

## Consideraciones sobre la delimitación del "cohecho" y la "concusión"

Por Gonzalo A. Giménez Bonet

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente artículo tendrá por objeto formular unas breves consideraciones sobre la delimitación entre los delitos de "cohecho" y "concusión", entendiendo que su diferenciación resulta indispensable, puesto que aquel sujeto que se ubica como codelincuente del funcionario público en el primer supuesto, constituye una víctima digna de protección en el segundo.

La exposición comenzará desarrollando los antecedentes históricos de estas infracciones penales (II) y la tutela de la Administración Pública en general (III). Posteriormente, se abordará el estudio de ambos delitos (IV - V) y su distinción (VI), para luego profundizar el análisis sobre la participación del funcionario público (VII), evaluando si toda actividad que realice en orden a obtener una dádiva lo coloca en el ámbito de la "concusión" o si, por el contrario, es posible admitir supuestos que lo conduzcan al "cohecho". Finalmente, a modo de conclusión, se efectuará una síntesis de las consideraciones realizadas (VIII).

### II. Antecedentes históricos [\[arriba\]](#)

La doctrina nacional ha señalado que las regulaciones del "cohecho" y la "concusión" derivan históricamente de la acción "crimen repetundarum" del Derecho Romano, la cual procuraba la repetición de aquello que ilegítimamente se hubiera hecho pagar o sencillamente de lo percibido por ciertas categorías de funcionarios romanos que debían desempeñarse "ad honorem"[[1]]. La acción, que se remonta a la "ley calpurnia" (S.II AC), fue en un principio de naturaleza privada y luego, a través de sus sucesoras, de carácter penal, castigando el hecho con multa equivalente al doble de lo recibido[[2]].

En este sentido, se ha indicado que las leyes "repetundarum" se dirigían en realidad contra el "cohecho" y el "soborno" pero evadían las dificultades probatorias acogiéndose por analogía a los términos de la "ley cincia", en virtud de la cual les estaba prohibido a los funcionarios en general recibir dinero y en caso de que lo hubieren recibido -contraviniendo la prohibición-, se concedía al dador la acción para repetir la entrega[[3]]. Por ello, esta acción genérica se dirigía contra el enriquecimiento del funcionario público producido tanto por la venta de un acto de autoridad como por vía extorsiva, supuestos que luego configurarían las formas delictivas de la "corrupción" ("cohecho") y la "concusión"[[4]].

La diferenciación entre estas últimas conductas comenzó a desarrollarse en la época del "Imperio Romano", al tomar independencia el delito de "concussio", consistente en constreñir a dar o prestar algo mediante el abuso del poder oficial del opresor[[5]]. Sin embargo, fue recién durante los "procesos de codificación" donde finalmente se estableció con cierta precisión la delimitación de estos delitos[[6]], pero incluso allí no se habría adoptado un criterio uniforme sobre la distinción de la "concusión" y la "exacción ilegal"[[7]].

En el plano nacional, los proyectos y antecedentes legislativos tuvieron en cuenta la tipificación de todos estos delitos, los cuales han terminado por conformar el

actual “Título XI: Delitos contra la Administración Pública” del Libro Segundo del Código Penal de la Nación (en adelante CP)[[8]].

### III. La tutela de la Administración Pública [\[arriba\]](#)

En términos generales, se ha sostenido que los delitos contra la Administración Pública previstos en el “Título XI” del CP tutelan la regularidad y eficacia de la función pública en un sentido amplio[[9]], esto es, el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado[[10]].

La relevancia de estos ilícitos se justifica en la necesidad de preservar el correcto desempeño de la función pública, requisito indispensable en el desarrollo del sistema democrático[[11]]. Ello ha sido puesto en evidencia tanto por el art. 36 de la Constitución Nacional, al disponer que atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, como por la “Convención Interamericana contra la Corrupción” (Ley N° 24.759), al considerar en su mismo preámbulo que la “corrupción” socava la legitimidad de las instituciones públicas y que es una exigencia de la “democracia representativa” combatirla en el ejercicio de las funciones públicas[[12]].

En efecto, el aseguramiento del regular funcionamiento de la administración mediante el ordenamiento jurídico-penal cumple, en cierto modo, una función instrumental, pues resulta necesario que la labor pública se desarrolle correctamente para que las instituciones puedan alcanzar su fin último, el “Bien Común”[[13]].

En este orden, los delitos contra la Administración Pública tutelan distintos aspectos del ejercicio de la función pública, castigando determinadas ofensas provenientes del incumplimiento, el abuso o la arbitrariedad de quienes la desempeñan o de la intromisión de los particulares[[14]]. Por esta razón, atendiendo a la variedad de delitos comprendidos bajo este mismo título, su estudio en particular ha exigido redefinir el objeto de protección específico de cada uno de ellos.

Aun así, corresponde resaltar que, en su mayoría, los tipos penales contemplados en este “Título XI” constituyen “delitos especiales” en sentido estricto, cuya autoría se circunscribe a los funcionarios públicos, quienes poseen deberes especiales vinculados a su posición social y jurídica frente a la Administración Pública[[15]]. En estos supuestos, su comisión configura una infracción a los deberes que conlleva el desempeño de la función pública[[16]]. A modo de ilustración, y en íntima relación con el objeto de esta presentación, se indicará que el art. 2 de la Ley sobre “Ética en el Ejercicio de la Función Pública” (Ley N° 25.188) establece que aquellos que la ejerzan deberán desempeñarse con honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana, velando por los intereses del Estado, privilegiando el interés público sobre el particular y “No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello”.

Entonces, a los efectos de determinar el alcance del concepto de “funcionario público” que en general delimitará la autoría en estos tipos penales, debe considerarse que art. 1 de la ley mencionada ha definido a la función pública como

“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Sumado a ello, el art. 77, párrafo 4, del CP, establece que por los términos “funcionario público” y “empleado público”, utilizado en dicho cuerpo legal, se designa a todo aquel que participe accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de la autoridad competente[[17]]. En definitiva, corresponde concluir que, en principio, el concepto de funcionario público debe ser entendido en términos amplios, puesto que no resulta relevante su jerarquía dentro de la administración sino que por su posición y deberes pueda afectar directamente este bien jurídico[[18]].

Habiendo formulado estas primeras aproximaciones, es preciso avocarse a los delitos en particular, exponiendo sus lineamientos generales, para luego abordar su distinción.

#### **IV. El delito de “cohecho” (arts. 256 y 258 del CP) [\[arriba\]](#)**

##### *1. Objeto de protección y ubicación en el ordenamiento jurídico:*

Los arts. 256 y 258 del “Capítulo VI: Cohecho y Tráfico de Influencias” del mencionado “Título XI” del CP tipifican el delito de “cohecho”:

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

- Art. 258 del CP: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”[[19]].

La incorporación de este delito en el ordenamiento jurídico pretende tutelar el normal funcionamiento y la eficacia de la Administración Pública observada en sus propios servidores, quienes deben velar por el interés general[[20]]. En consecuencia, se ha señalado que se castiga la corrupción y venalidad[[21]] del funcionario público en los actos relativos a su cargo con prescindencia de su naturaleza, pues si bien la ilicitud de aquel afectará además la imparcialidad de la administración, aun cuando se cumpla con un acto debido, se deteriorará el regular ejercicio de los órganos del Estado[[22]]. En otras palabras, es aquella motivación venal ilegítima sobre función pública la que afecta correcto funcionamiento de la administración.

Tratándose de un delito cuya forma perfecta constituye un pacto bilateral, no sólo se castiga al servidor público, sino también al particular que lo introduce y participa del acuerdo espurio, incorporándolo como autor de su propio delito y no como partícipe de la conducta del servidor público. Así, se ha entendido que su intervención reviste una entidad suficiente para afectar el correcto

funcionamiento de la Administración Pública que implica que la actuación de sus funcionarios se realice sin un ánimo lucrativo ilegal[[23]].

En orden a preservar la regularidad de la función pública de intromisiones ajenas a los intereses generales de administración, ambos tipos penales establecen el ámbito de consumación al momento del pacto, comprendiendo de forma autónoma la conducta “activa” del particular y “pasiva” del servidor público, independientemente del cumplimiento del acto de autoridad procurado. Por esta razón, atendiendo a las características del delito, a continuación, se expondrán unas breves consideraciones sobre los tipos penales que lo estructuran (figura básica).

## *2. Los tipos penales de “cohecho” (activo y pasivo)*

La modalidad activa del “cohecho”, prevista en el art. 258 del CP (en función del art. 256 del CP), no exige una cualidad especial en el autor, pudiendo ser realizada por cualquier sujeto, pero si éste resultase ser un funcionario público se agregará pena de inhabilitación especial. El tipo penal requiere que el autor, directa o indirectamente, dé u ofrezca dádivas a un servidor público con el fin de obtener un acto, omisión o retardo de la administración: “dar” significa entregar, mientras que “ofrece” quien se compromete a dar, hacer o decir algo[[24]].

En paralelo, el tipo penal previsto el art. 256 del CP constituye un “delito especial” (en el sentido señalado) que circunscribe su autoría a quienes desempeñan la función pública[[25]]. En reflejo de la conducta descrita anteriormente, esta modalidad del delito se configura cuando el servidor público, por sí o por persona interpuesta, recibe o acepta la promesa directa o indirecta de dinero o dádivas a los fines indicados: “recibe” quien toma lo que le dan o envían, mientras “acepta” quien recibe voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o entrega[[26]].

En vista de lo expuesto, debe advertirse que, aunque las estructuras de estos tipos penales se desarrollen con cierta autonomía, es evidente que subyace en este delito un acuerdo de voluntades en el que se asumen prestaciones recíprocas, la dádiva (o dinero) y el acto de la administración.

La doctrina ha discutido si la dádiva debe contener un valor económico o si basta con que se represente como codiciable para el funcionario público, independientemente de su naturaleza y monto.

En la primera posición se ha ubicado Soler, quien partiendo de un criterio objetivo ha entendido que, toda vez que el enunciado legal respectivo al “cohecho” refiere “dinero o dádiva”, necesariamente se debe circunscribir a la entrega o promesa de algo que puede darse y que la dádiva o la promesa debe consistir en algo dotado de valor económico, sea dinero o cosas de valor, sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial[[27]]. No obstante, también ha reconocido que deben eliminarse las limitaciones referentes al monto, afirmado que las pequeñas retribuciones no pueden descartarse ya que su poder “cohechante” depende del carácter retributivo en el acuerdo celebrado y especialmente de que sean apreciadas por el funcionario público y recibidas para realizar el acto[[28]].

