



Presentación u ofrecimiento de dádivas

Por Mauricio E. Macagno

Art. 259: *“Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación absoluta de uno (1) a seis (6) años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un (1) mes a un (1) año.*

INTRODUCCIÓN

El artículo 259 del Código penal argentino se encuentra incluido en el Libro II, título XI, “*Delitos contra la administración pública*”, capítulo VI, “*Cohecho y tráfico de influencias*” –según la rúbrica de la ley 25.188-, regulando dos tipos penales vinculados entre sí pero diferenciados por el sujeto activo, que son la admisión de dádivas por parte de un funcionario público en razón de su oficio y mientras no haya cesado en el cargo, y la conducta de quien presenta u ofrece la referida dádiva al funcionario público bajo tales condiciones y sin la finalidad de procurar del mismo un acto perteneciente a su esfera funcional.

Como puede adelantarse desde su ubicación en el cuerpo legal, aparece como una especie sui generis de menoscabo a la función pública pero sin la necesidad de que la admisión o entrega de la dádiva tienda a que su receptor lleve a cabo u omita una conducta de su esfera funcional. No obstante, estas circunstancias acarrearán cuestionamientos constitucionales que analizaremos en una segunda parte de este comentario, iniciando el recorrido propuesto con el estudio de la figura desde los parámetros que tradicionalmente ha expuesto nuestra doctrina nacional para luego incursionar en su análisis en relación con los postulados supralegales que rigen en materia penal.



ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y PROYECTOS REFORMADORES

La primera parte de la norma vigente proviene del Proyecto de Código Penal de 1891. Su artículo 304 contiene la primera fórmula del delito: “*El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años*”¹. Sus redactores, luego de señalar la novedad de origen español –se tomó del art. 401 del Código de 1870- que significaba en el ordenamiento legal argentino, explicaban que “prevé el caso, por desgracia harto frecuente para despreciarlo, del funcionario que admite regalos que le son presentados en consideración a su oficio. Este caso se asemeja a los demás de cohecho, en que el delincuente se propone corromper la conducta del funcionario, predisponiéndolo a su favor, y se distingue en que no aparece manifiesto el propósito de obtener inmediatamente un acto ilícito determinado de parte del funcionario. En un país republicano, con más razón que en cualquier otro país civilizado, los funcionarios públicos deben estar a cubierto de toda sospecha de inmoralidad, y, para ello, la ley penal debe reprimir los hechos que tiendan a arrojar esa clase de sospechas, como los regalos que la amistad particular no justifica y que son, por decirlo así, la forma más refinada [por refinada] del cohecho”².

Esta disposición se trasladó al artículo 278 del Proyecto de Código Penal de 1906 aumentando el máximo de la pena de inhabilitación absoluta a seis años y aclarando que la admisión de los regalos habrá de hacerla el funcionario público “*mientras permanezca en el ejercicio del cargo*”³. Con dicha fisonomía es que accede al Código Penal de 1921 a través del Proyecto de 1917 donde sufrió el cambio del término “*regalos*” por “*dádivas*”, por ser “más comprensiva y [porque] fija mejor el concepto”⁴.

El Proyecto de Código Penal de 1937, de Jorge COLL y Eusebio GÓMEZ, repite la fórmula del Código de 1921 en su artículo 330, pero sustituye la pena de prisión por la de multa de cien a mil

¹ ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., *Digesto de codificación penal argentina*, t. 2, A-Z, Buenos Aires, 1996, p. 687.

² ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 2, p. 475 y s.

³ ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 3, p. 387.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 4, p. 121.



pesos, manteniendo la de inhabilitación⁵. En el Proyecto de 1951, el artículo 472 mantiene una redacción similar a la vigente pero no establece pena de prisión sino multa de cien a diez mil pesos e inhabilitación especial de hasta tres años, sin contemplar la forma activa⁶. El artículo 382 del Proyecto de 1953, reprime “*al funcionario o empleado público*” y ya no sólo al funcionario puesto que ambos son agentes del Estado, y la razón en que se funda la entrega de la dádiva lo es “*en consideración a sus funciones*” y no a su oficio, término que venía del Proyecto de 1891 como resabio de las normas similares de los Códigos españoles de 1848 y 1870 que le sirvieron como fuente de inspiración. La pena de multa es igual a la del Proyecto de 1951 pero acrecienta la inhabilitación especial de un mínimo de seis meses a un máximo de cinco años⁷.

El delito varía sustancialmente en el Proyecto de 1960 de Sebastián SOLER; según su artículo 343, “*el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario*” era merecedor de las penas establecidas para el cohecho impropio o propio, según sea el caso, pero disminuidas en un tercio. De acuerdo con la fórmula transcripta, ya no era menester la recepción de la dádiva o ventaja indebida – elemento que carece de antecedentes en las normas antes citadas- sin relación alguna con un acto funcional, sino que la entrega se generaba precisamente en una especie de recompensa por la actuación propia de la competencia funcional que se cumplía u omitía. Pero dejaba muy claro su redactor que no debía existir una “promesa anterior”, lo que trasladaba la conducta a los artículos 340 y 341 que legislaban sobre los cohechos en sus dos variantes, propio e impropio⁸. Este texto se repite en el artículo 356 del Proyecto de Código Penal de 1979.

Es con la ley 16.648 de 1964 que se agrega a la primera parte del precepto la pena de prisión aún vigente de un mes a dos años y se incorpora la segunda parte de la disposición penal, la faz activa del delito, al reprimir con pena de un mes a un año de prisión al “*que presentare u ofreciere la dádiva*”.

El Proyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de 2006, en relación con el Código vigente, cambia la pena de “*inhabilitación absoluta de uno a seis años*” para el funcionario receptor por la de “*inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena*”; en sus

⁵ V., en GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, t. 7, Compañía Argentina de Editores, 1941, p. 639. El cambio señalado no recibió ninguna explicación por los autores, ni tampoco por parte de Gómez en su obra mencionada, donde refiere en la p. 517 que “las demás disposiciones del mismo proyecto, relativas al cohecho, no difieren de las que figuran en el código vigente”.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 6, p. 151.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 6, p. 340.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 6, p. 511.



Fundamentos sólo se menciona que se adecuaron “las formulaciones típicas y las penas de los delitos de funcionarios a la Convención Interamericana contra la Corrupción”, sin hacer mención específica al tipo penal analizado. El Anteproyecto de Código Penal de 2013 redactado por la Comisión de Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/2012), mantuvo también la disposición en estudio, variando la pena del funcionario público que pasa a “prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, multa de TREINTA (30) a CIENTO OCHENTA (180) días, e inhabilitación de DOS (2) a CINCO (5) años”, mientras que la de quien entrega u ofrece la dádiva se establece alternativamente en “prisión de SEIS (6) meses a UN (1) año o multa de TREINTA (30) a CIENTO OCHENTA (180) días”.

BIEN JURÍDICO

Nuestra doctrina ha sido conteste en sostener que el bien jurídico lesionado por estos comportamientos es “la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios”⁹ el decoro de la función y la imparcialidad de los agentes estatales que puede verse afectada cuando el receptor de la dádiva deba resolver en una cuestión de interés para el dador de la misma¹⁰, que no es otra cosa que la justificación que dieran los redactores del Proyecto de Código Penal de 1891 al darle forma a la cláusula penal.

Como puede advertirse de la fórmula legal, no se trata de una lesión al desarrollo de alguna función o servicio específico que deba llevar adelante la administración pública, lo que ha llevado a algunos juristas a cuestionarla, pronunciándose incluso por su derogación y su persecución administrativa o disciplinaria¹¹.

ADMISIÓN DE DÁDIVAS

SUJETO ACTIVO

⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 5, TEA, Buenos Aires, 1970, p. 168.

¹⁰ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., *Cohecho y tráfico de influencias*, Lerner, Córdoba, 2011, p. 163.

¹¹ De esta opinión, José Peco quien suprime el delito de su Proyecto de Código Penal de 1941. V. ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 5, p. 448. También, MALLO, Mario M., *Código penal argentino comentado y sus leyes complementarias*, t. 3, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 317.



