en la historia de nuestro derecho judicial.

### 5.1. El tipo y su contexto

5.1.1. En otro acápite me he referido a la corrupción funcional<sup>103</sup>, acompañando una determinada definición. A ello debe adosársele, ahora, la idea de que la misma constituye un determinado modo de agresión a diversos intereses penalmente protegidos, fundado esencialmente en la incompatibilidad entre una ventaja (por ello indebida) y la promoción del interés al que ha de servir el ejercicio de determinado poder de decisión.<sup>104</sup> Lo expuesto debe necesariamente complementarse con la siguiente noción, que es esencial para comprender el núcleo del disvalor de la conducta que aquí se estudia: mientras la Administración Pública se halla enderezada al bien común y el sostenimiento de su capacidad de funcionamiento depende, por tanto, de modo preponderante de que el poder de decisión no resulte indebidamente influenciado mediante ventajas, la maximización de las utilidades resulta ser el principio económico de la economía privada, resultando en tal ámbito completamente adecuada la consecución de ventajas.<sup>105</sup>

Sentado ello, es atinado trazar una analogía entre las conductas delictivas de corrupción y las reglas jurídico civiles de la celebración y cumplimiento de un contrato, comenzándose así con las manifestaciones mediante las cuales una de las partes muestra

---

<sup>102</sup> Esclarecedor sobre el punto GARCIA CAVERO, Percy; *Acerca de la función de la pena*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales n° 6, Grijley, Lima, 2005, *passim*.

<sup>103</sup> Cfr. apartado 1.2.

<sup>104</sup> Así en MAÑALICH, Juan Pablo; *La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación*, en Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile -n° 23 (2015), p. 94. También KINDHÄUSER, Ob. Cit. (34), pp. 4 y ss.

<sup>105</sup> Fundamental KINDHÄUSER, Ob. Cit. (34), p. 11.

su disposición de concluir el acuerdo, que significa “ofrecer” desde el lado del “otorgante de la ventaja” o bien “solicitar” desde el lado del “receptor” de la misma. Seguidamente, el correspondiente receptor de la manifestación deberá manifestarse conforme con la conclusión del acuerdo, esto es, el prometer o, en todo caso, hacer prometer la ventaja. Finalmente se cierra el acuerdo, en tanto el receptor de la ventaja la acepte y el otorgante de la ventaja la otorgue. Ambas conductas, que en nuestro derecho se hallan reguladas en tipos penales distintos<sup>106</sup>, no exigen como requisito ineludible el arribo a un acuerdo exitoso, encontrándose los tipos penales ya consumados al aceptarse la promesa u ofrecerse la ventaja, con independencia de si la parte contraria concreta el negocio. Es por ello que estamos frente a *delitos de emprendimiento*, en los que se equipara formalmente la tentativa a la consumación.<sup>107</sup>

Ahora bien, si todo delito de corrupción supone esta lógica aludida de la contratación, la particularidad que presenta el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas es que aquí lo que se suscita es una “auto -contratación” delictiva, al dejarse interpretar la intervención del funcionario (en razón del cargo que ostenta) en el contrato u operación correspondiente como una prestación que éste efectúa en su propio interés<sup>108</sup>, es decir, actuando simultáneamente como agente público y privado. Allí, en esa suerte de oxímoron constituido por el bien común por un lado<sup>109</sup>, y la maximización de beneficios personales a obtener por otro, radica el centro neurálgico de esta conducta punible.

5.1.2. Dicho esto, no cabe duda de que el tipo penal en estudio constituye un **delito especial propio**, en tanto modalidad de comportamiento que exige indefectiblemente el quebrantamiento de una norma especial, entendida ésta como aquella cuyo lugar de destinatario sólo puede ser ocupado por un individuo que exhiba un determinado status especial. De allí que sólo los *intranei* (personas calificadas) pueden ser autores de este delito, mientras que los no calificados (*extranei*) serán exclusivamente protagonistas a título de participación criminal, en la medida en que el injusto ajeno les sea también imputable a ellos con carácter accesorio.<sup>110</sup> Sin perjuicio de que no habré de profundizar aquí sobre el tópico, siento postura en relación a que resulta

---

<sup>106</sup> Ver al respecto la regulación de los cohechos activo y pasivo en los arts. 256 y sptes. del Código Penal.

<sup>107</sup> Cfr. KINDHÄUSER, Ob. Cit. (34), p. 8.