En cambio, para Ramos Mejía, por obra de una interpretación sistemática de los arts. 256 a 259 y 266 del CP, el empleo alternativo de los enunciados legales (“dinero o cualquier otra dádiva”) permite atribuirle al término dádiva un alcance más amplio, que contemple un beneficio, provecho o utilidad cualquiera[[29]]. Agrega que esta interpretación se justifica además en la naturaleza del delito de “concusión” (objeto de su estudio) y del bien jurídico protegido por éste[[30]]. Un sector considerable de la doctrina se ha inclinado por esta última postura[[31]], pero incluso en este ámbito algunos autores han restringido el alcance del concepto, afirmando que no quedan abarcados los favores y ventajas que no constituyan objetos materiales[[32]].

Pues bien, en miras de tomar una posición sobre el sentido de este término, debe advertirse que según la Real Academia Española “dádiva” significa “acción de dar gratuitamente” o “cosa que se da gratuitamente”[[33]], es decir es aquello que se da sin adeudarse.

Ahora bien, el art. 258 del CP admite que ésta se “hiciera”, por lo que podría señalarse que, para la inteligencia de estos delitos, la dádiva no sólo se da (u ofrece) como una cosa en sentido estricto, sino que también se hace, abarcando bienes materiales e inmateriales.

Asimismo, al abordar el resto del “Capítulo VI”, se observa que el art. 258 bis del CP, que tipifica el “soborno transnacional”, ha zanjado la cuestión en torno carácter patrimonial de la dádiva, diferenciándola de aquellos objetos de valor pecuniario al establecer que “será reprimido (...) el que (...) ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente (...) sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas” (términos similares utiliza el art. VI de la “Convención Interamericana contra la Corrupción” al describir esta conducta).

En la misma línea, la Ley sobre “Ética en el Ejercicio de la Función Pública” (Ley N° 25.188) establece como deber de comportamiento del funcionario público “no recibir ningún beneficio personal indebido” vinculado a la realización de un acto funcional, sin imponer limitaciones de orden pecuniario ni material[[34]] (en sintonía, esta prestación es identificada como un “beneficio indebido” por el art. 8 de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y por el art.15 de la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción”).

A su vez, la pena de multa conjunta agregada por el art. 259 bis del CP a los delitos de este capítulo, fija el monto de acuerdo al “valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada”, por lo que sólo se aplicará cuando la dádiva registre un contenido económico. En efecto, su ausencia no incidirá en la realización del tipo penal sino en sus consecuencias.

Por otro lado, atendiendo al fin de regulación del delito de “cohecho”, el disvalor de los hechos se funda en la venalidad sobre un acto de la autoridad, por lo que resulta irrelevante si el beneficio eventualmente obtenido por el funcionario público, esto es la dádiva, tiene o no un contenido patrimonial y/o material, puesto que lo que interesa es que haya sido la motivación por la que se haya afectado el correcto funcionamiento de la Administración Pública (objeto de tutela del delito). Lo mismo podría predicarse respecto del delito de “concusión”, donde

el abuso del funcionario público en su provecho infringe los deberes a su cargo aun cuando lo pretendido (la dádiva) no revista un carácter económico ni material.

En suma, desde una perspectiva sistemática y teleológica corresponde adoptar el criterio amplio que interpreta el término dádiva como todo beneficio concreto. En rigor de verdad, es cierto que la mayoría de las dádivas podrán reflejar un valor monetario y que el término comprende al dinero, como ilustran las fórmulas alternativas utilizadas en los arts. 256, 256 bis, 257, 258 bis y 259 bis del CP (pues, además, de lo contrario los supuestos típicos de los arts. 258 y 259 del CP -que no lo mencionan expresamente- no se realizarían mediante su disposición), pero independientemente del carácter económico o material, lo indispensable es la observancia de una relación objetiva y subjetiva de la dádiva con el acto de la autoridad. Por lo tanto, la relevancia típica de las conductas se evidencia por la introducción o puesta en perspectiva de un beneficio concreto, suficiente e idóneo que motive al funcionario público a realizar el acto de autoridad.

El particular propone la dádiva (o dinero) para alcanzar aquel acto funcional, el cual debe ser determinado[[35]], futuro y relativo a la competencia del servidor público, quien infringiendo los deberes a su cargo coloca a la venta la actuación de la administración. Tal como ha sido señalado precedentemente, la legalidad o ilegalidad de este acto no resulta relevante para la constitución de los tipos penales, siendo suficiente que se encuentre dentro de la esfera de actuación del funcionario público de forma directa o por delegación[[36]]. No obstante, debe señalarse que, si se pactase con un “magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público” o con un “funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional”, pretendiendo un acto relativo a sus cargos, las conductas se desarrollarán en los ámbitos del “cohecho agravado” (arts. 257 y 258 del CP) o del “soborno transnacional” (art. 258 bis del CP) respectivamente.

En relación a la consumación de los tipos penales en análisis, si bien se ha reconocido un paralelismo entre las conductas del particular y del servidor público, la infracción del art. 258 del CP (en función del art. 256 del CP) se realiza de forma autónoma cuando algunas de las acciones típicas alcancen el conocimiento del funcionario público, independientemente de si éste las acepte o reciba[[37]]. En cuanto a la conducta del servidor público, se prevé una intervención previa del particular, pues su consumación requiere del recibimiento de la dádiva o la aceptación de su promesa, es decir, se efectúa mediante la formalización del pacto[[38]].

Por estas razones, entendiendo que estas infracciones se realizan con la actividad de los intervinientes, parte de la doctrina ha considerado que la tentativa resulta inadmisibles[[39]], aunque desde otro sector se ha reconocido la posibilidad en ambas modalidades del “cohecho”[[40]].

Finalmente, resta agregar que en el plano subjetivo ambos tipos penales requieren dolo y una finalidad específica dirigida hacia la realización de un acto de la Administración Pública (tal como ha sido observado precedentemente)[[41]]. De este modo, ambos tipos penales se ordenan como “delitos de tendencia interna trascendente”, donde se verifica una finalidad o motivo que traspasa el hecho típico, evidenciando un exceso del aspecto subjetivo sobre el tipo objetivo. Este elemento subjetivo distinto del dolo es en ambos casos el acto de la autoridad.

Así, el tipo penal previsto en el art. 258 del CP (en función del art. 256 del CP), ha sido estructurado como un “delito de resultado cortado”[[42]] en el que su autor,

al realizar la acción típica, persigue una ulterior actividad del funcionario público que no es necesaria para consumir su ilícito. Consecuentemente, el particular debe conocer los elementos del tipo objetivo y dirigir su actuación con la finalidad de obtener el acto de la autoridad.

Paralelamente, la modalidad pasiva del “cohecho”, prevista en el art. 256 del CP, ha sido tipificada como un “delito mutilado de dos actos”[[43]], donde el autor realiza el acto típico procurando practicar otra actividad posterior (el acto de la autoridad) que no es necesario que realice para consumir el ilícito. En otras palabras, el servidor público debe conocer aquí los elementos del tipo objetivo que le es propio con aquella intención, es decir, debe recibir o aceptar la dádiva con la finalidad específica de realizar como consecuencia un acto relativo a sus funciones en la administración.

## V. El delito de “concusión” (art. 266 del CP) [\[arriba\]](#)

### 1. Objeto de protección y ubicación en el ordenamiento jurídico

Al abordar el estudio sobre el delito de “concusión”, Ramos Mejía lo ha definido como una especial modalidad de “extorsión” que adquiere individualidad propia por la calidad funcional de su autor y el medio abusivo empleado, el “metus publicae potestatis”[[44]]. Por ello, afirma que mediante esta infracción se afecta simultáneamente el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el patrimonio del sujeto pasivo de aquella exigencia indebida[[45]]. Así, remitiéndose a la doctrina italiana, sostiene que el interés específico de tutela de este delito es la observancia de los deberes de probidad del funcionario público y el legítimo uso de la función pública, y, en especial, que los funcionarios públicos no abusen de su calidad o de su función para infundir temor en los particulares y de esta manera lograr una utilidad[[46]].

A modo de introducción, corresponde advertir que la ubicación de este delito en el ordenamiento jurídico ha sido cuestionada en la doctrina[[47]]. Inicialmente, dominó la posición que lo hallaba en el art. 268 del CP[[48]], pero luego del aporte de Ramos Mejía la jurisprudencia ha sostenido de forma constante que el delito de “concusión” se encuentra previsto en el art. 266 del CP junto a las “exacciones ilegales”[[49]].

Dicho esto, entendiendo que el análisis de las distintas posturas excede el objeto de esta presentación, se continuará desarrollando esta última posición.

El art. 266 del “Capítulo IX: Exacciones Ilegales” del mencionado “Título XI” del CP establece:

- Art. 266 del CP: “Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción”[[50]].

De acuerdo al criterio analizado, el art. 266 del CP tipifica los delitos de “exacciones ilegales” y “concusión”, los cuales se distinguen en base al objeto sobre el cual recae acción[[51]].

El término “exacción” refiere a la exigencia de impuestos, prestaciones, multas y deudas[[52]], y en este sentido, se afirma que el delito de “exacciones ilegales” comprende las exigencias indebidas del funcionario público sobre rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, esto es, aquello que puede ser adeudado al Estado, en cuyo nombre y beneficio se actúa[[53]]. La conversión de aquella “exacción” en provecho propio o de un tercero, es decir, desviando el destino originario de las arcas fiscales, agrava el tipo penal en los términos del art. 268 del CP[[54]].

En cambio, en la “concusión”, el servidor público procura una dádiva, lo cual es algo que la víctima jamás puede considerar como adeudado regularmente al Estado y es que aquí el autor actúa desde el comienzo invocando su nombre y provecho, de modo que no es posible convertirla posteriormente. Por ello, se considera que no se infringe el tipo penal del art. 268 del CP sino únicamente el del art. 266 del CP[[55]].

## *2. El tipo penal de “concusión”*

La “concusión”, de acuerdo a la posición desarrollada, requiere que el funcionario público, abusando de su cargo, solicite, exija o haga pagar o entregar, por sí o por persona interpuesta, una dádiva.