Cuando la ley penal argentina dispone que “*el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo*” habrá de ser sancionado con pena privativa de la libertad y de inhabilitación, limita los posibles autores del delito a aquellos que poseen la calidad de funcionario público. Correctamente se ha destacado que la mención a la permanencia en el cargo resulta una obviedad, dado que una vez cesado en la función, el sujeto pierde la calidad funcional¹². Pero no obsta a la configuración del ilícito que el funcionario no cumpla efectivamente sus funciones por encontrarse suspendido o de licencia, porque todavía pertenece a la administración pública¹³. A los efectos de verificar su condición funcional, habrá que estarse a los actos administrativos que supongan su nombramiento y cesación en el cargo. Quien habiendo presentado su renuncia no deja de ser funcionario público hasta tanto le sea admitida formalmente la misma; en esta situación, no sólo puede cometerse el delito en estudio sino que el abandono del cargo con daño al servicio público que se presta lo hace incurso en la figura del art. 252 CP.

TIPO OBJETIVO

La conducta típica reprimida por la primera parte del art. 259 CP, constituye un delito de codelinuencia¹⁴, participación necesaria o plurisubjetivo¹⁵, dado que requiere la intervención delictiva de dos autores, del funcionario receptor y del tercero que entrega la dádiva, acciones correlativas de dos sujetos que encuentran su previsión en la misma disposición legal. es la de admitir las *dádivas*, es decir, recibirlas, lo que se corresponde con la mención que hace el texto punitivo de que las mismas le “*fueran entregadas en consideración a su oficio*”.

No se contempla el caso del funcionario público que admitiera o aceptara una promesa de entrega de una dádiva, lo cual torna atípico el comportamiento¹⁶.

¹² Cfme., CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 164.

¹³ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 308; TERRAGNI, Marco A., *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 185.

¹⁴ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 307.

¹⁵ TERRAGNI, Marco A., ob. cit., p. 186.

¹⁶ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 165.



En cuanto a lo que ha de considerarse una “dádiva”, la doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas en este tema, lo que ha sido ampliamente debatido en la interpretación de los tipos de cohecho propiamente dicho. No obstante, no puede dejarse de lado que el art. 18 de la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, resuelve la cuestión al disponer de manera amplia que *“los funcionarios no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones”*. En este punto es importante descartar como dádiva a los fines de la configuración del tipo penal, a aquellos presentes o regalos de cortesía, de costumbre diplomática o que se estilan usualmente en determinados ámbitos sociales, los cuales, la propia ley 25.188 en el artículo citado excluye de su regulación si no sobrepasan ciertos montos económicos¹⁷.

Una exigencia ineludible y que distingue esta conducta de la reprimida por el art. 256 CP, es que la dádiva le haya sido entregada al funcionario público *“en consideración a su oficio”*. De modo que la entrega de un objeto a un funcionario público con fundamento en una relación de amistad o personal que no se relaciona con la actuación funcional queda fuera de la figura penal. Además, la entrega de la dádiva no debe motivarse en la realización por parte del funcionario de un acto propio de su competencia que puede llevar a configurar un cohecho. Por el contrario, si resulta punible por este tipo penal la dádiva motivada en un acto ya realizado por el funcionario, a modo de agradecimiento¹⁸, pero sin que exista una promesa anterior a la concreción del acto, lo que desplaza la situación a los tipos de los arts. 256 y 258 CP.

TIPO SUBJETIVO

Es un tipo penal doloso que requiere del funcionario público el conocimiento cierto de que la dádiva le es entregada en consideración al oficio que posee y no por otra razón distinta. De lo contrario, el comportamiento es atípico.

¹⁷ TERRAGNI, Marco A., ob. cit., p. 186 y s., sostiene que si se tutela la honestidad del funcionario público en orden a su actuación imparcial y transparente, “quien debe cumplir su tarea sin ataduras ni compromisos”, ninguna clase de regalos o presentes debería aceptarse, reconociendo sólo su excepción por vía normativa. Por lo demás, y en cuanto a la cuantía de las dádivas que podrían ser excluidas de la ley, indica que habrá de emplearse la teoría de la adecuación social.

¹⁸ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 166; CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 308.



El error acerca de la motivación que guía la entrega de la dádiva descarta la tipicidad subjetiva.

Se ha indicado que si el funcionario recibe la dádiva bajo la creencia errada de que se la ha entregado con motivo de una actuación suya futura en un asunto de su competencia, la conducta se traslada al cohecho pasivo del art. 256 CP bastando con que el autor haya previsto tal posibilidad¹⁹. Pero este razonamiento pierde de vista que en el caso del art. 256 CP, la dádiva debe tener esta finalidad, pero en el caso planteado no la tiene, de modo que se edifica la imputación sobre la base de meras subjetividades sin soporte en la realidad; de esta manera, se crearía un delito estrictamente subjetivo, relegando toda objetividad de los comportamientos y, consecuentemente, dando lugar a un derecho penal de autor con sustento en el pensamiento o creencias del autor.

CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma con la recepción de la dádiva por sí mismo, o por medio de una tercera persona que actúa en connivencia con el funcionario.

En general, la doctrina nacional no ha considerado posible la tentativa de la admisión de dádivas, porque quien recibe ya consume el ilícito. Así, el ilícito se consuma cuando el autor recibe un automóvil sin que resulte necesario que se desarrollen todos los actos jurídicos necesarios para la transferencia del dominio²⁰.

CLEMENTE y RÍOS coinciden en que “si se le ofrece en mano un regalo al autor, obviamente que no hay *iter criminis* alguno: o lo toma o lo deja. En el primer caso habrá consumado la conducta típica y en el segundo habrá escapado de ella. Pero puede darse la situación de que el funcionario deba retirar la dádiva de otro lugar y en un tiempo distinto; o que para poder recibir la dádiva, el autor tenga que realizar una gestión previa. En tales hipótesis, no puede afirmarse que no hubo principio de ejecución cuando el funcionario se dirige al lugar con la voluntad inequívoca de tomar

¹⁹ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 168.

²⁰ Ejemplo de CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 308.



su regalo o cuando inicia las gestiones destinadas a obtenerlo”²¹. No obstante, los ejemplos acarrear algunos problemas.

De seguirse esta línea de pensamiento, la admisión de la dádiva como acto en el cual se genera una nueva relación fáctica entre el agente y el bien que le es entregado, se confunde con la admisión como aceptación de una entrega a futuro o, mejor aún, con la promesa de entrega. En estos casos donde es necesario que el sujeto desarrolle una actividad previa para que la cosa llegue efectivamente a sus manos, la misma ya está bajo su dominio aún cuando no efectivo, con lo que admitir una dádiva que se deja a disposición del funcionario ya resultaría un delito consumado.

PRESENTACIÓN U OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS

SUJETO ACTIVO

En este caso la ley penal no exige calidad alguna en el autor, por lo que se trata de un *delicta communia*. Puede ser cualquiera su autor, aún un funcionario público que presente u ofrezca una dádiva a otro en la sola consideración del cargo que aquél posee, supuesto éste último que no ha merecido mayor penalidad²².

TIPO OBJETIVO

Como ya se adelantó, este delito es la contrapartida necesaria del anterior, sin el cual, aquél no tendría existencia. No obstante, la presentación u ofrecimiento de la dádiva posee plena autonomía de la figura pasiva regulada en la primera parte del art. 259 CP.

Presentar es dar, entregar, poner a disposición el regalo o dádiva, “la acción real de ponerlo a su alcance y disposición”²³; *ofrecer* es ofertar, prometer o proponer la entrega de la dádiva²⁴, pero

²¹ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit, p. 169 y s.

²² CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit, p. 171.

²³ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit, p. 171.

²⁴ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 309.



para que ello se configure es imprescindible que la oferta haya llegado al funcionario público. Sobre ésta última modalidad expresan su desconcierto CLEMENTE y RÍOS al referir –en coincidencia con lo que desarrollaremos más adelante-, que “si ya resulta censurable la represión de la conducta de presentar la dádiva, con mayor razón merece reproche la de hacerlo con la simple propuesta, pues aquí la posibilidad de afectación del bien jurídico es bastante remota”²⁵.

Tipo subjetivo

Al igual que el anterior, es un delito doloso, de dolo directo²⁶, que reclama el conocimiento de la calidad funcional del destinatario de la dádiva, su permanencia en la función pública y que la presentación u ofrecimiento se justifican en dicha calidad y no en una motivación distinta del agente.

Consumación y tentativa

El delito se consuma con la sola presentación de la dádiva o en su ofrecimiento, sin que resulte necesario que el destinatario acepte el bien o la promesa de su entrega²⁷. Así, en el caso del ofrecimiento y tal como se adelantó, es imprescindible que el ofrecimiento haya llegado a su destinatario, de igual modo que cuando se utilizan intermediarios²⁸ o medios de comunicación.