<sup>108</sup> Cfr. MAÑALICH, Ob. Cit.(104), p. 97.

<sup>109</sup> Debe recordarse que la Ley de Ética de la Función Pública n° 25.188 (promulgada el 26 de octubre de 1999) en su artículo 2° dispone que: “*Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: ... c) Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular*”.

<sup>110</sup> Muy claro en MAÑALICH, Juan Pablo; *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*, en Revista de Política Criminal de la Universidad de Talca (Chile) vol. 7 n° 14 (2012), Art. 4, pp. 358 y ss.

convinciente, en atención a la ruptura del título de imputación que supondría la cooperación sin cualificación con un obligado institucional en la comisión de un delito especial de infracción de un deber -dado que los partícipes no están en condiciones materiales de infringir esa clase de competencia, por lo que resultaría *prima facie* inconsecuente su punición con sustento en el respectivo delito de infracción de deber-, la propuesta dogmática de SILVA SANCHEZ de la modalidad intermedia llamada delitos de infracción de deber con elementos de dominio. En ellos, más allá de existir una institución violentada, es posible advertir una organización que trasciende a la misma, por lo que se permitiría la participación del *extraneus* en el delito a partir de esa particularidad que ostenta el componente organizativo.<sup>111</sup>

5.1.3. No quedan dudas, según mi parecer, de que estamos ante un **delito de peligro abstracto**.<sup>112</sup> Ya he tenido oportunidad de ocuparme de la temática<sup>113</sup>, pero a ello cabe agregar -sin perjuicio de lo ya apuntado- que la punición de tal clase de criminalidad constituye en este tiempo un fenómeno irreversible, dado que existe -como ya adelantara- la necesidad de centralizar el control de determinadas modalidades de comportamiento atento su carácter peligroso, sancionando la infracción de tales normas e impidiendo de este modo que la consideración que prevalezca sea la de los propios ciudadanos de modo descentralizado.<sup>114</sup> La sociedad, a efectos de diagramar su identidad en el sentido adecuado, debe razonablemente poder detentar la expectativa de no considerar comportamientos de sus funcionarios que siquiera de modo abstracto generen un riesgo de lesión, más aún cuando no rige para ellos la maximización de beneficios propio de la economía privada.

Ahora bien, los delitos de peligro abstracto están integrados en sus extremos por -de un lado- los actos preparatorios vueltos figuras típicas, ejemplo de lo cual resulta en Alemania la “*Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que hacen peligrar al Estado*” (2009)<sup>115</sup> y del otro aquellos cuya esencia constituye el “control de la casualidad”-ejemplo paradigmático de ello es la conducción vehicular bajo los efectos del alcohol, delito autónomo en algunos países y no en otros como Argentina-, en los que se impide al sujeto sometido al Derecho el desarrollo de un comportamiento considerado peligroso de modo general y objetivo, con diferente clase de regulaciones

---

<sup>111</sup> Así SILVA SANCHEZ, Jesús-María; *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 69.

<sup>112</sup> De otra opinión, como delito de peligro concreto, DONNA, Edgardo; *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005 (reimpresión), T III p. 316.

<sup>113</sup> Cfr. apartado 2.3.

<sup>114</sup> En ese sentido, sin perjuicio de contemplar la posibilidad de distinguir entre normas funcionales e intervencionistas, JAKOBS, Günther; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, CIVITAS, Madrid, 2000 (reimpresión), p. 44.

<sup>115</sup> BGBl. I2009, 2437, donde se incluye dentro de la punibilidad la adquisición de ciertas habilidades que vayan a ponerse en práctica para llevar a cabo un acto terrorista.

típicas entre un límite y el otro.<sup>116</sup> En cualquier caso, no debe perderse de vista la preciosa cita de SOLER en cuanto que, en nuestro tipo penal, “*el hecho no pierde su carácter por la circunstancia de que de él haya derivado una concreta ventaja económica, porque la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucha más frecuencia derivarían si se adoptara el criterio opuesto*”.<sup>117</sup>