El tipo penal constituye un “delito especial” (en el sentido señalado) que reduce el círculo de autores a quienes cumplen funciones en la administración y en abuso de aquella posición realicen las conductas previstas por la norma[[56]]. En estos términos, se ha considerado que en los primeros supuestos (solicitar o exigir la dádiva) el funcionario público actúa afectando la voluntad del sujeto pasivo mediante el temor que infunde la autoridad de forma directa, pero que en los restantes, el autor induce o persuade al particular, haciéndolo pagar o entregar[[57]].

De esta manera, se ha distinguido entre “concusión explícita”, donde la amenaza del uso abusivo de la función se ejerce de forma abierta (como en los primeros casos), y “concusión implícita”, donde ello se “sobreentiende” de los términos por los cuales se pretende persuadir o convencer (como en los restantes)[[58]]. En esta última modalidad, se descarta el uso de la violencia y la extorsión, acercándose más a los delitos de estafa, donde la voluntad del sujeto pasivo es captada mediante el fraude y el engaño[[59]]. En definitiva, en ambos casos la voluntad del particular se procura determinar por la influencia del “metus publicae potestatis”, la diferencia radica en el medio utilizado: la exigencia o la persuasión y el error[[60]].

El elemento esencial, que hilvana ambas modalidades, es el abuso del cargo de la autoridad[[61]]. El servidor público se vale aquí de su cargo específico o al menos de su condición genérica de funcionario público[[62]]. Así, se requiere que el autor actúe en función de autoridad, invocando esa calidad expresa o tácitamente y que esa calidad exista[[63]].



Ahora bien, cuando éste proceda al empleo de intimidación, colocando al sujeto pasivo en perspectiva de un mal inminente y determinado[[64]], o se induzca o persuada mediante la invocación de una orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, el tipo penal se cualifica en los términos del art. 267 del CP, elevando la pena de inhabilitación hasta seis años.

El objeto pretendido por el funcionario abusivo es la dádiva, que como fue indicado anteriormente, constituye todo beneficio concreto que no es debido por el particular.

La doctrina ha diferenciado el momento de consumación del delito de acuerdo a la modalidad de su ejecución. Por un lado, en aquellos supuestos en que el autor solicite o exija la dádiva, el ilícito se consumará con su actividad[[65]], por lo que la tentativa, en general, no ha sido admitida[[66]]. Por otro lado, se ha señalado que cuando el autor hiciera pagar o entregar la dádiva, el tipo penal requerirá la obtención de un resultado específico para su consumación, la entrega de la dádiva, situación que ha permitido considerar su forma tentada[[67]].

Por último, se advertirá que en el aspecto subjetivo se exige dolo, es decir, el autor debe conocer que se prevalece de su cargo y que aquello que pretende es indebido, lo cual es claro dada la naturaleza de la dádiva[[68]].

## **VI. La distinción entre el “cohecho” y la “concusión” [\[arriba\]](#)**

Tiempo atrás, Carrara definía a la “corrupción” (“cohecho”) como:

“la venta realizada entre un particular y un funcionario público, de un acto perteneciente al cargo de éste, que por regla debe ser gratuito”, mientras que para referirse a la “concusión”, la asimilaba a la “extorsión”, señalando que “el objetivo final es el mismo: despojo del patrimonio ajeno infundiendo temor; pero cuando el temor se hace derivar de la fuerza pública y no de fuerza privada, se encuentra en el medio empleado un objeto prevaleciente, y consistiendo este objeto en la justicia pública a la que todos los ciudadanos tienen derecho, el delito se torna social”[[69]].

En este sentido, observaba que en la “corrupción” (“cohecho”) el particular entrega espontáneamente, mientras en la “concusión” se resigna y da por el temor que le inspiraba la autoridad[[70]].

Asimismo, se distinguía a los delitos de acuerdo a la legitimidad o ilegitimidad del acto de la autoridad. De este modo, si aquel acto resultaba injusto, se advertía que los hechos no podrían encuadrarse en la “concusión”, pues el particular que compraba el acto de forma abiertamente perversa no podría tomar la posición de víctima, en tanto si el acto de autoridad era justo, ya no podría hablarse de “corrupción” (“cohecho”) ni podría imponérsele pena al particular que tuvo que hacer un sacrificio pecuniario para obtener el acto que le correspondía, sometiéndose por temor a costa de su dinero[[71]].

La síntesis expuesta permite vislumbrar la conflictiva relación de estos delitos, pues aun cuando las diferencias sean evidentes en sus extremos, la delimitación en la práctica resulta especialmente compleja porque en general el funcionario público no requiere, sino que da a entender que recibiría, y tampoco amenaza, sino que hace que se tema a su poder[[72]], y porque en definitiva, en este marco,

deberá decidirse si aquel particular constituye un codeficiente que merece ser castigado o una víctima digna de protección (con las consecuencias penales, administrativas y civiles que ello conlleva).

Los enunciados legales que regulan el delito de “cohecho” en el CP (arts. 256 y 258) tipifican al servidor público que recibe o acepta una dádiva para realizar un acto de autoridad y al particular que la entrega u ofrece a tal fin. La armónica lectura de estos tipos penales permite observar que bajo la figura del “cohecho” subyace un acuerdo bilateral en el que el particular dispone voluntariamente de la dádiva para alcanzar un acto de la administración, mientras el funcionario público la acepta para realizarlo.

En contraposición, el texto del art. 266 del CP prevé en la “conculión” que el funcionario público, abusando de su cargo, solicite, exija o haga pagar o entregar, una dádiva (de acuerdo a la posición desarrollada). El autor, abusando de su condición de servidor público, se vale del temor que infunde la autoridad de forma explícita o implícita con el objeto de viciar la voluntad del sujeto pasivo y obtener un beneficio.

A simple vista, las estructuras típicas de estos delitos exponen su primera distinción en la iniciativa de los intervinientes. En concreto, en la “conculión” el funcionario público solicita o exige y en el “cohecho” sencillamente acepta[[73]]. Sin embargo, corresponde anticipar que la delimitación de estos delitos no debe circunscribirse al “origen de la iniciativa”, pues como se observará en las próximas líneas ello no siempre permitirá explicar el significado de los hechos.

Por este motivo, corresponde desarrollar las notas distintivas de estas infracciones penales, recordando para ello que para Soler el “cohecho” constituye un delito bilateral, a diferencia de la “conculión”, donde quien “paga” es una víctima digna de protección contra los desmanes coactivos del funcionario público[[74]].

El “cohecho” consiste en un pacto sobre la venta de un acto de la autoridad en el que las partes disponen voluntariamente, en tanto la “conculión”, explícita o implícita, configura el abuso del funcionario público sobre el particular a través de la influencia del “metus publicae potestatis”. En el “cohecho” la dádiva constituye el medio por el cual se procura obtener un acto de autoridad, mientras en la “conculión” el abuso de la autoridad es el medio por el cual se procura obtener la dádiva.

En efecto, en el “cohecho” los intervinientes actúan libremente y en la “conculión” el particular es sometido. Por ello, este último tipo penal no requiere que el funcionario público vincule su actuación a un acto posterior de autoridad, pues, aunque lo hiciese el particular no actuará guiado por la utilidad que aquel acto le representa sino por el abuso del autor.

A la luz de estas consideraciones, es posible afirmar que la distinción fundamental se encuentra en el sustrato de estos delitos y en el aspecto subjetivo de los intervinientes: en el “cohecho” se alcanza (o se pretende) un acuerdo perfectamente voluntario entre dos codeficientes por el que se pacta la venta de un acto de autoridad, mientras en la “conculión” se configura un abuso donde la voluntad del particular se encuentra viciada por el funcionario público y si se llega

a un “arreglo” o “acuerdo” por el que obtenga un beneficio, será mediante la reducción de su libertad.

En definitiva, en ambos supuestos el servidor público infringe sus deberes, abusando de las funciones que le fueron confiadas. En el “cohecho” aquello deriva de la puesta en venta de los actos de la administración y su eventual ejecución, lo cual se traduce en la subordinación ilegítima del interés general al particular. No obstante, en la “concusión” el abuso del cargo se dirige sobre el particular, reduciendo su margen de libertad para obtener un beneficio. En conclusión, en ambos delitos se afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pero en la “concusión” se atenta además contra la libertad del sujeto pasivo.

## VII. La actividad previa del funcionario público en el “cohecho” [\[arriba\]](#)

### 1. La preeminencia de la autoridad

En este contexto, corresponde profundizar el análisis sobre la participación del funcionario público, evaluando si toda actividad que realice en orden a obtener una dádiva lo coloca en el ámbito de la “concusión”, o si, por el contrario, es posible admitir supuestos que conduzcan al “cohecho”.

La potestad pública ubica al funcionario en una posición de dominio frente al particular, lo cual observa una especial injerencia en el desarrollo de estos delitos, ya que la iniciativa de un acuerdo venal podrá ejercer una influencia distinta según la parte en la que se origine. En este sentido, cuando la iniciativa sea tomada espontáneamente por el particular, su actividad se desarrollará de forma plenamente voluntaria, realizando el tipo penal de “cohecho” (art. 258 en función del art. 256 del CP). En cambio, si la propuesta venal es formulada por el funcionario público desde aquella posición de preeminencia, podrá ser portadora del “*metus publicae potestatis*”, reduciendo el margen de libertad del particular, quien podrá considerar los beneficios de pactar con la autoridad, pero también los perjuicios que podría padecer si la rechaza, y entonces, aunque no pretenda el acto de la administración cederá para evitar las consecuencias negativas del desaire del servidor público.

En este orden, cuando el funcionario público requiere una dádiva, su solicitud podrá contener un elemento condicionante para el particular a raíz de su posición de dominio y control. Por ello, fácilmente penetrará en el terreno de la “concusión”, cuya verificación como primer antecedente de la entrega u el ofrecimiento de la dádiva del particular excluye la posibilidad de calificarla en la esfera del “cohecho” incluso cuando le repunte un beneficio, pues éste no actuará procurando un acto de la administración sino por el temor que le inspira la autoridad. En esta línea, Rimondi advierte que si la iniciativa del acuerdo surge del servidor público, la voluntad del particular se encontraría viciada por el dominio de la situación de aquel, operando el miedo genérico a la autoridad que culminaría desplazando la bilateralidad constitutiva del “cohecho”<sup>[[75]]</sup>.

