

EL SOBORNO TRANSNACIONAL Y EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS INTERNACIONAL EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Isidoro Sassón¹

Ubicación sistemática. Antecedentes

Los delitos de soborno transnacional y de tráfico de influencia internacional se encuentran previstos en el art. 258 bis del Código Penal argentino, formando parte del Título XI, de los Delitos contra la Administración Pública y del Capítulo VI, denominado Cohecho y Tráfico de Influencias. Su incorporación a la legislación penal de nuestro país, se inscribe en el marco de un mundo globalizado y en la necesidad de los Estados y Organismos Internacionales de encontrar mecanismos destinados a detectar, investigar y castigar actos de corrupción que se caracterizan por su transnacionalidad, a partir de que estas conductas han ido ganando terreno también en la escena internacional, constituyendo una manifestación de lo que la teoría denomina criminalidad no convencional.²

Comúnmente se indica a la *Foreing Corrupt Practices Act* (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero), sancionada en el año 1977, por el Congreso de la Nación de los Estados Unidos, como el antecedente más remoto destinado a sancionar el pago de sobornos a funcionarios públicos de Estados extranjeros.³ Por su intermedio, se establece la necesidad de que las Empresas americanas desarrollen un sistema de registración contable que permita acreditar que las transacciones comerciales cuentan con autorización de la Dirección y determinar su origen y destino, se criminaliza el pago que realicen ciudadanos

¹ Profesor Adjunto de Derecho Penal, Parte General, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

² También forma parte de esta nueva forma de criminalidad, la penalización de la evasión fiscal, el fraude corporativo, la defensa de la libre competencia, el financiamiento del terrorismo y el lavado de activos. Cf. Durrieu, Roberto (h), "Jurisdicción universal de los delitos transnacionales", en *LL*, 2007-C, p.1153.

³ "En el año 1977 el Congreso de los Estado Unidos creó la *Foreing Corrupt Practices Act* al descubrirse que grandes corporaciones de dicho país habían pagado sobornos a funcionarios públicos de otros países a fin de obtener negocios en estos Estados; estos hechos incluyeron a

americanos fuera del territorio de su país a funcionarios públicos de Estados extranjeros, con el fin de obtener o conservar un beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales, sometiendo, a los ciudadanos americanos, al juzgamiento de los Tribunales de los Estados Unidos.⁴ Pero el art. 258 bis del Código Penal, puede ser entendido como el producto de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos, el 29 de marzo de 1996, y aprobada por el Estado argentino por medio de la Ley N° 24759. El art. 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción dice:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan su residencia habitual en sus territorios y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

La Ley de Ética Pública N° 25188, sancionada por el Congreso de la Nación argentina, el 29 de septiembre de 1999, en su art. 36 incorpora el art. 258 bis al Código Penal en los siguientes términos:

Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial.

la Empresa “Lockheed” en el Japón, lo que derivó en la renuncia y luego investigación criminal del Primer Ministro del Japón”, Pinto, R. M. (2002). “El Soborno Transnacional en la Ley de los Estados Unidos (“Foreing Corrupt Practices Act”) y el Código Penal Argentino”. En *Revista de Derecho Penal*, N° 2, p.598.

⁴ Cf. Buompadre, J. E. (2001). *Delitos contra la Administración Pública*. Avellaneda, MAVE, p.230.

El texto originario, fue sustituido por el art. 1 de la Ley N° 25825, sancionada el 19 de noviembre de 2003, quedando redactado en los siguientes términos:

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

La reforma amplió la penalización también a aquellos casos en los que el destinatario del ofrecimiento indebido sea un funcionario de un organismo público internacional, incluyó la hipótesis de que el beneficiario sea un tercero, incorporó el tráfico de influencias internacional y agregó las transacciones de naturaleza financiera. La redacción actual del texto de la ley, se corresponde con la pretensión del Estado argentino de adecuar la disposición penal a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, suscripta en París el 17 de diciembre de 1997, y aprobada por medio de la Ley N° 25319, sancionada el 7 de septiembre de 2000. El art. 1.1. de la Convención dispone:

Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su legislación el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario u otro favor, ya sea directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, o para un tercero, con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales.