Al igual que en el caso de la primera parte de la disposición, en general, no se ha admitido la tentativa²⁹, aunque algunos han estimado lo contrario ejemplificando con el caso de la oferta que se dirige al funcionario por medio de un tercero, y hasta tanto éste no haya formulado la misma a su destinatario, la conducta quedaría en grado de tentativa³⁰.

JURISPRUDENCIA

²⁵ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 171.

²⁶ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 172.

²⁷ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 309.

²⁸ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 171.

²⁹ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 309.

³⁰ CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., ob. cit., p. 172.



Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Jaime, Ricardo y otros s/ procesamiento y embargo”, 25/10/2011.

“El delito reprimido en el art. 259 del Cód. Penal no se trata de una figura bilateral en el sentido propiamente dicho, ya que en un mismo artículo se reprimen dos delitos distintos, que son, la admisión y el ofrecimiento simple de dádivas”.

“La nota característica que diferencia a la dádiva, contenida en el art. 259 del Cód. Penal, con el delito de cohecho, es la ausencia de vinculación entre lo que se entrega u ofrece y la futura ejecución o la omisión de un acto propio de su función, sino que la relación debe existir entre el presente y la función”.

“Debe confirmarse el procesamiento de un ex Secretario de Transporte de la Nación, por el delito de aceptación de dádivas, si se encuentra comprobado que mientras ocupaba dicha función pública, una empresa a cargo de la explotación de una terminal de ómnibus lo benefició económicamente, mediante el otorgamiento del usufructo de un departamento de lujo alquilado a nombre del síndico de dicha empresa, se le proveyeron como garantes a integrantes del directorio, para los cuatro contratos de alquiler de los inmuebles en los que residió en ese período de tiempo, se sufragó el depósito inicial correspondiente al menos a uno de ellos y, en algunas ocasiones, se le abonaron las cuotas correspondientes al alquiler de los últimos dos convenios, pues hubo una prestación de carácter económica proveída por una empresa que funcionaba en el sector que el ex Secretario debía controlar y, al no haberse esgrimido ninguna explicación plausible, se concluye que fue entregada en razón del cargo que desempeñaba éste”.

LOS TIPOS PENALES DE SOSPECHA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS DE ADMISIÓN, PRESENTACIÓN Y OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS *

CARACTERIZACIÓN

* Una versión de estas ideas fue publicada con el título “La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal argentino” en *Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, n° 41, 2011, p. 179-192.



En los delitos de sospecha –como en las contravenciones de igual clase-, se castiga una conducta, estado de cosas o del sujeto porque se infiere de la misma la comisión de otro acto que, en la mayoría de los casos, ni siquiera se intentará comprobar. Se presume del comportamiento X que su ejecutor ha cometido una violación a la norma penal, subvirtiendo el sistema probatorio del proceso judicial constitucional. En otras palabras, el legislador frente a las dificultades probatorias que le oponen ciertas acciones que estima disvaliosas, opta por resolverlas acudiendo al Derecho material, consagrando toda una serie de violaciones constitucionales a las cuales nos referiremos seguidamente. Con mayor precisión, podríamos hablar, en vez de “delito de sospecha” de “sospecha de un delito”³¹.

MANZINI, adjudicándose la paternidad de la categoría, considera que el delito de sospecha es un estado individual –“no consisten en un hecho ni positivo ni negativo”- incriminado sólo por la sospecha que despierta³². Ejemplifica con el delito de posesión injustificada de dinero u objetos de valor que no se encontraren en armonía con el estado del poseedor y que no la hubiera justificado, del artículo 708 del Código penal italiano otrora en vigor, lo que mereció fuertes críticas por parte de los autores que sostienen que existe una acción voluntaria de ponerse en posesión de la cosa y una omisión al no justificar la razón de tal posesión³³. Más allá de que los argumentos de los censores necesitan desplazar los comportamientos típicos a momentos anteriores al descripto en la figura legal o, posteriores, cuando ya se ha ingresado en la órbita del accionar estatal que coadyuva a su concreción, dejando por ello incólume el “estado individual” o de cosas postulado por MANZINI, no es menos cierto que la conceptualización del penalista italiano es deficiente por no aprehender otras hipótesis de “sospecha de delito” donde sí existen actos positivos u omisivos y no puros “estados individuales”.

MANZINI define al delito de sospecha como un estado del sujeto, sumergiendo la categoría en las turbias aguas del Derecho penal de autor -su fundamento es la peligrosidad del agente, anotaba Luis JIMÉNEZ DE ASÚA³⁴-; es decir, al no realizar ningún distingo, la categoría pierde valor y utilidad. El error en que caen MANZINI y sus detractores, es no haber contemplado que el delito de sospecha no se relaciona con la acción, omisión o estado de cosas típicas, sino con el verdadero objeto de

³¹ TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho penal. Parte general*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 280; SAGÜES, Néstor P., “Problemática constitucional de los tipos penales abiertos, los delitos de autor y los delitos de sospecha”, en *La Ley*, t. 1987-A, p. 507.

³² MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1948, p. 96.

³³ Las críticas a la posición de Manzini pueden consultarse en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, t. III, Losada, Buenos Aires, 1951, p. 382.

³⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ob. cit., t. III, p. 383.



castigo buscado por el legislador que no siempre se describe en el tipo penal. Así, poco importa si estamos ante una acción, omisión, calidad del sujeto o un estado de cosas³⁵ -que agregan otros elementos de dudosa constitucionalidad- sino la corroboración de que el legislador ha creado una norma punitiva motivado en la represión de un acto disvalioso que se infiere de la conducta o estado previsto en la hipótesis delictiva, pero que no conforma el tipo penal. La verdadera característica de esta clase de figuras legales es, justamente, la desvinculación entre el bien presuntamente lesionado que motivó la decisión legislativa y la conducta o estado atribuido a la persona, con la cual el legislador dio por existente y afectado al primero mediante una simple conjetura ajena a las circunstancias concretas del caso sometido a juzgamiento.

Tampoco logra satisfacernos la caracterización de Octavio GARCÍA PÉREZ, quien hace residir la singularidad de esos delitos en que “la existencia de ciertos elementos del tipo se infiere (presume) a partir de la concurrencia de otros”, distinguiendo si en el caso concreto la ley permite refutar la mencionada presunción *legis*³⁶. La caracterización que nos suministra el jurista español -elaborada teniendo en consideración el Código penal entonces vigente en su país- no convence por estimar que el objeto o motivación perseguido por el legislador es un elemento implícito del tipo inferida de la acción desplegada por el agente. De esta manera, es posible dejar afuera aquellos casos en que los redactores de la norma tuvieron en miras la represión de distintas y variadas acciones que no necesariamente surgen prístinamente. Pensemos, si no, en que la génesis del delito de asociación ilícita se vincula directamente con la persecución de las organizaciones sindicales, lo que no sugiere el artículo 210, CP. El delito que se sospecha se ha cometido o se cometerá, aparece como un elemento pretípico; como fundamento de la existencia misma del precepto punitivo, su inferencia no siempre es clara o directa, como en las disposiciones que lo indican –por ej., la tenencia o portación de armas de fuego atenuada del artículo 189 bis, CP, sólo es aplicable cuando no hay intención de

³⁵ MANZINI no logra acertar en ello, asumiendo la posición contraria al estimar que la sospecha de un delito que determina la incriminación de una acción u omisión no es un delito de sospecha precisamente por tratarse de una acción u omisión (ob. cit., p. 97). El penalista italiano, a nuestro entender, confunde los ámbitos de análisis en un positivismo exagerado. Sin embargo, la postura asumida en este tema, donde la *præsuntio legis* en nada incide cuando se traten de comportamientos humanos, sí parece poseer alguna significación en los delitos de peligro presunto donde se excluye toda investigación del mismo y poco importa si nos hallamos ante una acción u omisión (ob. cit., p. 88). El delito de sospecha puede ser de lesión o de peligro, sin perder su calidad generadora.