En consecuencia, debe considerarse que, en términos generales, la iniciativa del funcionario público podrá ser suficiente para condicionar la voluntad del particular, quien actuará por el temor y el abuso de la autoridad que ya se ha mostrado frente a él fuera del marco de la legalidad.

Por estos motivos, la Ley sobre “Ética en el Ejercicio de la Función Pública” (Ley N° 25.188) incorporó el requerimiento de una dádiva por parte del funcionario público en el art. 266 del CP, considerado que su “solicitud” pertenecía a la esfera de las “exacciones ilegales” y la “concusión”, pero no a la del “cohecho”[[76]].

Sin embargo, esta última consideración, de claro corte político-criminal, no puede afirmarse en términos absolutos, porque esta estructura no deviene del sentido de los delitos sino de una apreciación sobre la posible posición de los intervinientes que perfectamente puede no replicarse en todos los hechos.

Por ello, si bien la preeminencia de la autoridad podrá asimilar el requerimiento venal del funcionario público a una verdadera “exigencia” o “extorsión”, configurando el delito de “concusión”, no puede descartarse que en determinados casos la actividad previa del funcionario público conduzca a la realización de un acuerdo voluntario constitutivo del “cohecho”.

## *2. La actividad previa del funcionario público en el ámbito del “cohecho”*

Habiendo formulado estas reflexiones, corresponde analizar aquellas situaciones en que la actividad previa del funcionario público -en miras de alcanzar un acuerdo espurio- pueda ser apta para conservarse en el ámbito del “cohecho”.

En una primera instancia deben observarse aquellas actividades que no logren evidenciar la pretensión venal. En este orden, las sugerencias e insinuaciones realizadas por el servidor público para facilitar la propuesta del particular han sido admitidas como formas de dar inicio al “cohecho” siempre que no afecten su voluntad[[77]]. En este marco, que parte de la doctrina ha denominado como “puente de planta”, se contemplan aquellas insinuaciones o sugerencias más o menos hábiles o encubiertas, silencios y gestos sugerentes que puede realizar el funcionario público con anterioridad a la oferta corruptora y a efectos de que el particular la formule[[78]].

El servidor público actúa aquí a través de acciones equívocas que pueden evidenciar tanto su deshonestidad como un manejo poco ortodoxo de la función, de modo tal que el particular preserva la facultad de tomar o no la iniciativa corruptora[[79]].

La jurisprudencia ha sostenido que resulta indiferente que la iniciativa se origine en el funcionario público cuando se limite a insinuaciones o sugerencias que procuren que la oferta corruptora sea pronunciada, destacando que lo fundamental es que esa iniciativa no alcance una jerarquía tal que coarte la libre iniciativa de la otra parte[[80]].

En atención a lo expuesto, como primera aproximación, deben admitirse las sugerencias e insinuaciones del funcionario público como formas de promover la iniciativa corruptora del particular, siempre que con ello no se condicione su voluntad.

En una segunda instancia, corresponde examinar aquellos supuestos en que el funcionario público propone el acuerdo espurio o sus insinuaciones evidencien sus intenciones venales frente al administrado.

Al respecto, Rimondi ha sido determinante al sostener que la actividad del servidor público jamás podrá superar la categoría de la mera sugerencia equivoca, dado que la proposición siempre debe partir del particular, porque si ello se determinase de forma unívoca afectaría su voluntad por el temor que inspira la autoridad, traspasando los límites del “cohecho”[[81]].

No obstante, algunos autores se han pronunciado en favor de reconocer la posibilidad de que el requerimiento del funcionario público constituya una vía de acceso al delito de “cohecho”. En esta posición puede citarse a Núñez, quien ha indicado que el acto del particular no necesariamente deja de ser voluntario por no ser espontáneo y responder a una insinuación o requerimiento previo[[82]], como así también a D’Alessio, quien ha señalado que el hecho de que el servidor público proponga un acuerdo espurio no necesariamente doblega la voluntad de quien ofrece o entrega[[83]].

Asimismo, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 25.188, Soler sostenía que el hecho no se transforma en “concusión” por la sola circunstancia de que el funcionario público solicite la dádiva si se produce el acuerdo, aunque reconocía que ello tendría una importancia práctica en la distinción de los tipos penales y destacaba que cuando el servidor público traspasa la actitud “pasiva” para requerir, imponer o procurar la dádiva, fácilmente penetra en el terreno de la “concusión”[[84]]. En este sentido, advertía que en el “cohecho”, independientemente de la parte que tome la iniciativa, se formula un acuerdo voluntariamente perfecto, mientras en la “concusión” la exigencia explícita o implícita, derivada de la actitud del funcionario público y de la situación de hecho, coarta la voluntad del particular[[85]].

A su vez, De Luca, al abordar el estudio del “cohecho” y la “concusión”, ha concluido que la preeminencia de la autoridad puede no reflejar la realidad de todos los casos y que en definitiva la distinción de los delitos no está en quien propone el acuerdo sino en lo que el pacto buscado significa para ambas partes[[86]]. Afirma que podrá haber “cohecho” cuando el funcionario simplemente propone y el particular acepte con plena libertad de consentimiento y “exacción” o “concusión” cuando el servidor público prepare el terreno para colocar a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa[[87]]. Así, sostiene que si no aparece un perjuicio posible para el particular, el acuerdo será igualitario (“cohecho”), pero por el contrario siempre que se acuerde por temor habrá “exacción ilegal” o “concusión” y aquí no bastará que el funcionario público pretenda un acuerdo y considere que su propuesta no resulta expoliadora si de la actitud y contexto pueda afectarse la libertad del particular[[88]].

La jurisprudencia, en la misma línea, ha registrado precedentes cuyos hechos fueron encuadrados como “cohecho”, reconociendo cierta actividad previa del servidor público[[89]]. Incluso se ha puesto en relieve que ante la complejidad de las negociaciones previas a la formación del acuerdo, en cuyo avance comienza a surgir el carácter delictivo, el modo en que se gesta el vínculo (la demostración del interés o el generador del primer contacto) no resulta una condición relevante para calificar los hechos como “cohecho”, destacando que lo decisivo es la existencia del acuerdo común de voluntades[[90]].

Pues bien, siguiendo estas posiciones, se observa que aun con las estructuras típicas de los arts. 256 y 266 del CP habrá ciertas iniciativas del funcionario público que no resulten suficientes para circunscribir su actuación al delito de “concusión”. En este plano se comprenden aquellas actividades del servidor

público que no alcanzan a portar aquel abuso que exterioriza el “metus publicae potestatis”, motivo por el cual no se ejerce aquella “expoliación explícita o implícita” sobre particular (propio de la “concusión”).

En este sentido, la proposición del funcionario público (o aquellas actitudes que evidencien sus pretensiones venales) podrá dar lugar al delito de “cohecho” cuando “ex ante” se advierta que su actitud, en la situación de hecho en concreto, no constituya una expoliación para el particular, pues sólo así podrá asegurarse que su respuesta se desenvuelva de forma plenamente voluntaria. Por ello, no será suficiente la pretensión venal del funcionario público, si su actitud en el contexto en concreto pueda afectar la libertad del particular.

En esta misma senda, la jurisprudencia ha afirmado que lo definitivo, a los fines de la configuración del delito de “concusión”, no es el término que se utilice para requerir la dádiva sino que de acuerdo a la situación de hecho se pueda concluir que la proposición formulada pueda equipararse a la exigencia configurativa de este delito[[91]]. Consecuentemente, en los supuestos donde ello no suceda y la relación entre los intervinientes se desarrolle libremente, podrá realizarse el delito de “cohecho”.

En definitiva, el desarrollo de la actividad del servidor público deberá ser puesto en relación con las singularidades del hecho y habrá supuestos que admitan un mayor despliegue en la iniciación de un acuerdo espurio.

A modo indicativo, se sostendrá que aquellos supuestos en que se verifique una falta de preminencia en la autoridad[[92]] (v. gr. ambos sujetos son funcionarios públicos), la ausencia de un potencial perjuicio alternativo para el particular (v. gr. ausencia absoluta de control) y/o un nexo asociativo previo de carácter delictivo[[93]] (v. gr. una organización compuesta por funcionarios públicos y particulares que a través del tiempo se dedica a la compra y venta de actos de autoridad) o de otra naturaleza (v.gr. íntima cercanía familiar o amistad) admitirán un mayor despliegue en la iniciativa del funcionario público.

En vista de lo expuesto, aunque su admisión resulte excepcional, habida cuenta del dominio del funcionario público y la posible afectación del particular, debe considerarse que en determinados casos la iniciativa del servidor público se desarrolle en el ámbito del “cohecho”, pues lo fundamental será que su gestión no alcance una jerarquía suficiente para afectar la voluntad del particular.

Ahora bien, teniendo en cuenta las exigencias típicas del art. 256 del CP, debe señalarse que en los supuestos tratados precedentemente la actividad previa del funcionario público consumará el delito de “cohecho” recién cuando reciba o acepte la dádiva, es decir, cuando se haya logrado el acuerdo espurio con el particular. Ello pone en evidencia que la calificación legal de los hechos resulta especialmente compleja cuando éste rechace o simplemente omita la sugerencia o la iniciativa del funcionario público, pues si su intervención no es subsumida en el delito de “concusión” por las razones señaladas anteriormente, la falta del “requerimiento” en el tipo penal del art. 256 del CP impedirá asumir la realización de este delito.

En consecuencia, ante la negativa del particular deben distinguirse dos supuestos. Por un lado, aquellos en que las sugerencias e insinuaciones se desarrollen en un plano totalmente equívoco que no permitan observar siquiera el principio de

ejecución, y por otro, aquellos en los cuales la iniciativa evidencie de forma clara su carácter venal frente al particular, en cuyo caso deberá analizarse la posible tentativa de “cohecho” (art. 256 del CP) o su impunidad respecto a este delito, hasta tanto una modificación legislativa incorpore su “solicitud” en el ordenamiento jurídico.

### *3. Síntesis y consideración sobre el “origen de la iniciativa” como criterio de distinción*

En razón de las consideraciones realizadas en el apartado anterior, corresponde concluir que, atendiendo al sentido de los delitos, a la preeminencia que en principio posicionará a la autoridad y a las estructuras típicas de los arts. 256 y 266 del CP, la intervención activa del funcionario público fácilmente configurará el delito de “concusión”, pero su actividad podrá conservarse en el ámbito del “cohecho” cuando se manifieste a través de sugerencias e insinuaciones que permitan que el particular formule la propuesta venal de forma plenamente voluntaria o, excepcionalmente, cuando su iniciativa o propuesta, en la situación de hecho en concreto, no se observe como expoliadora de la voluntad del particular.