La Convención delinea un sistema de control y seguimiento, en el que los Estados partes cooperarían para promover su plena aplicación. El informe producido por grupos de trabajo de la Organización para la Cooperación Económi-

ca y el Desarrollo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, se refiere a distintos aspectos atinentes a la aplicación de la figura penal, pero no todos fueron tomados en consideración al momento de formularse la reforma legislativa, concluyendo, el informe, que la versión originaria del art. 258 bis no contemplaba ciertos elementos del delito de cohecho de funcionario público extranjero y que no cumplía de manera completa la Convención, determinando, a su vez, las modificaciones introducidas.⁵

Bien jurídico tutelado y función del Derecho Penal

En el Título XI del Código Penal argentino, se agrupa un variado conjunto de figuras penales que no siempre están caracterizadas por la circunstancia de que el autor deba tener la calidad de funcionario público. Sin embargo, por principio, se puede sostener, que en todos los casos el comportamiento del funcionario o del particular afecta o menoscaba la imagen de la Administración, noción que no se refiere exclusivamente a la actividad que se realiza en el ámbito del Poder Ejecutivo, por el contrario, su sentido es más amplio y abarca a las distintas funciones que cumple el Estado a través de los diferentes Poderes que lo forman.⁶ Cabe considerar que, desde el momento que el art. 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción en su segundo párrafo expresa: “Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos

⁵ Cf. Morosi, G. E. H. (2005). “El Soborno transnacional según la reforma de la Ley 25825”. En *Reformas al Código Penal*. Montevideo-Buenos Aires, IBdeF, p.128 y ss. El informe también señaló: “a) La falta de definición autónoma de la figura de funcionario público extranjero, (...) d) la circunstancia de que el sistema penal argentino no contemplara la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de cohecho; e) la falta de una agravante seria para el soborno transnacional; f) el hecho de que la Argentina no estableciera la jurisdicción sobre sus nacionales que cometieran este delito en el extranjero, salvo que se trate de oficiales públicos argentinos”. *Ibid.*, p. 130, nota 8. Además, la República Argentina aprobó por Ley N° 26097, sancionada el 10 de mayo de 2006, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución nro. 58/4, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003.

⁶ Cf. Soler, S. (1956). *Derecho Penal Argentino*, tercera reimpresión. T.5. Buenos Aires, TEA, p. 99 y ss.; Núñez, R. C. (1999). *Manual de Derecho Penal, PE*, (2ª edic.) actualizada por Víctor F. Reinaldi, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, p.415; Creus, C. /Buompadre, J. E. (2007). *Derecho Penal, PE*. T. 2 (7ª edic.) Buenos Aires, Astrea, p. 227.

de esta Convención”, la ubicación sistemática que le corresponde a este delito en el Código Penal argentino, es en el Título XI de los Delitos contra la Administración Pública, el cual, a su vez, lesionaría a su recto funcionamiento.⁷

Pero esta idea no resulta transferible sencillamente al delito de soborno transnacional, debido a que si bien presenta una estructura análoga al delito de cohecho activo (art. 258 C.P), no media en este caso una interferencia en la órbita de la Administración Pública del Estado argentino, a partir de que quien es destinatario de lo que se ofrece u otorga es un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional. Sistemáticamente tampoco se encuentra un paralelismo equivalente con los delitos de cohecho y tráfico de influencia, los cuales se distinguen en su forma activa y pasiva (arts. 256; 258 y 256 bis C.P), en tanto, la conducta del funcionario público extranjero o de un organismo público internacional no es objeto de incriminación. Resulta por lo tanto cuestionable la ubicación que tiene esta figura en el Código Penal argentino. De la revisión de la doctrina surge, que el bien jurídico protegido es la imparcialidad del funcionario público extranjero o de un organismo público internacional, penalizando actos de los particulares que lo corrompen o tiendan a corromperlo, considerándose, también, que además se lesiona la transparencia de las transacciones en materia económica, financiera o comercial, con lo cual se trataría de un delito pluriofensivo.⁸ Media por lo tanto una diferencia con el objeto de tutela jurídico penal del delito de cohecho y tráfico de influencias activo, debido a que, en este caso, no se estaría infringiendo el deber de respetar la regularidad en el desarrollo de las funciones públicas y el prestigio social que en todo momento debe ostentar el Estado argentino.