³⁶ GARCÍA PÉREZ, Octavio, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. 2, Madrid, 1993, p. 630.



cometer otros delitos³⁷, o en aquéllas que autorizan -también de forma inconstitucional- variar la carga probatoria exigiendo la justificación del acto o estado por el sujeto activo –como los casos del enriquecimiento ilícito de funcionario público del artículo 268 (2) de la ley penal de fondo³⁸, o la tenencia injustificada de instrumentos aptos para abrir cerraduras penado por el artículo 55 del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires-. En este orden de ideas, debe señalarse que el recurso a las finalidades explícitas o implícitas del redactor de la norma o del legislador suele sustraerse de la finalidad de la ley, o mejor, de la que surge directamente de su texto; de allí que no siempre resulte un método adecuado de interpretación –aunque sí muchas veces complementario- acudir a la voluntad legislativa cuando el paso del tiempo y las variables sociales imponen una interpretación diferente de la disposición punitiva.

De allí que propiciamos una caracterización más amplia y escueta que permite abarcar todos aquellos supuestos de delitos³⁹ donde se castiga una conducta, estado de cosas o calidad personal, porque se infiere o presume de ello la comisión de otro acto disvalioso que no integra explícitamente el tipo penal. Por tal motivo, no es necesario que éste último sea comprobado. La inferencia con autoridad legal previene, así, obstáculos probatorios, menguando la tarea de los jueces.

Pueden verificarse íntimas relaciones con la “pena de sospecha” o *pœna extra ordinaria* de los antiguos sistemas inquisitivos, que resolvían la insuficiencia de elementos de cargo para formar la certeza condenatoria imponiendo una pena de menor gravedad. En dichos sistemas de enjuiciamiento, con amplio arraigo de las pruebas tasadas, la carencia de plena prueba respecto de la participación en el delito del imputado, no impedía al juez condenar cuando sospechaba de su intervención. Si el magistrado poseía una convicción sincera de la culpabilidad del reo, una completa certidumbre respecto de la existencia del delito atribuido y ante conductas del imputado que lo

³⁷ Tal es la opinión de LANGEVIN, Julián H., “‘Veritas non auctoritas facit iudicium’. Sobre la relación entre el principio in dubio pro reo y los delitos de robo con armas, portación de armas de fuego y tenencia de estupefacientes (arts. 166, inc. 2º; 189 bis, inc. 2º, Cód. Pen., y 14 de la ley 23.737)”, en *Revista de Derecho Penal*, 2008-I, Delitos de peligro-II, p. 368, quien acertadamente destaca que “...la ley supone en la portación simple esa intención de cometer otros delitos, puesto que una interpretación sistemática..., indica que la presencia de esa intención impide aplicar la figura atenuada”.

³⁸ Atribuye correctamente la calidad de delito de sospecha al enriquecimiento ilícito de funcionario, DE LA FUENTE, Javier E., “El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Penal*, 2004-I, Delitos contra la administración pública-I, p. 95 y ss.

³⁹ Las ideas que se desarrollan sobre los delitos de sospecha son predicables respecto de las contravenciones de igual clase, salvo las mínimas diferencias existentes entre ambas normativas punitivas o las particularidades propias de cada contravención.



hacían sospechoso⁴⁰, estaba autorizado a aplicar una pena más leve sin que fuera óbice que no se hubiera adquirido la plenitud probatoria exigida por las leyes procedimentales. Como puede observarse, se trataba de una modalidad que suavizaba la rigidez del sistema de las pruebas legales o tasadas pero exigía -al menos en el discurso oficial- un convencimiento de parte del juez.

OBJECIONES CONSTITUCIONALES

De lo hasta aquí expuesto, ya se destacan ciertas contradicciones de estos tipos penales con los preceptos de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos. En este sentido, se ha resaltado la contradicción de estas formulaciones con el principio de culpabilidad y con el estado de inocencia, a los cuales deben agregarse los principios de legalidad y lesividad. Por cierto que, cuando se trata de delitos de sospecha por un estado de cosas o por un estado personal o calidad del sujeto activo, habrá que sumar la violación del principio de acto propio de un Derecho penal de acto y no de autor.

a) Estado de inocencia

Nuestra Ley Fundamental acoge la garantía -derivada del juicio previo- de toda persona sometida a un proceso penal, de ser considerado y tratado como inocente hasta que una sentencia firme declare su responsabilidad respecto del hecho delictivo atribuido⁴¹. “El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo”⁴². Ello apareja algunas consecuencias de suma importancia, por cuanto el acusado no tiene necesidad de soportar la imputación activamente mediante la producción de prueba de descargo, sino que su estado de inocente debe ser destruido por la acusación, y que ante las dudas del juzgador en orden a las pruebas de cargo, la resolución habrá de ser su exclusión del proceso por una resolución que declare que dicho estado se mantiene intacto.

⁴⁰ THOT, Ladislao, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (Arqueología criminal)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 1940, p. 435.

⁴¹ Así resulta de los artículos 18 de la Constitución Nacional, XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.2.i) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

⁴² MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 492.



De tal modo que a los fines de ser considerado penalmente responsable de la comisión de un delito, debe recaer contra una persona procesada una resolución jurisdiccional que compruebe todos y cada uno de los extremos de la imputación delictiva; en otras palabras, se demuestre que se han configurado todos los elementos del tipo penal que se endilga al agente, lo que no resulta posible cuando alguno de ellos son presumidos por el juzgador. Eso es, precisamente, lo que sucede con los delitos de sospecha, en los que el acto disvalioso tenido en miras por el legislador se infiere de otras circunstancias distintas, ajenas o desvinculadas con el mismo.

Cuando la presunción legal es incommovible por ser *iuris et de iure*, se violenta la mentada garantía al autorizar el dictado de una condena sin exigir la demostración absoluta de la conducta delictiva. Además, tal como señalamos antes, al resultar una carga de la acusación comprobar todos los elementos de la imputación, se varía esta situación en detrimento del imputado cuando se le exige –explícita o implícitamente– que compruebe su inocencia. Por ello, no se evita la tacha de inconstitucionalidad del delito de sospecha cuando la presunción es *iuris tantum*, cayendo en el absurdo de que la plena efectividad de la garantía constitucional del procesado se torna en su contra: si no se defiende, introduciendo al proceso prueba favorable a su posición y espera que su estado de inocencia sea diluido por la acción de la acusación, se encontraría inevitablemente condenado.

La situación delineada se produce, igualmente, cuando el sometido a la justicia penal hace uso de su derecho constitucional a no declarar en su contra o prohibición de autoincriminación⁴³, derivado del anterior. El uso de la garantía implica una condena segura, puesto que de esta manera el procesado no demuestra la inexistencia del hecho presumido por la ley.

Como si lo expresado no fuera una cuestión menor, cabe señalar que al tratarse el acto presumido de un elemento no constatado fehacientemente por el sentenciante, significa que el mismo pudo no existir en la realidad, dejando la situación inmersa en dudas suficientes que invalidan el dictado de una resolución final contraria a los intereses del acusado. La inexistencia de datos ciertos que confirmen un elemento imputativo implica la absolución por imperio de la duda - *in dubio pro reo*-, consecuencia directa del principio de inocencia que venimos tratando.

b) Principio de culpabilidad

⁴³Esta garantía se halla establecida en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.2.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.2.iv) de la Convención Internacional de Derechos del Niño.



Sentado lo precedente, es menester incursionar rápidamente en la otra violación constitucional señalada por la doctrina, que lo es al principio de culpabilidad. Aún cuando no posee carta de ciudadanía en el texto expreso de nuestra Carta Magna, emerge de la *dignidad de las personas* que requiere su consideración como fines en sí mismas y no simples medios para la consecución de otros objetivos; del *libre desarrollo de la personalidad* que presupone un accionar estatal que no convierta su libertad de actuación en una mera excepción, todo ello signado por el supremo valor *justicia* del ordenamiento jurídico⁴⁴.

El principio de culpabilidad penal impera en el ámbito de la imputación subjetiva, por cuanto implica que debe existir entre la hipótesis delictiva y el agente una relación de esta clase, por la cual el sujeto posea conocimiento acerca de la antijuridicidad de la misma para motivarse o no conforme a la norma de deber y, por tanto, que de acuerdo con ese conocimiento haya obrado dolosa o culposamente. Así, se excluyen las imputaciones de hechos fortuitos o ajenos, de todos aquellos en los cuales el autor no actuó con dolo o culpa típicos⁴⁵, y en los que la situación del agente o las circunstancias que lo rodearon impidieron el conocimiento de la antijuridicidad del acto o elegir entre el cumplimiento o incumplimiento de la norma de deber. En otras palabras, la libertad y dignidad del ser humano son los fundamentos de este principio; su negación, es desconocer la esencia de la persona, degradar al sujeto a una mera “cosa causante”⁴⁶.