La simple iniciativa del particular tampoco podrá garantizar sin un mayor análisis la realización del “cohecho”, pues podrá haber “exacción ilegal” o “concusión” cuando el servidor público prepare el terreno con tal habilidad o arteria que coloque a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa, prevaleciendo de la preponderancia que frente al administrado le da el cargo que ejerce[[94]].

Por ello, se advierte que el “origen de la iniciativa” como único criterio de delimitación de estas infracciones penales no resulta suficiente, pues, tal como fue señalado anteriormente, podrá haber “cohecho” cuando el funcionario público simplemente propone y el particular acepte con plena libertad de consentimiento y “concusión” cuando el servidor público prepare el terreno arteramente para colocar a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa.

En suma, teniendo presente las consideraciones precedentes, la distinción realizada por el legislador en base al “origen de la iniciativa” permitirá dar respuesta a una gran cantidad de casos en los que la preeminencia de la autoridad explique la actividad de los intervinientes, especialmente en aquellos supuestos impersonales e inmediatos, pero resultará frágil para distinguir aquellos hechos de mayor complejidad en los que las partes no respondan a dicha estructura de dominio.

En cualquiera de los supuestos traídos a colación anteriormente podrá haber “cohecho” o también “concusión”, pero el “origen de la iniciativa” perderá relevancia como criterio de distinción y será necesario recurrir a otros elementos para atribuir un significado a la intervención de las partes. En este orden, la relación previa de los actuantes, el vínculo que los une, el “origen de la iniciativa”, los términos utilizados, los beneficios y los potenciales perjuicios, la legitimidad o ilegitimidad del acto de autoridad y su eventual discrecionalidad, la actitud anterior y posterior de los intervinientes, como así también, las singularidades del hecho, resultarán esenciales para determinar la existencia de un acuerdo voluntario por el que se haya pactado la venta de la autoridad o de un abuso del funcionario público sobre el particular. Estas consideraciones toman una especial relevancia ante supuestos de “sistematización” y “organización” en la

venta de la autoridad o en abusos extorsivos por parte de los miembros de la administración, dado que también aquí la sola iniciativa será insuficiente.

En efecto, si bien la iniciativa del funcionario público podrá ser portadora del “metus publicae potestatis”, la distinción entre los delitos no puede reducirse al origen de la propuesta de forma invariable, pues, tal como se observó, ello podrá conducir a la impunidad de los responsables, o peor aún, al castigo de las víctimas. Por el contrario, la diferenciación de estos ilícitos debe determinarse a la luz de la posición y el significado que el acuerdo represente para el funcionario público y para el particular en orden a verificar el estado de su voluntad y establecer si se está actuando por la pretensión de un acto de autoridad o por el abuso del servidor público.

En vista de todo ello, se estima conveniente incorporar legislativamente el “requerimiento” de una dádiva por parte del funcionario público, y la consecuente “concesión” del particular, en el ámbito del “cohecho”<sup>[[95]]</sup>, pues aun admitiendo que en las “exacciones ilegales” y la “concusión” éste pueda solicitar un beneficio indebido, su actuación abusiva podrá ser diferenciada en la instancia jurisdiccional de la mera propuesta venal. En concreto, no se procura resolver la compleja distinción entre los delitos, sino que el ordenamiento jurídico comprenda las distintas modalidades en que el “cohecho” puede manifestarse, en miras de una correcta aplicación en el ámbito jurisdiccional.

Además, esta modificación permitiría adecuar la legislación a los propósitos y fines a los que se ha comprometido el Estado Argentino al suscribir distintos instrumentos internacionales. En este marco, no debe soslayarse que si bien se ha considerado que la legislación interna “cubre” el contenido respectivo de la “Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción”, los informes del “Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción” han recomendado complementar el art. 256 del CP con la inclusión del “requerimiento” y la “aceptación”<sup>[[96]]</sup>.

#### **VIII. Consideraciones Finales** [\[arriba\]](#)

En líneas generales, el “cohecho” consiste en un pacto sobre la venta de un acto de la administración, en tanto la “concusión” se define por el abuso de autoridad sobre el particular mediante la influencia del “metus publicae potestatis”.

Sin embargo, aun cuando la diferencia de estos delitos sea evidente, su delimitación en la práctica resulta especialmente compleja. Por ello, el análisis sobre la diferenciación de estos ilícitos debe tener presente que la distinción fundamental se encuentra en el sustrato de estas infracciones y en el aspecto subjetivo de los intervinientes: en el “cohecho” se alcanza (o se pretende) un acuerdo perfectamente voluntario entre dos codelincuentes, mientras en la “concusión” se configura un abuso donde la voluntad del particular se encuentra viciada por el funcionario público. En ambos supuestos el servidor público infringe los deberes que le fueron confiados, afectando el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pero en la “concusión” se atenta además contra la libertad del sujeto pasivo.

La preeminencia de la autoridad provocará que la intervención activa del funcionario público fácilmente configure el delito de “concusión”. No obstante, éste podrá conservarse en el ámbito del “cohecho” cuando se manifieste a través



de sugerencias e insinuaciones que permitan que el particular formule la propuesta venal de forma plenamente voluntaria o, excepcionalmente, cuando su iniciativa o propuesta, en la situación de hecho en concreto, no resulte expoliadora de la voluntad del particular.

En efecto, si bien la propuesta del funcionario público podrá ser portadora del “metus publicae potestatis”, la distinción entre los delitos no puede reducirse al “origen de la iniciativa”, sino que debe determinarse a la luz de la posición y el significado que el acuerdo representa para las partes en orden a determinar si se está actuando por la pretensión de un acto de autoridad o por el abuso del funcionario público.

En este sentido, se considera que podrá haber “cohecho” cuando el funcionario simplemente propone y el particular acepte con plena libertad de consentimiento y “concusión” cuando el servidor público prepare el terreno arteralmente para colocar a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa, razón por la cual la distinción entre estas infracciones penales exige un detenido análisis en la instancia jurisdiccional.

Por todo lo expuesto, reconociendo la posibilidad de que el “cohecho” responda, en determinados supuestos, a cierta actividad previa del servidor público, se estima necesario incorporar su “requerimiento” y la consecuente “concesión” del particular en los tipos penales de los arts. 256 y 258 del CP.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Cfr. SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo V, Editorial TEA, Ed. 4ta. Buenos Aires, 1988, pág. 206.

[2] Cfr. RAMOS MEJIA, Enrique, “El Delito de Concusión”, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1963, págs. 14-15, citando a C. FERRINI, “Diritto Penale Romano” en “Completo trattato teórico e practico di diritto penale” de P. COGLIOLO, Tomo I, Milán, 1888, pág. 256.

[3] Cfr. MOMMSEN, Theodor, “El Derecho Penal Romano”, Tomo II (trad.), Madrid, La España Moderna, 1905, Analecta Ediciones (reimpresión), Pamplona, 1999, pág. 181, quien agrega (pág. 183) que por ello mismo la “extorsión, ó sea el acto de obligar á alguno á dar regalos por el miedo á las consecuencias que pudiera producir el no darlos, no figuraba como delito en el antiguo Derecho penal; la misma prohibición absoluta de hacer donaciones voluntarias servía para eludir la difícil demostración de que no se había donado libremente, y por lo tanto, los tribunales se limitaban en cierto modo á perseguir los hechos de esta clase que envolvieran alguna deshonra para el Estado”.

[4] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 206.

[5] Cfr. MOMMSEN, Ob. Cit. Tomo II, pág. 183. Asimismo, cfr. RIMONDI, Jorge Luis, “Calificación Legal de los Actos de Corrupción en la Administración Pública”, Editorial Ad-Hoc, Ed. 1era., Buenos Aires, 2005, pág. 150.

[6] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 16-20; y RIMONDI, Ob. Cit. págs. 150-151.

[7] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 20-22.

[8] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, págs. 208 y 252-253.

[9] Este es el concepto que con distinta acentuación surge en CREUS, Carlos,

“Derecho Penal: Parte Espacial”, Tomo II, Editorial Astrea, Ed. 7ma, Buenos Aires, 2010, pág. 227; DONNA, Edgardo Alberto, “Delitos Contra la Administración Pública”, Editorial Rubinzal Culzoni, Ed. 3era. (actualizada), Santa Fe, 2018, págs. 36-37; FONTAN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal: Parte Especial”, Editorial Abeledo Perrot, Ed. 17ma, Buenos Aires, 2008, pág. 884; y NUÑEZ, Ricardo, “Manual de Derecho Penal: Parte Especial”, Editorial Lerner, Ed. 3era (actualizada), Córdoba, 2008, pág. 433.

[10] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 122. Así también en CFCP, Sala II, causa N° CCC 43054/2013/TO1/CFC1, “Wu”, reg. N° 162/18, rta. 20/3/18; Sala III, causa N° 1041/2013, “Kleinhempel”, reg. N° 726.15.3, rta. 4/5/15; Sala III, causa N° CFP 2645/1998/22/CFC1, “Steffen”, reg. N° 725.15.3, rta. 4/5/15; Sala IV, causa N° FSM 78000839/2012/TO1/CFC1, “Paz”, reg. N° 1147/19.4, rta. 5/6/19; y Sala IV, causa N° CFP 13543/2007/TO1/CFC1, “Rolón”, reg. N° 358/17.4, rta. 18/4/17.

[11] Así en CFCP, Sala III, causa N° 17.051, “Carranza”, reg. N° 639/14, rta. 28/11/14; y Sala IV, causa N° FSM 13799/2015/TO1/CFC5, “Gil”, reg. N° 691/19.4, rta. 17/4/19.

[12] El presente instrumento y la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción” (Ley N° 26.097) han identificado varios de los comportamientos comprendidos en el mencionado “Título XI” del CP como actos de “corrupción”, entre los que se encuentran abarcados los delitos aquí analizados. En general, subyace en estos ilícitos la nota de corrupción, entendida como la manifestación de una utilización desviada del poder que dirige su ejercicio al beneficio propio o de un tercero, apartándose del interés general, situación que es tan antigua como el mismo poder (cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, en “Revista Brasileira de Ciências Criminais” -RBCCRIM 81-, 2009, pág. 8).