La idea de que por medio del soborno transnacional se tutela la imparcialidad del funcionario público extranjero o de un organismo público internacional, a través de la penalización de los actos de los particulares que tienden a corromperlos, conlleva la noción de la tutela a la incolumidad de la imagen de la

⁷ El Anteproyecto de Código Penal de la Nación, elaborado por la Comisión creada por Decreto 678/12 del Poder Ejecutivo y presidida por Eugenio R. Zaffaroni, mantiene esta figura en el Título correspondiente a los Delitos contra la Administración Pública, pero con la denominación de cohecho internacional (art.264).

⁸ Cf. Donna, E. A. (2000) *Derecho Penal*, PE. T. 3. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p.248; Pinto, Ricardo M., op.cit., p.617; Dalessio, A. J. (Dir.), Divito, M. A. (Coord.) (2000). *Código Penal de la Nación* (2ª edic.) T. II. Buenos Aires, la Ley, p. 1288; Morosi, G. E. H., op.cit., p.131; Levene, R. (h).(2004). “El cohecho de funcionario público extranjero a propósito de la reforma del art. 258 bis (Ley N° 25825) del Código Penal”. En *La Ley*, A, p. 1471.

Administración pública de un Estado extranjero o de un organismo público internacional, lo cual resulta cuestionable, en tanto, es dudoso que un Estado —en este caso el Estado Argentino— resulte competente para tutelar jurídicamente el adecuado funcionamiento de la Administración de otro Estado o de los organismos públicos internacionales.⁹ Habría que pensar por lo tanto, en todo caso, como lo sostiene parte de la doctrina,¹⁰ en la protección de un bien jurídico vinculado a los intereses de la comunidad internacional. Esta idea se refleja en la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual en su Preámbulo manifiesta el reconocimiento de que esta tiene en algunos casos trascendencia internacional, lo que exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente, y en la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, la cual, también en su Preámbulo, considera que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, que socaba el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales. El objeto tutelado jurídicamente, entiendo se encuentra en la necesidad de garantizar la transparencia o lealtad de las reglas del comercio y del sistema económico y financiero internacional. En este sentido, dice Morosi: “el hecho de erradicar la corrupción era considerado un paso ineludible para garantizar la competencia leal, establecer reglas de juego limpias y parejas para todos, es decir, la existencia de seguridad jurídica en las transacciones internacionales”.¹¹ A estos fines se desarrolla una figura penal que adelanta la punibilidad al ofrecimiento del dinero, del objeto de valor pecuniario o de la compensación, con independencia de su aceptación por parte del funcionario público extranjero o del organismo público internacional. En este sentido resulta equivalente la tentativa del soborno (ofrecer) con su consumación (aceptar). Revela la ley penal una nueva forma de protección, en tanto, el

⁹ Cf. Manfroni, C. “El delito de soborno transnacional”. En *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*. Disponible en [http://www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/16/a16_09.pdf] p. 2; Regis Prado, L. (2009). “Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme al Código Penal Brasileño”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época n° 1, p. 18.

¹⁰ Cf. Manfroni, C., op.cit., p. 2; Regis Prado, L., op. cit., p. 18.

¹¹ Op.cit., p. 127. En igual sentido, Eduardo F. Caparrós (2003), se refiere a la naturaleza esencialmente socioeconómica de la figura, que persigue tutelar la posición de los competidores, frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional. *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 80 y s.