5.1.4. Si bien la mayor parte de la doctrina nacional postula para este delito necesariamente un dolo directo<sup>118</sup>, no parecen existir motivos convincentes para la exclusión de la forma básica del dolo constituida por el **dolo eventual** en tanto umbral mínimo. Nuevamente, ya he hecho mención al tópico<sup>119</sup> al fundamentar qué debe entenderse por tal concepto de la imputación personal según el parecer aquí propugnado, bastando ahora con agregar que -de modo predominante en doctrina- se sigue oponiendo inconsecuentemente una noción psicologicista del dolo a una normativa de culpabilidad<sup>120</sup>, con consecuencias más que paradójales: es tratado con mayor benevolencia (imprudencia) el autor que por indiferencia no registra consecuencias nocivas provenientes de su conducta que aquel escrupuloso que con cuidado registra todo riesgo no permitido.<sup>121</sup>

Sin perjuicio de ello, resulta evidente además que el tipo alberga un especial elemento subjetivo al exigirse una actuación con *desviación de poder*<sup>122</sup>, en tanto se

---

<sup>116</sup> Para la profundización del tema véase PUSCHKE, Jens; *Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*, In Dret, Barcelona, 2010, pp. 5 y ss.

<sup>117</sup> SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino (4° edición)*, Tea, Buenos Aires, 1992, T V p. 246.

<sup>118</sup> Así BUOMPADRE, Jorge; *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 690; DONNA, Ob. Cit. (112), p. 324; BASILICO, Ricardo - TODARELLO, Guillermo; *Negociaciones incompatibles con la función pública*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 31. Lo deja entrever NUÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Lerner, Córdoba, 1992, Tomo V Vol.II p. 131. Como aquí, SGRO, Marcelo; *Delito de negociación incompatible con la función pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 98.

<sup>119</sup> Cfr. apartado 2.

<sup>120</sup> Cfr. en lugar de muchos RUSCONI, Maximiliano; *Derecho Penal Parte General (3° edición)*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 470 y ss, 575 y ss. Con matices y relativizaciones ZAFFARONI, Eugenio -ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2003, pp. 521 y ss, 650 y ss.

<sup>121</sup> Cfr. JAKOBS, Ob. Cit. (114), p. 56. Dice el autor (p. 58) que “*Habría que establecer para el desconocimiento evitable de la realización del tipo un diferenciación equivalente a la del desconocimiento evitable de la antijuridicidad: el autor que se muestra como una persona a la que le es indiferente lo que pueda suceder, no se ve exonerado, sea total o parcialmente, por su desconocimiento; pues, de lo contrario, el sistema de normas promovería su propio desprecio. Si, por el contrario, el desconocimiento tiene su origen en un defecto de cálculo que nace de un error en la planificación de la conducta, siendo ésta por lo demás correcta, o en una confusión excusable o en una causa semejante, es posible alegar que tales causas de desconocimiento no se dirigen de forma específica contra bienes ajenos, sino que a ellas va unido el peligro de una autolesión como poena naturalis.*”

<sup>122</sup> Para la profundización del concepto véase GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi, Buenos Aires, 1991, T III (El acto administrativo), IX - 22, 24/25.

persigue una finalidad de beneficio para sí o para otro, condicionando de este modo la voluntad negocial de la Administración según el aludido interés no administrativo.<sup>123</sup> Es decir, se persigue con la conducta la obtención del beneficio como determinante de la voluntad estatal en el negocio.<sup>124</sup> Allí radica precisamente la intromisión del interés privado del funcionario, en un acto que por definición no debiera tenerlo.

## 5.2. La reforma imprescindible realizada

Cierto es que la pena de multa obligatoria estipulada a partir del advenimiento de la ley 27.401<sup>125</sup> dota al tipo penal de una funcionalidad que hasta entonces no poseía, sin perjuicio de que -podría aseverarse- ya se hallaba en el espíritu de nuestra legislación fondal.<sup>126</sup> Ya he analizado el fundamento de la pena que considero más plausible, por lo que allí remito<sup>127</sup>, pero quisiera ahora agregar que en este supuesto particular no inciden las críticas vinculadas a la relación entre la multa como valor de cambio y la realidad de la selectividad criminalizante, donde siempre se encuentran en mejor posición -obviamente haciendo hincapié en la multa como pena alternativa- aquellos condenados insertados en el mercado laboral.<sup>128</sup> Aquí la pena pecuniaria está estrechamente ligada al “*beneficio indebido pretendido u obtenido*”, con lo que resulta palmaria la relación de la misma no con la condición de la persona a la que se pune, sino con los sucesos concretamente emprendidos, los cuales según el decir cáustico de SOLER “*no suelen ejecutarse con fines de beneficencia*”<sup>129</sup>. Naturalmente, de modo independiente de los requisitos que el tipo penal exige para su consumación en tanto ausencia de distinción entre ventaja o beneficio pretendido o bien obtenido, resulta de toda lógica asumir que para la determinación concreta de la multa a aplicarse -entre el mínimo y el máximo por ley fijados- ambos extremos no son indiferentes.