[13] En relación al Estado y su finalidad, CSJN-Fallos 296:65, 304:1524, 310:2824, 314:1202 y 314:1216, entre otros.

[14] Conviene resaltar que en las siguientes líneas se denominará “particular” al sujeto activo del art. 258 del CP o al sujeto pasivo de art. 266 del CP, puesto que refleja la posición que lo inviste frente al funcionario público en ambos casos.

[15] Sin intención de exceder los límites de la presentación, se pondrá en relieve que ROXIN ha distinguido entre “delitos de dominio”, donde la autoría se establece según su teoría del dominio del hecho, y “delitos de infracción de deber”, donde la autoría se determina sobre la base de un deber extrapenal, siendo el caso de los delitos de “funcionarios”. En este sentido, ha sostenido que “en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (‘cualificación de autor’). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de “delitos de infracción de deber”. Así por. Ej. son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (§§ 331 ss.)” (ROXIN, Claus, “Derecho Penal: Parte General”, Tomo I, Editorial Civitas, Ed. 2da. Trad., reimpresión, Madrid, 2001, pág. 338). Partiendo de aquella estructura, JAKOBS desarrolló su sistema de imputación a través de los “delitos de organización” y “delitos de infracción de deber” según el fundamento material de aquel deber extrapenal de evitación. En los “delitos de organización” el deber de evitar constituye una concreción del “principio de no dañar” o “neminem laedere”, mientras en los “delitos de infracción de deber” el deber de evitar se fundamenta en una institución positiva. De este modo, ha afirmado que “hay delitos en las que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización afecte un bien (...) Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien” (JAKOBS, Günther, “Derecho Penal: Parte General”, Editorial Marcial Pons, 2da. Ed.

Corregida, Madrid, 1997, págs. 791 y 1004-1009). Así, siguiendo esta última línea, los delitos de “funcionarios” configuran “delitos especiales en sentido estricto”, puesto que el “deber especial” que determina la condición de autor es un “deber institucional” como son los “deberes genuinamente estatales”. Más allá de lo expuesto, no se abordará aquí su desarrollo, para ello véase los autores citados o BACIGALUPO, Silvina, “Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios”, Editorial Marcial Pons, Ed. 1era, Buenos Aires, 2007, pág. 53-89; CORDOBA, Fernando, “Delitos de Infracción de deber”, en “En Letra - Derecho Penal” Año I, N° 1 (2015), ISSN: 2469-0864, págs. 93-113 (<https://www.enletrapenal.com/numero1> y <https://www.enletrapenal.com/blog/author/Fernando-J.-Córdoba>); y GONZALEZ GUERRA, Carlos M., “Delitos de Infracción de un Deber”, Editorial Ad-Hoc, 2006, Buenos Aires, págs. 24-34.

[16] Cfr. DONNA, Ob. Cit. págs. 40-41 y 45-46.

[17] Términos similares utilizan los arts. 1 de la “Convención Interamericana contra la Corrupción” (Ley N° 24.759), 2 de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (Ley N° 25.632) y 2 de la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción” (Ley N° 26.097).

[18] Cfr. DONNA, Ob. Cit. págs. 53-55.

[19] Ambos arts. de acuerdo al texto modificado por la Ley N° 25.188. En relación a los arts. referidos por el art. 258, debe indicarse que el art. 256 reprime el “cohecho” cometido por el funcionario público; el art. 256 bis, primer párrafo, reprime el “tráfico de influencias”; y los arts. 256 bis, segundo párrafo, y 257 agravan las penas de los delitos mencionados cuando el funcionario público sobre quien se procura el acto al que se hace referencia en cada supuesto fuese “un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público”. Por otro lado, el “Capítulo VI” se complementa con el art. 258 bis que castiga el “soborno transnacional”, el art. 259 que reprime la “admisión y ofrecimiento de dádivas” y el art. 259 bis que incorpora la pena de multa conjunta para los distintos delitos de este capítulo.

[20] Cfr. DONNA, Ob. Cit. pág. 323. Por otro lado, KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en Polít. crim. n° 3, 2007, A1, pág.1-18, (<http://www.politicacriminal.cl>), págs. 9-10, afirma “Para una institución orientada al bien común de la Administración Pública y de Justicia es fundamental la ausencia de intereses particulares inadecuados. En la Administración Pública, el poder de decisión debe ejercerse institucionalmente con independencia de ventajas inconexas. El correspondiente refuerzo jurídico-penal lo suministran los delitos de corrupción. En consecuencia, no se trata solamente del aseguramiento de la corrección de contenido de las decisiones, sino también del mantenimiento de las reglas formales de procedimiento, esto es, los principios de eficiencia, de imparcialidad e igualdad ante la ley”.

[21] Así en CFCP, Sala III, causa N° 17.051, “Carranza”, reg. N° 639/14, rta. 28/11/14; Sala IV, causa N° CFP 16133/2007/TO1/9/CFC1, “Gutiérrez”, reg. N° 478/16.4, rta. 27/4/16; Sala IV, causa N° FSM 78000839/2012/TO1/CFC1, “Paz”, reg. N° 1147/19.4, rta. 5/6/19; y Sala IV, causa N° FSM 13799/2015/TO1/CFC5, “Gil”, reg. N° 691/19.4, rta. 17/4/19.

[22] Cfr. CREUS, Ob. Cit. Tomo II, pág. 287; D´ALESSIO, Andrés José (Dir.), “Código Penal de la Nación: Comentado y Anotado”, Tomo II, Editorial La Ley, Ed. 2da., 4ta. reimp., Buenos Aires, año 2014, pág. 1274; DONNA, Ob. Cit. págs. 323 y 325; y FONTAN BALESTRA, Ob. Cit. pág. 936. En el mismo sentido, SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 207, diferenciando entre “cohecho” propio e impropio según la legalidad (regularidad) o ilegalidad (irregularidad) del acto, remarcando igualmente que el sistema nacional no responde a dicha distinción.

[23] De acuerdo a CFCP, Sala IV, causa N° FSM 78000839/2012/TO1/CFC1, “Paz”,

reg. N° 1147/19.4, rta. 5/6/19. No debe soslayarse que tanto la “Convención Interamericana contra la Corrupción” (art. VI) como la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción” (art. 15) identifican como acto de “corrupción” a la participación del funcionario público y del particular en el delito de “cohecho”.

[24] Ambos de acuerdo a la Real Academia Española (<https://dle.rae.es/dar> y <https://dle.rae.es/ofrecer?m=form>).

[25] Si se pactase con un “magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público” o con un “funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional” las conductas se desarrollarán en el ámbito del “cohecho agravado” (arts. 257 y 258 del CP) o del “soborno trasnacional” (art. 258bis del CP) respectivamente.

[26] Ambos de acuerdo a la Real Academia Española

(<https://dle.rae.es/recibir?m=form> y <https://dle.rae.es/aceptar#0NYmQ7a>).

[27] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 212. En la misma línea, NUÑEZ, Ob. Cit. pág. 456; y RIMONDI, Ob. Cit. pág. 63.

[28] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, págs. 212-213, aclarando sin embargo que ello será una excepción y dependerá de la proporción del donativo con relación a la función.

[29] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 80-81, quien sostiene que es posible incluir en este término cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico, como el regalo o préstamo de cosas o de dinero, descuentos, concesiones de créditos, nombramientos, licencias, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos o el comercio sexual, y descartar, por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres puramente estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal.

[30] Ídem. págs. 81-82.

[31] Adhieren DONNA, Ob. Cit. págs. 330-334; y FONTAN BALESTRA, Ob. Cit. págs. 935-936.

[32] Así en CREUS, Ob. Cit. Tomo II, pág. 289; y D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, pág. 1275.

[33] Ambos de acuerdo a la Real Academia Española

(<https://dle.rae.es/?id=Bp3lFve>).

[34] La norma dispone también en su art. 18 que los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones.

[35] De acuerdo a DONNA, Ob. Cit. pág. 336, quien asume en esta posición a la mayoría de la doctrina.

[36] Cfr. CREUS, Ob. Cit. Tomo II, pág. 291; DONNA, Ob. Cit. pág. 337; y SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 209-210 y 214.

[37] Cfr. CREUS, Ob. Cit. Tomo II, págs. 296 y 298; D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, pág. 1286; y DONNA, Ob. Cit. pág. 363. En la misma línea, CFCP, Sala IV, causa N° CFP 3181/2012/6/CFC1, “Chazarreta”, reg. N° 2425/15.4, rta. 22/12/15; y Sala IV, causa N° CFP 16133/2007/TO1/9/CFC1, “Gutiérrez”, reg. N° 478/16.4, rta. 27/4/16.

[38] Cfr. CREUS, Ob. Cit. Tomo II, págs. 292 y 296; D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, pág. 1276; y DONNA, Ob. Cit. págs. 327 y 340. En la misma línea, cfr. CFCP, Sala I, causa N° CCC 82711/2002/TO1/CFC1, “Mahdjoubian”, rta. 2/2/16, donde se afirma que existe una relación de “codelinuencia necesaria”.

[39] En relación al tipo penal del art. 256 del CP, en CREUS, Ob. Cit. Tomo II, pág. 292; DONNA, Ob. Cit. págs. 338-339; NUÑEZ, Ob. Cit. pág. 456; y SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 213, quien señala que es difícil representarse la posibilidad. Por otro lado, en lo que respecta tipo penal del art. 258 del CP, CREUS, Ob. Cit. pág. 298; y

NUÑEZ, Ob. Cit. pág. 458.

[40] Al respecto del art. 256 del CP, D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, pág. 1276, sostiene que no cabe descartar la posibilidad de tentativa por completo, ya que es posible que se realicen actos ejecutivos con el fin de recibir una dádiva. En relación al art. 258 del CP, cfr. DONNA, Ob. Cit. pág. 363. A su vez, DE LUCA, Javier. A, “Cohecho y concusión”, cometario al fallo “Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 de la Capital Federal (TOralCrim) (Nro12) -1999/6/9 - W.,C.” publicado en “La Ley”, 1999-E, 331

([http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5\\_arg\\_resp\\_ane\\_10.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_arg_resp_ane_10.pdf)), pág. 7, afirma que tanto en el “cohecho” como en la “concusión” todo lo anterior a los momentos descriptos por la ley, podrán encuadrar en tentativa si hay dolo y afectación (peligro) para el bien jurídico en la concreta situación generada por la conducta del autor. En esta línea también se observa el voto en minoría del Dr. Hornos en CNCP, Sala IV, causa N° 98.515, “Wowe”, rta. 30/10/98 (Pub. La Ley 1999-B, 308 - AR/JUR/2986/1998), confirmado el temperamento dictado por la instancia anterior.