Estado argentino, ejerce su jurisdicción para tutelar un bien jurídico vinculado a la comunidad internacional, incluso con independencia de que el hecho sea cometido por un ciudadano argentino o que la persona tenga residencia habitual en el país, apartándose de esta forma de los lineamientos establecidos por el art. 8 de la Convención Internacional Contra la Corrupción, por el cual los Estados se comprometen a sancionar las conductas de sus nacionales, personas que tengan su residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él.

Pero también se desarrolla una protección de las normas de las Convenciones Internacionales,¹² que son expresivas de los intereses de los distintos Estados y de la necesidad de desarrollar y afianzar medios destinados a garantizar la concreción de sus principios, y que tienen en consideración la tutela de bienes jurídicos que no son aquellos que interesan exclusivamente al orden interno de cada uno de los Estados.

La tutela penal de bienes jurídicos vinculados a intereses de la comunidad internacional, determina la necesidad de desarrollar acciones de coordinación entre los distintos Estados, a los fines de lograr uniformidad en la descripción de la conducta prohibida y en la pena aplicable, a los efectos de garantizar la función del derecho penal. La eficacia preventiva de la penalización de estos delitos, puede encontrarse afectada cuando los Estados no incriminan las mismas conductas o difiere la gravedad de la sanción. Si se compara el art. 258 bis del Código Penal argentino, con la penalización del soborno transnacional en el art. 433 del Código Penal colombiano, se encuentran diferencias en el precepto y en la gravedad de la pena. A diferencia de la ley penal argentina, la ley penal colombiana incrimina expresamente que, el dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad, se dé u ofrezca a cambio de que el servidor público extranjero también *retarde* cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, conminando el delito con pena de prisión de nueve a quince años y multa de cien a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que el Código Penal argentino prevé pena de reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública. A su vez, la legislación colombiana, establece como circunstancia agravante que la conducta sea cometida por un servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado, en cuyo caso la pena será aumentada de una sexta parte a la mitad. Se aprecia en este caso que en Colombia se

¹² Cf. Bacigalupo, E. (Dir.) (2004). "Hacia un Derecho penal económico de la Unión Europea". En *Derecho penal económico*. Buenos Aires, Hammurabi, p. 503 y s.

incrimina expresamente la conducta tendente a que el servidor público retarde el acto, a diferencia del art. 258 bis que se refiere sólo a realizar u omitir, sancionándose el delito con pena privativa de libertad marcadamente más grave, sin perjuicio del incremento de la pena para el caso que medie la circunstancia agravante. El Código Penal de Brasil, también criminaliza en el delito de cohecho activo en las transacciones comerciales internacionales (art. 337-E), si la acción tiene por finalidad que el funcionario retrase el acto, pero dispone para este delito la pena de uno a ocho años de reclusión. La pena del corruptor se incrementa en un tercio, en caso que el funcionario público extranjero efectivamente retrase u omita el acto de su cargo o lo realice infringiendo un deber que lo afecta como funcionario público. El tráfico de influencia internacional (art. 337-C), se conmina con pena de dos a cinco años de reclusión, además de la pena pecuniaria, incrementándose la pena en la mitad si se alega o insinúa que la ventaja está también destinada al funcionario público extranjero. En Venezuela, por Decreto N° 1410, de fecha 13 de noviembre de 2014,¹³ se incorporó, a través del art. 7, el art. 85 a la Ley Contra la Corrupción, publicada el 7 de abril de 2003, criminalizando el soborno transnacional, con pena de prisión de seis a doce años. En este caso, el texto se refiere a quien por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca u otorgue a un funcionario público de otro Estado, por parte de sus nacionales, persona que tengan su residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, el objeto de valor pecuniario u otros beneficios, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica, comercial o de cualquier otra índole. El Decreto venezolano, no penaliza el tráfico de influencia internacional.