Sucede, entonces, por la propia conformación de los tipos penales y contravencionales de sospecha, que no existe la mencionada relación o vínculo subjetivo con el hecho presunto. Nadie puede exigir un comportamiento doloso o culposo respecto del acto delictivo o contravencional presumido por el legislador -que como dijéramos, puede no existir-; la responsabilidad personal del sujeto siempre habrá de recaer sobre una conducta real y no sobre una mera presunción⁴⁷. Al mantenerse en una inferencia legislativa algunos elementos típicos, nadie tiene la posibilidad cierta y concreta de conocerlos para fundar su dolo o el incumplimiento de la norma objetiva de cuidado en los casos de imprudencia, situación que se agrava cuando se tipifican estados o calidades personales,

⁴⁴ TOZZINI, Carlos A., *Garantías constitucionales en el Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 83.

⁴⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó el principio de culpabilidad penal exigiendo la atribución objetiva y subjetiva del ilícito penal en el antiguo fallo “Parafina del Plata SACI” del 2 de setiembre de 1968, lo que reiteró, en las sentencias dictadas en las causas “Donin, Hildo” y “Morillas, Juan Simón” del 29 de setiembre de 1969 y 8 de junio de 1993, respectivamente. V., en *Fallos*, 271:297; 274:487 y 316:1261.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio R. – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 139.

⁴⁷ GARCÍA PÉREZ, Octavio, ob. cit., p. 637.



donde la subjetividad del agente ha sido previamente considerada como “peligrosa” y “antisocial” y, por ende, contraria a derecho, mereciendo como meros causantes mecánicos u objetos desvalorados una sanción penal sin ninguna referencia a la libertad o la dignidad de la persona de las que han sido desprovistos por vía estatal.

c) Principio de legalidad

El principio de legalidad penal es consustancial con un Estado de Derecho; supone un recorte de la arbitrariedad del gobernante en favor de la voluntad general manifestada a través de la norma, como garantía del ciudadano, y técnicamente, importa el deber del legislador de utilizar cláusulas precisas y taxativas para sancionar las conductas que se estiman disvaliosas: por lo cual, no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta; del mismo modo que no hay pena sin ley, sin juicio justo ni su imposición puede subvertir las normas de ejecución penal.

Esta garantía fundamental del Derecho penal posee una íntima vinculación con la motivación del sujeto con la norma, puesto que a nadie puede exigírsele que se abstenga de cometer un delito cuando la ley penal le es desconocida, como cuando conociendo su existencia no logra comprender su alcance o ámbito de aplicación. Por lo demás, ello no sólo da sustancia al juicio de reprochabilidad sino que es necesario para configurar el tipo subjetivo. Sólo es factible la producción de un acto doloso cuando se posee el conocimiento concreto de los elementos del tipo objetivo, de igual modo que hay que conocer la regla objetiva de cuidado en los delitos imprudentes, o la situación típica y la obligación de actuar emanada de la norma en los supuestos de omisión.

Entonces, esta garantía penal se encuentra contradicha con la tipificación de delitos de sospecha; el agente no puede libremente decidir sobre lo que desconoce ni fundar un actuar doloso o culposo cuando alguno de los elementos del tipo aparecen como presupuestos por el legislador. El ciudadano no puede ser sometido a la sorpresa de hallarse preso de un proceso penal en virtud del incumplimiento de un precepto criminal que no fue materia de valoración, análisis y decisión intelectual. La persistencia de elementos presuntos no se condice con una ley penal escrita y estricta, taxativa, que habilite la imposición de una pena ante su inobservancia. “El principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la



cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal⁴⁸.

d) Principio de lesividad

En la lógica que se viene describiendo, también puede afinarse la crítica de los delitos de sospecha en su contradicción con el principio de lesividad u ofensividad, emergente del artículo 19 de la Constitución Nacional. Ello resulta con suma claridad de la primera parte del citado artículo, el límite más importante que se impone al poder estatal. Sólo habrán de ser relevantes para el sistema penal en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro, aquellas conductas que ofendan bienes jurídicos total o parcialmente ajenos, sean individuales o colectivos.

La ofensa al bien jurídico, según se ha destacado, habrá de ser actual o potencial, o en otros términos, una lesión en sentido estricto o un peligro, de allí que se sostenga que lo primordial es la lesión del bien jurídico como único dato verificable en la realidad y no su tutela lo que se impone en un derecho orientado a la protección de bienes jurídicos, función, que como regla de conducta, comparte el Derecho penal con las restantes ramas del Derecho y aún con el conjunto de medidas comunitarias formales e informales que conducen a que se concrete el deber de no dañar a otro.

Directamente vinculada con la falta de certeza en la elaboración típica, en los delitos de sospecha la lesión al bien jurídico aparece discutible, al menos, en dos aspectos: en primer lugar, no es posible indicar con precisión cuál es el bien o interés de terceros que se ve ofendido por el comportamiento del individuo –menos aún por un mero estado de cosas o calidad de la persona– supuesto por una operación inferencial; y en segundo lugar, tampoco es factible determinar correctamente la extensión o ámbito de protección de la norma –utilizando con algo de impropiedad las palabras de ROXIN– para verificar la existencia y modalidad de lesión al bien jurídico. Esta nebulosa en la que el legislador incursiona mediante la tipificación de delitos de sospecha, no logra dar cabal cumplimiento a la calidad dañosa, o potencial y concretamente dañosa⁴⁹, que deben poseer los actos para ser relevados por el Derecho penal.

⁴⁸ CARBONELL MATEU, Juan C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 127.

⁴⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Bazterrica, Gustavo” citado, en los considerandos 9 del voto de la mayoría y 16 del voto concurrente del ministro Santiago Petracchi, rechaza la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto sosteniendo que sólo los tipos de lesión y de peligro concreto se compadecen con lo preceptuado por el artículo 19 constitucional.



Es decir, si la existencia de la conducta lesiva se presume, también se lo hace con la ofensa al bien jurídico, lo que de ningún modo cumple con el mandato del artículo 19 de la Carta Magna. Si la conducta puede no existir, también puede ser inexistente la afectación al bien jurídico o, aún más, puede faltar el propio interés que se pretende proteger. Poco importa ello cuando se soslayan las garantías constitucionales recurriendo a una confirmación *in abstracto* de la lesividad del actuar típico.

e) Derecho penal de acto

Tal como venimos explicando, los tipos de sospecha cercenan el principio de culpabilidad penal por cuanto no vinculan subjetivamente al autor con su acto presuntamente lesivo del ordenamiento jurídico y la convivencia comunitaria, fundamento y fin del Derecho. Cuando ello sucede, se accede a un ámbito donde el acto como único fenómeno relevante para el Derecho penal se troca por situaciones totalmente desvinculadas con los comportamientos subjetivos o por calidades personales, que evitan la responsabilidad personal y la transforman en una culpabilidad por conducción de vida o de carácter con base en la peligrosidad del individuo. De esta manera, se incumple con la manda de los artículos 18 y 19 de la Carta Magna federal que imponen que solo las acciones humanas puedan ser sometidas al sistema penal.

La recta interpretación constitucional de ambas normas, determina que las acciones que serán motivo de regulación legal sólo serán las humanas, públicas, lesivas de bienes jurídicos y en virtud del principio de culpabilidad antes referido, que puedan serles imputadas subjetivamente a sus ejecutores. Pero es claro que la mentada atribución sólo es posible cuando su esencia se halle presente, es decir, un comportamiento, lo que no es de ningún modo asimilable a un mero estado o circunstancia personal del autor. Es lo que se ha dado en llamar principio constitucional de acto o de exteriorización. No puede ser sometido a proceso un funcionario público por “corrupto” o porque se lo “presuma” tal, sino por haber cometido o intentado un cohecho, una malversación de caudales públicos, un peculado, o alguna otra hipótesis delictiva. De igual modo, a nadie puede sancionarse por “degenerado” o porque se lo “presuma” tal, sino por haber consumado o tentado un acto que afecte la integridad sexual de otro. De lo contrario se reincide en un derecho penal de autor, propio de un positivismo peligrosista perenne que algunos creen haber dejado en el pasado, pero que se manifiesta en muchos tipos penales vigentes en nuestro territorio nacional. “En un sistema penal



respetuoso de la regla fundamental establecida en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, los rasgos de carácter o personalidad, la maldad de ánimo, los motivos abyectos o perversos del autor, aun cuando se hubiesen manifestado en la realización de un acto injusto, no son aptos para fundar en ellos el reproche penal, ni legitiman un mayor grado de culpabilidad que el derivado estrictamente del disvalor de la decisión de la acción perturbadora”⁵⁰.