[41] Véase CREUS, Ob. Cit. Tomo II, págs. 290-292 y 297-298; D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, págs. 1276 y 1286; DONNA, Ob. Cit. págs. 338-339 y 361. Asimismo, CNCP, Sala IV, causa N° 11.083, “Ramírez”, reg. N° 15.145.4, rta. 27/6/11; y CFCP, Sala IV, causa N° CFP 16133/2007/TO1/9/CFC1, “Gutiérrez”, reg. N° 478/16.4, rta. 27/4/16.

[42] En la doctrina y jurisprudencia española se ha considerado al “cohecho” cometido por el particular como un delito de “resultado cortado” (cfr. STS N° 2877/2005, de fecha 6/5/05; COMES RAGA, Ignacio, “Los delitos de cohecho: Aproximación teórica a los problemas en sede de bien jurídico e injusto típico” (Tesis), Universitat de València, 2012, págs. 478, 530/532 y 607-<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184280>; y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y BLANCO CORDERO, Isidro, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, Revista de ciencias penales, vol. 4, 2001-2002, pág. 13, refiriéndose al caso del “soborno transnacional” lo cual es aplicable al delito en estudio).

[43] En el mismo ámbito, se ha tratado al “cohecho” cometido por el funcionario público como un delito “mutilado de dos actos” (cfr. STSJ AND 783/08 de fecha 7/8/08; COMES RAGA, Ob. Cit. págs. 342, 477 y 604 -<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184280>; y FABIAN CAPARROS, Eduardo A., “La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 93). En relación con ambas estructuras penales, véase GIL, Alicia, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 2da. Época, N° 6, 2000, pág. 103-138; MEZGER, Edmund, “Derecho Penal: Parte General”, Editorial Bibliográfica Argentina, Ed. 6ta., Buenos Aires, 1958, págs. 135-136; y MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal Parte General”, Editorial Reppertor, Ed. 9ma., Barcelona, 2011, págs. 236-237 y 287-288.

[44] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 50-51.

[45] Ibid.

[46] Ídem. pág. 52, citando a S. RICCIO.

[47] Incluso RIMONDI, Ob. Cit. págs. 172-175 sostiene que la “concusión”, entendida como la conducta del funcionario público que exige una dádiva para sí, no ha sido tipificada por el legislador y que por ello se debe recurrir a la imputación del delito de “extorsión” (art. 168 del CP) en concurso real con el delito de “abuso de los deberes de funcionario público” (art. 248 del CP).

[48] Esta postura se observa en SOLER, Ob. cit. Tomo V, págs. 260-264; y también en NUÑEZ, Ob. Cit. págs. 466 y 467. Desde otra perspectiva, acercándose a la cita

de RIMONDI, CREUS, Ob. Cit. Tomo II, págs. 332-337 sostiene que en el caso del art. 266 del CP la exigencia se formula en interés de la administración y que la figura de “concusión” del art. 268 del CP es un tipo penal de doble actividad que requiere que el autor realice la “exacción” y luego la convierta (dándole un destino distinto) para su provecho. De este modo, concluye que la prestación que el funcionario público requiere para sí con conocimiento de la víctima de ese destino no se encuentra contemplada en estos tipos penales.

[49] Así lo refleja DONNA, Ob. Cit. págs. 483-484, marcando el cambio de paradigma en el año 1959, con el voto de RAMOS MEJIA en CCC, “De la Torre, Nelly”, JA 1959-VI-364, rta. 11/8/59. Adhieren a esta posición: DONNA, Ob. Cit. págs. 478-486; FONTAN BALESTRA, Ob. Cit. pág. 970; y D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, págs. 1316-1318. Asimismo, vale destacar los siguientes precedentes jurisprudenciales: CNCP, Sala II, causa N° 9110, “Herrera”, reg. N° 17.160, rta. 20/09/10; Sala II, causa N° 37996, “Colantuono”, reg. N° 1358.16, rta. 11/8/16; y Sala III, causa N° 11430, “Tolosa”, reg. N° 171.10.3, rta. 2/03/10; y CFCP, Sala III, causa N° FSM 48049/2016/TO1/CFC1, “Rimoldi”, reg. N° 84/20, rta. 13/2/20; Sala IV, causa N° 14580, “Rivarola”, reg. N° 331.13.4, rta. 21/03/13; y Sala IV, causa N° CFP 13543/2007/TO1/CFC1, “Rolón”, reg. N° 358/17.4, rta. 18/4/17 (donde se citan precedentes de las distintas Salas).

[50] Texto modificado por la Ley N° 27.401.

[51] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 37-38.

[52] Así en su primera acepción en la Real Academia Española (<https://dle.rae.es/exacci%C3%B3n>), pero en su segunda significa “cobro injusto o violento”, lo cual parecería aproximarse también a la “concusión”.

[53] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. pág. 39. Asimismo, puede citarse el precedente de la CFCP, Sala III, causa N° 17.051, “Carranza”, reg. N° 639/14, rta. 28/11/14, que calificó como “exacción ilegal” la solicitud de dinero formulada por personal policial de forma periódica para colocar custodia policial exclusiva en los establecimientos comerciales, cuyos responsables entregaban el dinero “con el convencimiento de que si no pagaban serían víctimas de hechos delictivos”.

[54] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. pág. 39.

[55] Ídem. págs. 39-40. A través de ello, se toma distancia de la posición que encuentra el delito de “concusión” propiamente dicho en el art. 268 del CP, al distinguirlo de las “exacciones ilegales” del art. 266 del CP por el sujeto que se beneficia. Así, véase SOLER, Ob. Cit., Tomo V, págs. 257 y 260-262, quien sostiene que no debe descartarse la posibilidad de que la exigencia de una dádiva sea efectivamente invertida en el servicio público y que es falaz distinguir el tipo penal de “concusión” en base a las suposiciones que realice la víctima acerca del destino de la “exacción”. En este sentido, afirma que se comete “exacción ilegal” aun cuando sea evidente que no se requiere para el Estado. Agrega que la expresión “convierte” prevista en el art. 268 del CP tiene un sentido puramente negativo, equivalente a no depositar o entregar a las arcas fiscales, de modo que no es la administración quien lo aprovecha sino el propio autor o un tercero. Concluye de este modo que si ingresara en las arcas fiscales se habrá cometido el delito de “exacción simple” previsto en el art. 266 del CP, pero si ello no ingresare allí, sea porque lo aprovecha el autor o un tercero, se habrá cometido el delito de “concusión” propiamente dicho, previsto en el art. 268 del CP.

[56] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 53.

[57] Cfr. D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, págs. 1319-1320. A su vez, CNCP, Sala III, causa N° CCC 70634/2013/TO1/CNC1, “González”, reg. N° 1082/18, rta. 6/9/18; y CNCP, Sala IV, causa N° 1626, “Varela Cid”, reg. N° 2763.4, rta. 29/8/00.

[58] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 66-67; y SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 251.

[59] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 66-67.

[60] Ídem. pág. 67.

[61] Véase CFCP, Sala I, causa N° CFP 4313/11/4/CFC1, “Asade”, reg. N° 1382/17, rta. 10/10/17.

[62] Cfr. DONNA, Ob. Cit. págs. 490-491.

[63] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 255.

[64] De acuerdo a CNCP, Sala II, causa N° 9110, “Herrera”, reg. N° 17.160, rta. 20/9/10; y Sala III, causa N° 11430, “Tolosa”, reg. N° 171.10.3, rta. 2/03/10.

[65] Así, CNCP, Sala III, causa N° 11430, “Tolosa”, reg. N° 171.10.3, rta. 2/03/10; y CFCP, Sala III, causa N° FSM 48049/2016/TO1/CFC1, “Rimoldi”, reg. N° 84/20, rta. 13/2/20, donde se concluye que cuando se solicita o exige, la consumación coincide con la mera conducta y que la tentativa “no parece admisible”.

[66] Cfr. RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 73-74. En contra, D’ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, pág. 1321-1322; y DE LUCA, Ob. Cit. pág. 7.

[67] Cfr. D’ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, pág. 1322; y RAMOS MEJIA, Ob. Cit. págs. 73-74.

[68] Cfr. DONNA, Ob. Cit. pág. 492; y FONTAN BALESTRA, Ob. Cit. pág. 971.

[69] CARRARA, Francesco, “Programa del Curso de Derecho Penal”, Tomo V, Buenos Aires, 1947, § 2545 y 2567, citados respectivamente por RIMONDI, Ob. Cit. pág. 50 y RAMOS MEJIA, Ob. Cit. pág. 51.

[70] Cfr. CARRARA, Ob. Cit. § 2572, citado por DE LUCA, Ob. Cit. pág. 2. En el mismo sentido, CNCP, Sala III, “Tolosa”, causa N° 11430, reg. N° 171.10.3, rta. 2/03/10, donde se advierte que “La concusión por tanto es la forma extorsiva de obtener un lucro personal e indebido (beneficio de carácter patrimonial), mediante la amenaza de un acto de la autoridad pública (cfr. Carrara, Francesco: Programa de Derecho Criminal, parte especial, Tomo 7, Témis, Bogotá 1977, pág. 116 y 117)”.

[71] Cfr. CARRARA, Ob. Cit. § 2581, citado por DE LUCA, Ob. Cit. págs. 2-3.

[72] Cfr. CARRARA, Ob. Cit. § 2575, citado por DE LUCA, Ob. Cit. pág. 2.

[73] Criterio ya expuesto por V. MANZINI de acuerdo a SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 254.

[74] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, pág. 254.

[75] Cfr. RIMONDI, Ob. Cit. pág. 94.