Esta disparidad afecta la eficacia preventiva de la pena, a partir de la posibilidad que tiene el sujeto de optar para la comisión del hecho por un Estado en el cual determinados actos no se encuentran incriminados o lo están con una pena de menor gravedad. El carácter disuasorio de la pena se debilita si, la acción que criminaliza un Estado, no está sancionada también por otro o, cuando la conducta se encuentra incriminada con menor severidad en un territorio.¹⁴

¹³ El art. 1 dispone que el Decreto tiene rango, valor y fuerza de ley.

¹⁴ Bacigalupo, refiriéndose a la protección de los intereses de la Unión Europea expresa "Al cabo de todos los estudios y seminarios realizados parece haber quedado claro que el principio de asimilación (...) Sobre todo es inadecuado para lograr un sistema de sanciones eficaces dentro del territorio comunitario, pues en la lógica de la prevención penal, una sanción

El surgimiento de un orden comercial, económico y financiero caracterizado por la globalización, origina problemas jurídicos distintos, que demandan soluciones acordes a la pretensión de tutelar bienes jurídicos de la comunidad internacional. La incriminación por parte de los Estados del soborno transnacional, no resulta suficiente para garantizar adecuadamente la función preventiva del derecho penal, si no se la formula sobre reglas uniformes.

El tipo objetivo

Sujeto activo

Tanto el soborno transnacional como el tráfico de influencias internacional, constituye un delito común a partir que no exige ninguna calidad especial en el autor, razón por la cual puede ser cometido por cualquier persona, sin que medie una circunstancia agravante para el caso que lo cometa un funcionario público. Tampoco se trata de una figura penal de codelinuencia necesaria, debido a que el destinatario de lo que se ofrece u otorga, esto es, el funcionario público extranjero o de una organización pública internacional, no es punible. No presentan por lo tanto problemas particulares en cuestiones vinculadas a la participación criminal.¹⁵

sólo es eficaz si el autor del delito no puede elegir un territorio en el que su delito, en el caso de ser descubierto, sea sancionado con una pena menos grave que en otros”, op.cit., p.507. (Se entiende por principio de asimilación, la estrategia basada para la protección de la norma comunitaria, previendo que su infracción se sancione con las penas previstas en el ordenamiento penal nacional, lo que determina habitualmente disparidad de sanciones).

¹⁵ La observación que se le realiza la sistema penal argentino de no contemplar la responsabilidad de las personas jurídicas tiene sentido, en tanto se trata de un delito que difícilmente no sea cometido en nombre de una persona de existencia ideal. *Supra*, nota 5. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino, González, R. L. (2003). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Corrientes, MAVE.

Acciones prohibidas

El tipo objetivo describe dos acciones que son equivalentes a los fines de la punibilidad, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dadas, favores, promesas o ventajas. El destinatario de lo que se ofrece u otorga debe ser un funcionario público extranjero de otro Estado o de una organización pública internacional, como son, por ejemplo, los miembros de la FAO, OEA, ONU, OIT, FMI, OMS, ya sea en beneficio del sujeto activo o de un tercero. Las Organizaciones Públicas Internacionales, se encuentran establecidas por tratados, cuentan con una constitución y organismos comunes y personalidad legal distinta a las de sus miembros.¹⁶

La acción de ofrecer puede ser entendida tanto como la de prometer¹⁷ o poner algo a disposición de otro,¹⁸ mientras que la de otorgar, como la de conceder algo que es deseado o pedido.¹⁹ No se indica la acción de dar, que denota la idea de entrega. Pero no debería esto llevar pensar en la exclusión de esta conducta como prohibida, en tanto queda incluida en la noción de lo que es concedido o puesto a disposición de otro. Dado el sentido que se le atribuye a la acción de quien otorga, se puede sostener que el hecho puede originarse a partir de la solicitud del funcionario público extranjero o de la organización pública internacional, pero la punibilidad de la conducta depende de que se realice el otorgamiento. Se trata de un delito de pura actividad, por cuanto, aun cuando lo que se otorgue ingrese al ámbito de disposición del destinatario, no resulta necesario ningún resultado posterior.²⁰ El supuesto de quien realiza el ofrecimiento a un destinatario que no acepta, tiene la estructura de una tentativa de soborno, a partir de que la consumación depende de que el sobornado acepte. Pero la aceptación del soborno, no determina un incremento de la pena. Esto resulta particularmente relevante en el derecho penal argentino, debido a que se está equiparando la tentativa con la consumación, no obstante que, por regla, el delito tentado tiene una escala penal atenuada en relación al consumado.