De allí que, cuando del estado o calidad del sujeto se colige la presencia de un delito, el tipo de sospecha es, además, un claro prototipo de Derecho penal de autor violatorio de los postulados constitucionales que nos rigen.

EL ARTÍCULO 259 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO COMO DELITO DE SOSPECHA

El delito de *Aceptación y ofrecimiento de dádiva* es un típico delito de sospecha, ejemplo paradigmático de lo que se viene sosteniendo que, tal como lo hiciera notar Edgardo DONNA, “no [es] aceptable en un Estado de Derecho Democrático”⁵¹. Los redactores del Proyecto de 1891, en la Exposición de Motivos que lo acompaña, dejan marcada la sospecha de otro delito que sugiere el texto legal, como ya se adelantara; la sospecha de corrupción del funcionario daba vida a la norma y fundaba la presunción de un actuar futuro favorable al dádivo, un castigo penal que más similitud tiene a una falta a las reglas de actuación funcional que a un delito. Esa circunstancia resultó determinante para la supresión de la *Admisión de dádivas* del Proyecto de Código penal de 1941; para el profesor José PECO -su redactor-, “el artículo 259 carece de sustantividad propia. Su contenido pertenece más a lo ilícito moral que a lo ilícito jurídico. El hecho merece antes una sanción administrativa que una sanción penal. Sólo cuando la dádiva se vincula a un acto de su oficio, aunque sea justo, cobra relevancia jurídicopenal”⁵². En similar sintonía se habla de una norma

⁵⁰ MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 100.

⁵¹ DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 255.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio R. – ARNEDO, Miguel A., ob. cit., t. 5, p. 448.



“híbrida”, “innecesaria” y “superabundante” al abarcar el cohecho la hipótesis del artículo 259: “... los hechos que estamos estudiando o son cohechos o no son nada”⁵³.

A pesar de lo expuesto, el artículo 259 no ha recibido, en general, el rechazo de nuestros penalistas quienes -sin hacerse cargo de las observaciones que seguidamente se realizarán- lo vieron con beneplácito como forma de prevenir las conductas atentatorias del correcto funcionamiento de la administración pública. Se consideró -con mayor o menor hincapié en cuestiones morales o en calidades personales del autor- que lo reprimido es la “conducta inmoral” del funcionario por el “desprestigio que importa para la administración pública”⁵⁴, fin que resulta “loable” por “encerrar una forma particular de soborno”⁵⁵, “una forma impropia y leve del cohecho”⁵⁶, fundándose la disposición en el interés del Estado en la “honestidad”⁵⁷, “irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios” que se mella con la sola aceptación de la dádiva y sin otra conducta por parte de éste⁵⁸. En otras palabras, se deduce de la estructura del tipo penal, que el fin justificaría los medios, lo que de ningún modo puede ser suscripto.

Con el fin de justificar la existencia de la figura legal, se ha buscado su fundamento en una función de reforzamiento de criterios ético-morales atribuida a la ley penal respecto de la función pública y de quienes la tienen a su cargo –postura que es la más fácilmente observable en la doctrina y la jurisprudencia-. De ello se hizo eco el Tribunal Supremo español al decir que con la admisión de regalos “no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino siempre de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes”⁵⁹. Otro planteo muy extendido en la ciencia jurídico-penal europea es la de sostener la vigencia del tipo penal en atención a la necesidad de preservar la confianza en la legalidad e imparcialidad de las decisiones de la Administración Pública, línea argumentativa que siguen, por ejemplo, FEIJÓO SÁNCHEZ⁶⁰ y CARDENAL MONTRAVETA⁶¹. Éste último autor explica que el bien jurídico de los delitos

⁵³ MALLO, Mario M., ob. cit., t. 3, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 317.

⁵⁴ GÓMEZ, Eusebio, ob. cit., p. 517.

⁵⁵ RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho penal*, t. 5, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1938, p. 269.

⁵⁶ BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, MAVÉ, Corrientes, 2001, p. 223.

⁵⁷ TERRAGNI, Marco A., ob.cit, p. 186.

⁵⁸ SOLER, Sebastián, ob. cit., t. 5, TEA, Buenos Aires, 1970, p. 167.

⁵⁹ STS, 7 de octubre de 1993.

⁶⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Delitos contra la administración pública”, p. 1125, para quien con los delitos de cohecho se intenta proteger la ‘objetividad’ como característica general de la función pública, citando en su apoyo la STS de 10/05/1997.



de cohecho son los criterios de que determinan la legitimidad de la existencia de la Administración Pública y las condiciones para su mantenimiento; “... la intervención del Derecho Penal requiere, ..., que la introducción de dádivas en el contexto de actuación del funcionario comprometa de manera significativa esa imagen de la Administración como institución al servicio del interés general en un Estado social y democrático de Derecho”. La pena, de este modo, actuaría a los meros efectos de garantizar la vigencia de la norma⁶² o, más específicamente, la confianza de la ciudadanía en la legalidad de los actos funcionales.

A pesar de que resulta válido que se intente consolidar un estado general de confianza hacia la legalidad, objetividad e imparcialidad de los actos de la Administración Pública, no es menos cierto que, como realidad social, no normativa, la seguridad de la población en éste tópico parece tener más asidero en las prácticas funcionales que en las leyes penales, lo que merece su reforzamiento ético mediante la implementación de políticas de recursos humanos dispuestas en esa dirección⁶³.

Por último, también debe recordarse una visión del delito estudiado con mucho predicamento que convive sin inconvenientes con las ideas sintetizadas más arriba, y es la que considera a la admisión y ofrecimiento de dádivas como un tipo penal de peligro abstracto, lo que conduce inexorablemente a serios planteos de inconstitucionalidad. Este punto de vista, se asienta en la necesidad de preservar a la Administración Pública de actos ilícitos futuros. La entrega de obsequios a un funcionario en razón de su cargo genera vínculos de dependencia del funcionario público con el donante idóneos para condicionar futuras decisiones insertas en su ámbito de competencia, haciendo a un lado la imparcialidad y objetividad que los debe regir. La intervención penal es, en este sentido, anticipatoria, y recae en un acto de futurología sin un comportamiento que, al menos, ponga en situación de potencial afectación al bien jurídico.

⁶¹ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 10 (2002), UNED, p. 307 y ss.

⁶² JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § I, p. 8 y ss. También, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en MAIER, Julio B. J. – CÓRDOBA, Gabriela E., *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 53.

⁶³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’ (art. 422 CP)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 época, n° 6 (2011), UNED, p. 168.



De lo dicho hasta aquí en referencia a la manera en que se ha intentado justificar la existencia del delito, pueden observarse los grandes problemas en los que se han visto los autores para lograr una posición que se sustraiga de las críticas que se le dirigen. El reforzamiento ético de la Administración y de sus funcionarios, como la confianza de la ciudadanía, pertenecen a la esfera sociológica⁶⁴ y poseen mejores soluciones mediante instrumentos ajenos al Derecho Penal que ha de quedar como *ultima ratio*. Además, puede provocar una utilización meramente simbólica de los preceptos punitivos sin necesidad de una real lesión al funcionamiento de la Administración Pública. En cuanto al enfoque que estima que nos hallamos frente a un delito de peligro abstracto, como hemos afirmado más arriba, concluye en una injerencia de los órganos del sistema penal ante una situación violatoria de la propia Constitución Nacional, como habremos de desarrollar seguidamente, ya que todo se perfecciona en un tipo penal de sospecha.

Sin embargo, en una posición más adecuada con los preceptos constitucionales y desde una vertiente objetiva, que el bien jurídico es el correcto funcionamiento del servicio prestado por la Administración a los ciudadanos⁶⁵, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto a partir del proceso o función que se cumple y en base a los principios y reglas administrativas que la rigen. Cuando su afección importa una lesión a la prestación correcta del servicio o función, nos hallaríamos frente a un comportamiento que pone en crisis al bien jurídico⁶⁶ pero no “porque se sospecha que detrás de ellas existe un funcionario público infiel”⁶⁷.