---

<sup>123</sup> Así SANCINETTI, Marcelo; *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales vol. XXXIX, p. 888, quien además agrega seguidamente de modo preclaro que “*sería equivocado criticar la estructura que presento sobre la base de que no es posible que el tipo objetivo no describa ya algo del disvalor ético-social de la acción prohibida. Lo que sucede es que la actuación administrativa se convierte en prohibida, precisamente si está precedida por el interés particular; aunque objetivamente quizá el funcionario podría haber realizado lícitamente el mismo acto si no hubiera sido porque perseguía tal finalidad espuria. En esto, en que la actuación sea “interesada”, consiste el disvalor ético-social.*”

<sup>124</sup> Cfr. SGRO, Ob. Cit. (118), p. 71.

<sup>125</sup> B.O 1/12/2017.

<sup>126</sup> CP, 22 bis: “*Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aún cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.*”

<sup>127</sup> Cfr. apartado 3.

<sup>128</sup> Así, ZAFFARONI *et al*, Ob. Cit. (120), p. 975.

<sup>129</sup> SOLER, Ob. Cit. (117), p. 248.

### 5.3. Las reformas imprescindibles pendientes

Las adaptaciones que aún requiere el tipo penal en estudio a efectos de alcanzar una funcionalidad mayor son a mi juicio, fundamentalmente, tres.

5.3.1. La primera de ellas, sin temor a equivocarme, está marcada por los casos en los cuales el interés del funcionario público no se vincula directamente a su persona o a la de un tercero, sino a una sociedad, asociación o empresa ligada a cualquiera de ellos. Serán de trascendencia los casos en los cuales el funcionario o el tercero la administren, o bien posean un interés social considerable en la misma<sup>130</sup>, cuyo listón quedará a criterio del legislador. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta imperiosa una regulación del *actuar por otra persona* similar a la contenida en el artículo 14 del Código Penal alemán<sup>131</sup>, a efectos de modernizar nuestra legislación en la materia y adaptarla a la complejidad relacional propia de estos tiempos. Claro está que la visión que aquí se propugna se centraliza en la responsabilidad criminal del propio funcionario, independientemente de lo consignado de modo reciente en la ya mencionada ley 27.401, que regula la responsabilidad penal de la persona jurídica potencialmente involucrada en un concierto delictivo.

5.3.2. El segundo extremo a modificar está vinculado a la remanida frase “*en razón de su cargo*”, que pone en contexto la intervención interesada del funcionario público. Así, entiendo que la visión que otrora propugnara SANCINETTI en atención a que lo verdaderamente trascendente aquí viene dado por la *imputabilidad externa* del acto administrativo y no por las *reglas de competencia interna*<sup>132</sup>, pese a ser acertada en

---

<sup>130</sup> A modo de ejemplo, el Código Penal chileno en su artículo 240 hace referencia, tratándose de sociedades anónimas, a un interés social superior al 10% para que la conducta sea subsumible en el tipo penal.

<sup>131</sup> “§ 14. *Actuar por otra persona* (1) Alguien actúa 1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos 2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o, 3. como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales 9 personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga él pero si existen en el representado. (2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello 1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o, 2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existen en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase. (3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz.” Sigo aquí expresamente la traducción del Código Penal alemán realizada por la profesora Claudia López Díaz para la editorial de la Universidad Externado de Colombia, publicada en el año 1999.