¹⁶ Regis Prado, L., op.cit., p.167.

¹⁷ Cf. Soler, S., op.cit., p.185; Núñez, R. C., op.cit., p. 443.

¹⁸ Donna, E. A. op.cit, p. 248; DAlessio, A. J. (Dir.), Divito, M. A. (Coor.), op. cit., p. 1288.

¹⁹ Donna, E. A., op.cit, p. 249.

²⁰ Otra opinión, Buompadre, op.cit., p.233, para quien en este caso se trata de un delito de lesión.

Aquí claramente el legislador define la autonomía de la conducta del sobornante con relación a la acción del sobornado. Pero si se acepta la hipótesis de que el hecho puede originarse en la solicitud de quien realiza el pedido, esto no transforma a la figura en un delito de codelincuencia necesaria, desde el momento de que sólo seguirá siendo punible quien otorga lo pedido. En este caso también se desprende la punibilidad del sujeto activo, del requerimiento que reciba. Podrá o no otorgarse lo pedido, pero en todo caso, la conducta del funcionario público extranjero o de una organización internacional, no es punible, lo cual puede entenderse como demostrativo de que se trata de un delito que pretende tutelar el cumplimiento de las reglas del sistema económico y financiero, y no una cuestión referente al ejercicio de la función pública.

La conducta se ejecuta directamente, cuando la formulación es explícita e, indirectamente, si es implícita.²¹ La promesa es implícita si se la expresa de modo tal que es sobreentendida, es decir, cuando se hace ver que se espera la realización de la conducta del funcionario a cambio del ofrecimiento que se realiza.²² En opinión del Profesor Donna²³ la promesa indirecta, exige solamente la manifestación, pero no la individualización en funcionario alguno. Considero que esto no es acertado porque implícito no es equivalente a indeterminado. La promesa puede ser implícita, es decir, a través de actos sobreentendidos, pero debe estar dirigida a uno o un conjunto de funcionarios determinados.²⁴

El Código Penal argentino no define qué debe entenderse por funcionario público extranjero o de una organización pública internacional.²⁵ Si el propósito de la modificación al texto originario del art. 258 bis fue adecuar la figura penal a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos

²¹ Otra opinión: “La entrega o promesa pueden efectuarse directa o indirectamente, según se realicen o no por medio de una persona interpuesta”. Dalessio, A. J. (Dir.), Divito, M. A. (Coord.), op.cit., p. 1286.

²² Cf. Sassón, I. (2009). “El delito de Cohecho Pasivo de Funcionario Público”, en: *Revista Regional Nordeste-Argentina de la APDP*, N° 02, p., 114.

²³ Op.cit., p. 219.

²⁴ Para Carlos Creus (1992) es implícita la promesa que: “si estar dirigida a un determinado funcionario se formula indistintamente a cualquier funcionario que adopte una determinada actitud funcional”. *Derecho penal Pe.* T. 2 (3ª edic.) Astrea, Buenos Aires, p. 282.