En España no son pocos los autores que han tachado la disposición por contraria a los postulados constitucionales⁶⁸ –de manera similar en muchos aspectos al análisis que se propone- o

⁶⁴ Señala la multiplicidad de variables no jurídicas que generan mayor o menor confianza en la Administración Pública y que poco tienen que ver con la aceptación de sobornos, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 17 (2006), p. 124.

⁶⁵ En esta postura, OLAIZOLA NOGALES, Inés, “Los delitos contra la administración pública”, p. 378 y 380, donde explica que con el delito de cohecho se “trata de evitar que se perturben las condiciones básicas de funcionamiento necesarias para que la Administración pueda prestar un correcto servicio a los ciudadanos”. PIÑA, Roxana, “Cohecho, exacciones ilegales y concusión. Casos cuya subsunción legal genera inconvenientes. El delito de concusión como delito independiente”, en *Revista de Derecho Penal*, t. 2004-2, Delitos contra la Administración Pública – II, p.103, se ubica contradictoriamente entre el enfoque objetivo y el ético, al mencionar que con el cohecho en general se protege el “correcto y normal funcionamiento de la administración pública” para inmediatamente sostener que se trata de un resguardo frente “a la venalidad de los funcionarios” y que “el bien jurídicamente protegido es siempre la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública”.

⁶⁶ Sobre esta tesis, v., DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., ob. cit., p. 104 y ss.

⁶⁷ DONNA, Edgardo A., ob. cit., t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 252.



propugnado su derogación por vincularse a un interés ético que no merece una previsión penal⁶⁹ sino administrativa-disciplinaria⁷⁰, así como otros han propuesto interpretaciones conciliadoras que buscan salvarlo frente a sus críticos⁷¹. En un análisis de tipo intrasistemático, teniendo en consideración a los tipos penales de cohecho, es menester requerir una desvinculación entre la entrega, ofrecimiento o admisión del obsequio, y la realización, omisión o retardo de un acto perteneciente a la competencia funcional del destinatario de la dádiva. Esta situación y necesidad de deslinde es subrayada por toda la doctrina, no obstante, al quedar la recepción, ofrecimiento o entrega de la dádiva sin ningún tipo de relación, más que la emergente de la sola calidad funcional del beneficiario, se pierde de vista que se da por confirmada una presunción legal de ilicitud penal – realizada o por realizarse- en cabeza del mismo sin participación del órgano jurisdiccional. En este contexto, se materializa la sospecha legislativa de delito con la sola subsunción del comportamiento llevado a cabo, en los parámetros objetivos del tipo penal, sin que un proceso judicial confirme la existencia de “aquél” delito como elemento integrante del artículo 259, que solo se infiere su presencia de la admisión, oferta o entrega de la dádiva.

La presunción *iuris et de iure* de la figura analizada viola flagrantemente el estado constitucional de inocencia, puesto que no sólo el acto disvalioso sospechado se presume de actos posteriores sin que sea objeto de confirmación procesal sino que, como dato necesario, ni siquiera integra la imputación del acusador, que posee la carga de demostrar cada uno de los elementos que la fundan. Al no imponerse al acusador la carga de comprobar la circunstancia ilícita presumida que fundamenta la represión del comportamiento típico del artículo 259 -que representa la verdadera lesión al bien jurídico-, se invierte implícitamente en los hechos el *onus probandi* y con él se trastoca el debido proceso constitucional, colocando al acusado en la situación de resistir probatoriamente lo que nunca ha de ser acreditado en juicio y que, por tal razón, no debería determinar el dictado de una condena. Esta consecuencia decreta la desaparición de la presunción de inocencia como pilar del proceso acusatorio. Además, y tal como venimos exponiendo, la mera inferencia no demuestra su existencia real y concreta, de lo que se deduce que el hecho presumido bien pudo no haberse concretado nunca en la realidad. A pesar de lo cual, se lo tiene por existente o, peor aún, por existir,

⁶⁸ Así, RODRIGUEZ PUERTA, María J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 275 y s.

⁶⁹ En este sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, ps. 237 y ss., 304 y ss., citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., ob. cit., p. 137, quien en la p. 140 coincide en la necesidad de su derogación.

⁷⁰ RODRIGUEZ PUERTA, María J., ob. cit., p. 276.

⁷¹ Tal es la propuesta de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, ob. cit.



como lo han entendido algunos autores que estiman una protección a futuro ante potenciales ilicitudes⁷².

En otro sentido, y siguiendo la línea antes demarcada, es posible visualizar sin problemas que el tipo penal estudiado se contradice con el principio de culpabilidad penal, ya que no puede vincularse subjetivamente la conducta desplegada por el agente de admitir, ofrecer o recibir una dádiva por la calidad de funcionario público del receptor, con un hecho del cual ni siquiera se puede predicar su existencia concreta. La presunción *legis* de que el funcionario que admite un obsequio que se le hace por su carácter de tal, es autor de conductas disvaliosas que afectan el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, o que quien la ofrece o entrega intenta que aquél cometa un delito, no puede formar lógicamente parte del cúmulo de datos e información que permita al agente motivarse en el cumplimiento de la norma y tornarlo reprochable penalmente. Es más, a nivel de la tipicidad subjetiva, nadie podría sostener válidamente que lo “presunto” -que es lo que realmente afecta al bien jurídico- es efectivamente conocido por el sujeto al recibir o entregar la dádiva.

Sentado ello, es observable con claridad que la falta de certeza de la disposición que deja lugar a presunciones, no puede admitirse desde la óptica de la *lex certa* del principio de legalidad penal. Los hechos disvaliosos presumidos por el legislador al darle vida al precepto, directamente no aparecen en la descripción típica, lo que contraría la certeza que debe poseer toda norma penal dictada conforme a los postulados constitucionales. De lo contrario, y tal como lo adelantamos antes, es ficticia toda la base de conocimiento fundante de la imputación subjetiva y de la culpabilidad ya que nunca se halló dentro del ámbito de conocimiento del agente. Una modalidad legislativa incorrecta e inconstitucional, sólo habrá de generar consecuencias de la misma índole.

Analizar la lesividad de las conductas tipificadas por el artículo 259, tampoco lleva a buen puerto. En primer lugar, no es posible salvar la endeble situación normativa aludiendo a la “insospechabilidad e irreprochabilidad” de los funcionarios de la administración pública como fundamento de la norma como enseña SOLER, sin caer en la cuenta que se tratan de meras sensaciones eminentemente subjetivas del intérprete, o aún, calidades personales que se adjudica a

⁷²Una garantía de la futura legalidad o imparcialidad de los actos administrativos por ser el prelude de futuras ilegalidades venales, según lo explica MIR PUIG, Santiago, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, en La Ley, España, n° 7603, 04/04/2011. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es> [consultado el 01/05/2011].



ciertos sujetos que ejercen la función pública. Pero, de allí a visualizar una afectación al desarrollo de las actividades de la administración pública, hay un gran trecho.

El hecho concreto de que un funcionario público, mientras ejerce su función y en razón de la misma, admita una dádiva que se le presenta u ofrece sin que por ello lleve a cabo ninguna acción que resulte un detrimento o perjuicio para alguna de las áreas de la administración del Estado, no puede ser más que una conducta reprochable disciplinariamente pero nunca un delito por carecer de lesividad como lo determina la propia Carta Magna nacional. Del mismo modo, podrá ser éticamente censurable que un particular ofrezca un regalo a un funcionario público en razón de su calidad funcional y sin requerir ningún acto de su parte, quizás mal visto socialmente, pero no parece que ello afecte de sobremanera el curso de las tareas de la administración pública si no desencadenó un actuar dañoso de parte del destinatario de la dádiva.

Algunos argumentos más podemos sumar a lo expuesto. La necesidad de una real afectación a las actividades desplegadas por la Administración Pública resulta de la formulación que de los ilícitos penales o “actos de corrupción” hacen tanto la Convención Internacional contra la Corrupción como la Convención Interamericana contra la Corrupción⁷³. Ninguno de los tratados internacionales contempló un tipo penal de similares características, sino solo la figura del soborno o cohecho activo y pasivo, exigiendo siempre una acción u omisión dentro del ámbito de su competencia funcional del destinatario de la dádiva o beneficio. Al menos y en este tema, la voluntad internacional, regida por el principio de lesividad, fue seguida por el Estado argentino⁷⁴.