<sup>132</sup> SANCINETTI, Ob. Cit. (123), p. 887.

cuanto al fondo del asunto, se da de bruces con la literalidad del tipo penal<sup>133</sup>, que claramente aparece contemplando aquellos actos que el funcionario lleva a cabo con la competencia administrativa suficiente.<sup>134</sup>

Sin perjuicio de ello, debe decirse que el problema principal no radica en la usurpación por parte de un agente público de una función absolutamente divorciada de su esfera de competencia, dado que en tales supuestos la Administración no quedaría -en principio- obligada frente a terceros atento la nulidad de tal intervención. El principal contrasentido está presidido por la exclusión típica de la actuación de funcionarios que ejercen superioridad jerárquica sobre varios estamentos inferiores y cuentan con la capacidad práctica de subrogarlos para insertar un interés ajeno al estrictamente funcional, siendo pasible tal acto de ser imputado externamente a la Administración. A modo de ejemplo, un Ministro de determinada cartera puede inmiscuirse en una contratación con un interés privado y estampar allí una rúbrica, cuando quizás tal atribución en lo orgánico esté reservada al Director General de Administración de su ministerio. Esa actuación, asumo, no será *en razón de su cargo* -dado que no está entre sus misiones la realización de compras o contrataciones- pero si lo será *en ocasión de sus funciones* y vinculará a la Administración. Podrá el lector pensar en alguna fórmula superadora, pero es claro que deberá campear el temperamento aquí propuesto.

5.3.3. Finalmente, también resulta perfectible la regulación del último párrafo del artículo analizado. En efecto, clausurar la posibilidad de imputar la figura estudiada a quien no haya concluido el acto objeto de su intervención es a todas luces inadmisibile desde un punto de vista político criminal.<sup>135</sup> No existe razón alguna para excluir de la punición a aquellas personas que ostentan el rol mencionado en la norma y, previo a la finalización de su menester, se comportan en el sentido típico.<sup>136</sup> Asimismo, entiendo que resulta inviable la corrección de este error legal por vía interpretativa, dado que el tipo contiene una regulación nítida y hace referencia a funciones ya realizadas por el autor. En consecuencia, asevero que la mejor solución vendría dada por una reforma legal que retire el acento de las acciones cumplidas de modo pretérito, atento la inexistencia de argumentos plausibles que fundamenten la actual redacción.

## 6. Breve conclusión

---

<sup>133</sup> Para la profundización en materia de interpretación de la ley véase ROSS, Alf; *Sobre el derecho y la justicia* (2° edición), EUDEBA, Buenos Aires, 1997, pp. 170 y ss. También SIMAZ, Alexis Leonel; *Principio de legalidad e interpretación*, Nova Tesis, Rosario, 2013, pp. 115 y ss.

<sup>134</sup> En idéntico sentido SGRO, Ob. Cit. (118), pp. 90 y ss.

<sup>135</sup> Recordemos que el último párrafo de la regulación legal reza del siguiente modo: “*Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las **funciones cumplidas** en el carácter de tales.*”

<sup>136</sup> Así ya CREUS, Carlos; *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, par. 710 p. 385.

Si fuera cierta la observación realizada en su hora por Ricardo Núñez, en punto a que la seguridad del Estado no se asentaba tanto en la *“irrazonable represión de los gobernados, como en la severa custodia de los titulares del ejercicio de la función pública”*<sup>137</sup>, este aporte transita la dirección correcta. Se ha buscado analizar el tipo penal del art. 265 CP desde sus bases dogmáticas y en tanto delito de corrupción funcional, adscribiendo a la idea de que toda norma penal por su condición de tal posee la misión de garantizar -en su esfera- la vigencia de determinadas expectativas que hacen a la configuración o identidad de la sociedad, atacando comportamientos que la ponen en cuestión como modelo orientativo en el contacto social<sup>138</sup>. Asimismo, atento resultar el comentado un delito doloso, se buscó sentar postura sobre la visión acerca del mismo que debiera prevalecer en detrimento de otras.

Además, se ha postulado una visión de la pena también funcional, poniéndose nuevamente en valor fundamentos retributivos que habían sido otrora descartados, y que vuelven ahora con nuevos bríos a través de los modernos estudios sobre la fundamentación de la sanción penal, para finalmente señalar algunas particularidades típicas, una bienvenida reforma que se hiciera recientemente y, finalmente, tres agregados o modificaciones que debieran realizarse para que la regulación corrija algunas disfuncionalidades y se adapte a los tiempos corrientes. Espero haberme acercado a las metas propuestas.

---

<sup>137</sup> Dictamen previo a la sanción de la ley n° 16.648 de 1964, que elevó la escala penal del delito estudiado, citado en SANCINETTI, Ob.Cit. (123), p. 886.

<sup>138</sup> Ver al respecto las ilustrativas *“Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”* rubricadas por los profesores Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suarez González y Manuel Cancio Meliá, obrantes en JAKOBS, Ob. Cit. (20), pp. 18 y ss.