[76] Así se desprende de los debates parlamentarios que dieron lugar la sanción de la Ley N° 25.188 (art. 37), cfr. “Diario de Sesiones” de la “Cámara de Senadores de la Nación”, en Reunión N° 16, sesión N° 19, de fecha 24 de junio de 1998 (versión taquigráfica), pág. 3936, donde el Senador Jorge R. YOMA indicó que “no es correcto asimilarlo al cohecho, pero sí es correcto incorporarlo dentro de las exacciones ilegales en que incurre el funcionario público que exige una dádiva. En este caso no es necesario el pacto venal, sino la mera exigencia de la dádiva. Es por eso que incorporamos el verbo “pedir” dentro de las figuras de las exacciones ilegales” (refiriéndose luego a lo sucedido en caso “Wowe” -cfr. pág. 3938). Asimismo, cfr. “Diario de Sesiones” de la “Cámara de Senadores de la Nación”, en Reunión N° 36, sesión N°, 19, de fecha 19 de agosto de 1998 (versión taquigráfica) pág. 5167, donde Carlos A. BERALDI en su exposición especial señaló “Hay una frase de Carrara que dice que el ruego de los poderosos es mucho más que una orden. Y en la idea de un contrato público, celebrado con la administración pública, las partes no se encuentran en la misma situación, ya que entiendo que el administrado siempre está en una posición de inferioridad. Entonces, si existe un pedido de estas características, lo que se estaría produciendo sería el fenómeno de una exacción ilegal. Entonces, en mi modesta opinión, no hay tal vacío legislativo. Y parafraseando a Carrara, se trataría de un metus publicae potestatis, es decir, que el temor a la autoridad pública no dejaría lugar al vacío legal”.

[77] Cfr. CREUS, Ob. Cit. Tomo II, págs. 289 y 296-297.

[78] Cfr. RIMONDI, Ob. Cit. pág. 67-68, citando a H. VIDAL.

[79] Ídem. págs. 67-68 y 95.

[80] Véase CNCP, Sala IV, causa N° 1626, “Varela Cid”, reg. N° 2763.4, rta. 29/8/00, voto del Dr. Hornos (minoría); y CFCP, Sala IV, causa N° CCC 38043/2012/TO1/CFC1, “Pérez”, reg. N° 711/2015.4, rta. 21/4/15.

[81] Cfr. RIMONDI, Ob. Cit. págs. 68 y 94.

[82] Cfr. NUÑEZ, Ob. Cit. pág. 458.

[83] Así. D´ALESSIO, Ob. Cit. Tomo II, págs. 1277 y 1286. Mantiene este criterio en el “Informe final acerca de la adecuación de la legislación penal Argentina a la Convención Interamericana contra la corrupción”, elaborado a partir de los comentarios y aportes efectuados en el Taller organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, la Organización de los Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo, los días 10 y 11 de octubre de 2000 -

([http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/informe\\_final\\_argentina.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/informe_final_argentina.htm)).

[84] Cfr. SOLER, Ob. Cit. págs. 207 y 211, agregando que para ciertos autores este detalle distingue las infracciones.

[85] Cfr. SOLER, Ob. Cit. Tomo V, págs. 253-255. En el mismo sentido, agregado el supuesto del “requerimiento” en la “concusión”, CNCP, Sala IV, causa N° 1626, “Varela Cid”, reg. N° 2763.4, rta. 29/8/00, voto del Dr. Hornos (minoría); CFCP, Sala IV, causa N° 14580, “Rivarola”, reg. N° 331.13.4, rta. 21/03/13; Sala IV, causa N° CCC 38043/2012/TO1/CFC1, “Pérez”, reg. N° 711/2015.4, rta. 21/4/15; Sala IV, causa N° CFP 13543/2007/TO1/CFC1, “Rolón”, reg. N° 358/17.4, rta. 18/4/17; y Sala IV, causa N° FSA 12000973/2012/TO1/CFC1, “Belizán”, reg. N° 1329/20.4, rta. 7/8/20 (voto del Dr. Hornos).

[86] Cfr. DE LUCA, Ob. Cit. pág. 6. Esta posición parece sostener luego en la exposición “Delitos de Funcionarios Públicos”, VIII Encuentro -Universidad Nacional de La Plata- de la “Asociación de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina”, Panel: “La responsabilidad penal de los funcionarios públicos”, La Plata, PBA, 17/10/08, pág.4 (<http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/javier-a.-de-luca.-conferencia-sobre-delitos-de-funcionarios-publicos.pdf>).

[87] Cfr. DE LUCA, Ob. Cit. pág. 5.

[88] Ídem. pág. 6.

[89] Para el caso puede señalarse, CFCP, Sala II, causa N° CCC 43054/2013/TO1/CFC1, “Wu”, reg. N° 162/18, rta. 20/3/18, donde se advierte que tribunal de juicio tuvo en cuenta que la entrega de dinero del particular “obedeció a un pedido del inspector para hacer el acto más ‘llevadero’, ante el señalamiento de que las multas por tener trabajadores no registrados eran altas y hasta se podía llegar a la clausura del local”; CFCP, Sala III, causa N° 17.051, “Carranza”, reg. N° 639/14, rta. 28/11/14, donde se encuadró en el delito de “cohecho pasivo” la conducta del personal policial que periódicamente recibía dinero de un particular que regenteaba puestos callejeros de venta de copias ilegales de discos compactos; y así parece también en CFCP, Sala IV, causa N° FSM 13799/2015/TO1/CFC5, “Gil”, reg. N° 691/19.4, rta. 17/4/19, donde se confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto condenó por el delito de “cohecho pasivo” (entre otros), al personal policial que, habiendo prestado el auxilio necesario para que determinadas personas realizaran actos relativos al tráfico de estupefacientes, recibió dinero de una de ellas a fin de hacer cesar la restricción de la libertad de un tercero (allegado). En este contexto, se refirió que a través de las intervenciones telefónicas se pudo conocer que “los preventores solicitaban una suma de dinero a cambio de su libertad”, ponderando luego que el tribunal anterior indicó que “la presencia de un acuerdo común entre las partes involucradas sobre la entrega y recepción de dinero a cambio de una contraprestación relativa a las funciones del sujeto activo calificado, es la que conforma el aspecto subjetivo del tipo penal”, tras lo cual recordó el contexto



asociativo que conformaban policías y sujetos vinculados al narcotráfico con un evidente interés económico por parte de los enjuiciados”.

[90] Véase CFCP, Sala IV, causa N° CFP 1302/2012/TO1/26/CFC9, “Boudou”, reg. N° 1502/19.4, rta. 17/7/19, voto del Dr. Hornos (pág. 154-156), sin perjuicio de lo cual se destaca que fue el particular quien dio el primer paso hacia el funcionario público.

[91] Así en CFCP, Sala IV, causa N° 14580, “Rivarola”, reg. N° 331.13.4, rta. 21/03/13; Sala IV, causa N° CFP 13543/2007/TO1/CFC1, “Rolón”, reg. N° 358/17.4, rta. 18/4/17; y Sala IV, causa N° FSA 12000973/2012/TO1/CFC1, “Belizán”, reg. N° 1329/20.4, rta. 7/8/20 (voto del Dr. Hornos).

[92] cfr. DE LUCA, Ob. Cit. pág. 6. Asimismo, CFCP, Sala I, causa N° CFP 4313/11/4/CFC1, “Asade”, reg. N° 1382/17, rta. 10/10/17, donde se resalta que al no haber superioridad jerárquica ni relación de subordinación no se configuraría el tipo penal “concusión”.

[93] Ello puede desprenderse de los precedentes de CFCP, Sala III, causa N° 17.051, “Carranza”, reg. N° 639/14, rta. 28/11/14; Sala IV, causa N° FSM 13799/2015/TO1/CFC5, “Gil”, reg. N° 691/19.4, rta. 17/4/19; y Sala IV, causa N° CFP 1302/2012/TO1/26/CFC9, “Boudou”, reg. N° 1502/19.4, rta. 17/7/19.

[94] Así en CFCP, Sala IV, causa N° 14580, “Rivarola”, reg. N° 331.13.4, rta. 21/03/13; Sala IV, causa N° CFP 13543/2007/TO1/CFC1, “Rolón”, reg. N° 358/17.4, rta. 18/4/17; y Sala IV, causa N° FSA 12000973/2012/TO1/CFC1, “Belizán”, reg. N° 1329/20.4, rta. 7/8/20 (voto del Dr. Hornos).

[95] El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación elaborado por la comisión creada por Decreto PEN N° 103/17, en esta misma línea, contempla en el ámbito del “cohecho” (art. 256 del ACP) la intervención pasiva y activa tanto del funcionario público como del particular.

[96] Cfr. “Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, Grupo de examen de la aplicación, 5to. período de sesiones, Viena, 2 a 6 de junio de 2014, “Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”, CAC/COSP/IRG/I/1/1/Add.17 (Tema 2 del programa provisional: CAC/COSP/IRG/2014/1), pág. 3; “Informe sobre el examen de Argentina”, “Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los arts. 15 - 42 del Capítulo III. ‘Penalización y aplicación de la ley’ y arts. 44 - 50 del Capítulo IV. ‘Cooperación Internacional’ de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 - 2015”, págs. 3-16; y cfr. Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en los siguientes informes: “Informe final relativo a la implementación en la República Argentina de las disposiciones de la convención seleccionadas para ser analizadas en la segunda ronda, y sobre el seguimiento de las recomendaciones formuladas a dicho país en la primera ronda”, aprobado en la sesión plenaria celebrada el 15 de diciembre de 2006, en su Décima Reunión, realizada entre los días del 11 al 15 de diciembre de 2006, en la sede de la OEA, en Washington DC, (SG/MESICIC/doc.181/06 rev.4 - 15/12/06), pág. 35-26 y 41; “Informe relativo a la implementación en la República Argentina de las disposiciones de la convención seleccionadas para ser analizadas en la tercera ronda, y sobre el seguimiento de las recomendaciones formuladas a dicho país en las rondas anteriores”, aprobado en la sesión plenaria celebrada el día 18 de septiembre de 2009, en el marco de su Decimoquinta Reunión, la cual tuvo lugar en la sede de la OEA, en Washington DC, del 14 al 18 de septiembre de 2009 (OEA/Ser.L.SG/MESICIC/doc.238/09 rev.4 - 18/9/09), págs. 44-45; e “informe relativo al seguimiento de la implementación en Argentina de las recomendaciones formuladas y las disposiciones analizadas en la segunda ronda, así como con respecto a las disposiciones de la convención seleccionadas para la quinta ronda”, aprobado en la sesión plenaria celebrada el

día 17 de marzo de 2017, en el marco de su 28ª Reunión, la cual tuvo lugar en la sede de la OEA en Washington DC, del 13 al 17 de marzo de 2017 (OEA/Ser.L.SG/MESICIC/doc.490/16.rev. 4 - 17/3/17), págs. 82-92.