No debemos soslayar que, como mencionamos más arriba, el artículo 18 de la ley 25188, de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, permite que los funcionarios acepten “obsequios de cortesía o de costumbre diplomática” que quedan fuera de la norma en estudio en razón de no afectar a la Administración Pública, posición ratificada por el decreto reglamentario 164/1999 que en el artículo 21 –de mayor amplitud que la ley- contempla la existencia de obsequios o gratificaciones entregadas al funcionario público “por razones de amistad, cortesía, protocolo o costumbre diplomática” dejándolas expresamente fuera del régimen legal de la ley 25188. En el ámbito de la

⁷³ Convención Internacional contra la Corrupción, Capítulo III “Penalización y aplicación de la ley”; Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo 6º “Actos de corrupción. Ambos tratados fueron ratificados por el Estado argentino por las leyes 26097 y 24789 y son de superior jerarquía al Código Penal de conformidad con la letra del artículo 31 constitucional.

⁷⁴ La Convención Internacional contra la Corrupción, en su art. 30 inc. 9º, somete la tipificación, persecución, sanción y medios de defensa de los delitos por ella previstos, al derecho interno del Estado Parte, lo cual no permite suponer que esos ilícitos puedan excluirse de la vigencia de los principios y garantías constitucionales que informan nuestro sistema legal penal.



responsabilidad administrativa, se rechaza en general la admisión por parte de un funcionario público de cualquier tipo de dádiva salvo aquellos “regalos o beneficios que por su valor exiguo⁷⁵, según las circunstancias, no pudieran ser razonablemente considerados como un medio tendiente a afectar la recta voluntad del funcionario” según lo expresa el artículo 38 inciso c) del decreto 41/1999, Código de Ética en la Función Pública lo que deja indemne la necesidad de que la aceptación de la dádiva lesione a la actividad administrativa⁷⁶.

Como bien dice DONNA, en el fondo, el artículo 259 castiga tales conductas “porque se sospecha que detrás de ellas existe un funcionario público infiel”⁷⁷, más no se persigue el acto de infidelidad lesivo de la administración, que es captado por alguna otra figura. El autor podrá ser “infiel”, “inmoral”, “corrupto” o “venal”, pero ello no justifica el mantenimiento de una disposición que lo sancione por sus características personales o la elección de vida sin un detrimento al funcionamiento normal de las actividades estatales. Se oculta un tipo penal de autor que desoye el principio constitucional de acto tras la aparente legalidad de concebir, como conductas vedadas, las aludidas por la norma.

Esta es la opinión de RODRÍGUEZ PUERTA, para quien en la represión de la disposición similar española, se utilizan criterios propios de un “Derecho penal de autor”⁷⁸ que pretende evitar “una progresión criminal”. La censura de la profesora española, que rememora la “culpabilidad por conducción de vida” que suele ser estudiada en nuestras Facultades como un dato histórico, es categórica y demuestra su perdurable vigencia: “el precepto analizado vendría a castigar la ‘actitud’ del funcionario que se muestra, en principio, dispuesto a ulteriores ventas de sus funciones públicas y, en suma, a llevar actos propios del cargo a cambio de recompensas. No obstante, esta interpretación se corresponde con una lectura voluntarista del precepto, en la que se toman en

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 961, entiende con razón, que los obsequios o dádivas que no pasen de cuantías moderadas o propios de los usos sociales o amistosos, resultan atípicos a los fines del cohecho pasivo impropio. De igual opinión por ser incapaces de afectar el bien jurídico, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., p. 1141.

⁷⁶ Aún cuando no resulte objeto de este trabajo, debemos observar que la no ejecución de las leyes que le incumben al funcionario público –como es la recepción de una dádiva contraviniendo las reglas de la función– pueden llevar a incurrir en una infracción al artículo 248 del Código penal; pero esta objeción es más bien relativa, ya que el “incumplimiento de los deberes funcionales” del tipo mencionado exige también una afectación al bien jurídico Administración Pública que, en casos como el estudiado, no logramos visualizar.

⁷⁷ DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 252.

⁷⁸ En igual sentido, pero aludiendo a la reforma italiana en materia de delitos contra la Administración Pública, MANES, Vittorio, “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 02-01 (2000), p. 3, explica que “una reforma de este género significaría buscar la solución del problema extendiendo el área de la relevancia penal hasta comportamientos de dudoso significado, lejos de un Derecho penal del hecho y peligrosamente vecinos de un Derecho penal del autor, por considerar reprochable precisamente su actitud venal”.



consideración circunstancias futuras, que se presumen a raíz de una ‘actitud’ del funcionario... que no tiene necesariamente por qué corresponder al indicado ‘juicio de intenciones de futuro del empleado público’⁷⁹.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, MAVÉ, Corrientes, 2001.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 10 (2002), UNED, p. 307 y ss.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, t. 7, Temis, Bogotá, 2002.

CLEMENTE, José L. – RÍOS, Carlos I., *Cohecho y tráfico de influencias*, Lerner, Córdoba, 2011.

CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981.

CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 7ª ed. actual., Astrea, Buenos Aires, 2007.

DE LA FUENTE, Javier E. o., “El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Penal*, 2004-I, Delitos contra la administración pública -I, pp. 79-119.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 17 (2006), pp. 81-152.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

FEJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Delitos contra la administración pública”, en RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dtor.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

⁷⁹ RODRIGUEZ PUERTA, María J., ob. cit., p. 275 y s. Esta crítica no puede ser evitada, explica la autora en el mismo lugar, ni siquiera clasificando esta modalidad delictiva como de peligro abstracto, por lo que su propuesta de mínima es interpretar el tipo como de peligro concreto. Su opción máxima, como dijimos, es la derogación de la conducta del Código penal y su traslado al Derecho administrativo.



GARCÍA PÉREZ, Octavio, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLVI, 1993, fasc. II, pp. 629-678.

GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.

JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en MAIER, Julio B. J. – CÓRDOBA, Gabriela E., *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 53.

- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, t. III, Losada, Buenos Aires, 1951.

LANGEVIN, Julián H., “‘Veritas non auctoritas facit iudicium’. Sobre la relación entre el principio in dubio pro reo y los delitos de robo con armas, portación de armas de fuego y tenencia de estupefacientes (arts. 166, inc. 2º; 189 bis, inc. 2º, Cód. Pen., y 14 de la ley 23.737)”, en *Revista de Derecho Penal*, 2008-I, Delitos de peligro-II, pp. 363-397.

LASCANO (H), Carlos Julio, “Las pautas político-criminales de la Constitución argentina y el tipo de injusto”, en *Revista de Derecho Penal*, 2008-I, Delitos de peligro-II, pp. 49-83.

MACAGNO, Mauricio E., “La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal argentino” en *Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, n° 41, 2011, p. 179-192.

MAIER, Julio Bernardo José, *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

MALLO, Mario Martín, *Código penal argentino comentado y sus leyes complementarias*, t. III, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.

MANES, Vittorio, “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 02-01 (2000), en <http://criminet.ugr.es> [Consultado: 3 de marzo de 2012].

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1948.



MIR PUIG, Carlos, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, en *La Ley*, España, n° 7603, 4 de abril de 2011. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params> [Consultado: 1 de mayo de 2011].

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho penal*, t. V, Lerner, Córdoba, 1992.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, “Los delitos contra la administración pública”, en MIR PUIG, Santiago – CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dtores.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Reus-B de f, Madrid-Montevideo, 2006.

PIÑA, Roxana, “Cohecho, exacciones ilegales y concusión. Casos cuya subsunción legal genera inconvenientes. El delito de concusión como delito independiente”, en *Revista de Derecho Penal*, t. 2004-2, Delitos contra la Administración Pública – II, pp. 99-115.

RAMOS, Juan Pedro, *Curso de Derecho penal*, t. V, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1938.

RODRÍGUEZ PUERTA, María J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

SAGÜES, Néstor Pedro, “Problemática constitucional de los tipos penales abiertos, los delitos de autor y los delitos de sospecha”, en *La Ley*, 1987-A, pp. 501-509.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. V, TEA, Buenos Aires, 1970.

TERÁN LOMAS, Roberto, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1980.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.

TOZZINI, Carlos Antonio, *Garantías constitucionales en el Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

THOT, Ladislao, *Historia de las antiguas instituciones de Derecho penal (Arqueología criminal)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 1940.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’ (art. 422 CP)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 época, n°6 (2011), UNED, p. 151-180.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, ts. 2, 5 y 6, A-Z editora, Buenos Aires, 1996.