²⁵ Estas personas no son el sujeto pasivo del delito, como opina Morosi, G. E. H., op.cit., p. 131, sino los destinatarios de lo que se ofrece u otorga. Acertadamente Regis Prado, L. “Sujeto

Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, debe estarse a la definición dada por la Convención en el art. 1.4.a, que dice:

A los fines de la presente Convención: “funcionario público extranjero” se refiere a cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o electo; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Esta definición es más amplia que la del art. 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que no incluye al funcionario o agente de una organización pública internacional y que dice:

Para los fines de la presente Convención, se entiende por: “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Contenido de lo que se ofrece u otorga

Si se compara el delito de soborno transnacional con el delito de cohecho activo de funcionario público, se advierte, que a diferencia de este último, el texto de la ley no sólo se refiere a la dádiva, la cual se presenta como un ejemplo de compensación, sino que a su vez agrega: “sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas”. Se desarrolla una formula prácticamente idéntica a la prevista en el art. 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual, a diferencia del art. 258 bis dice: *otros beneficios*. El término beneficio también lo utiliza el art. 1.1. de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. El carácter ejemplificativo que tienen las distintas for-

pasivo es la persona física o jurídica, pública o privada, que se ve perjudicada por la transacción mercantil concluida sin el debido respeto a la transparencia y a la buena fe que deben imperar en las relaciones comerciales”, op.cit., p. 164.

mas de compensación, aun cuando puede considerarse una manifestación de apertura típica, no constituye una lesión al principio de legalidad penal (art. 18 C.N), en su formulación de *lex certa*, si se interpreta en el sentido de que por su intermedio se expresa que la compensación ofrecida u otorgada debe ser asimilable a las distintas formas descriptas.²⁶

Por dinero se entiende la moneda de curso legal nacional o extranjera, la cual no deja de ser un objeto de valor pecuniario, noción esta última que también alcanza a los vehículos, joyas, valores y títulos de deuda.²⁷

Si bien respecto de la compensación, la dádiva debe ser entendida como una de sus formas, esto no significa que el texto legal no sea ambiguo con relación a determinar si la compensación, y en este sentido, la dádiva, debe necesariamente tener valor pecuniario o económico. Aquí también, puede interpretarse como lo hacía Soler²⁸ con relación al delito de cohecho de funcionario público, y entenderse que la dádiva debe consistir en algo dotado de valor económico, sea directamente dinero o cosas de valor, sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto, en cuyo caso, la ley penal argentina, resulta más restrictiva, debido a que, por esta razón, quedan excluido del delito todo lo que constituya una satisfacción estética, sentimental, sensual, puramente honorífica o una complacencia de vanidad. Distinta es la conclusión de quienes consideran que la dádiva no necesariamente debe tener contenido económico, debido a que, si bien la avidez del dinero es el motivo habitual de los actos de corrupción, también puede cometerse para gozar de cualquier otra finalidad ilegítima como son los favores sexuales. Por lo tanto, por dádiva, u otras compensaciones debe entenderse gratificación de cualquier clase o naturaleza. Esta es la opinión de Gonzalo Rúa, para quien:

El objeto del acuerdo resulta ser mucho más abarcativo en su descripción que el tipo penal activo de cohecho y tráfico de influencias, más, como se verá, conforme a la interpretación legal formulada del término "dadiva" que realizamos en este capítulo, el objeto del convenio no genera variaciones en la interpretación de una u otra

²⁶ Cf. Zaffaroni, E. R. (1981) *Tratado de Derecho Penal*, PG T. 3. Buenos Aires, Ediar, p. 183 y s.

²⁷ Buompadre, J.E, op.cit., p. 232.

²⁸ Op.cit., p. 182. Participan de esta posición: Creus, C. (1981) *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires, Astrea, p. 256; Núñez, R. C. (1975). *Derecho Penal Argentino PE*. T. 6. Buenos Aires, Lerner, p.100.

*figura. En definitiva debe entenderse que se trata de una ejemplificación meramente enunciativa del contenido del término “dádiva” en el que quedan incluidos no sólo los elementos de valor económico, sino también todo favor, compensación o promesa de cualquier tipo, que puedan resultar idóneo para torcer el ánimo del funcionario público, sea o no ilícita la conducta de aquél;*²⁹

y de Rimondi, que dice: “la enumeración de los diversos contenidos que puede tener la acción del sujeto activo conforme al art. 258 bis, dado su indiscutible contenido económico, se condice con el más amplio concepto de dádiva empleado por el art. 258”.³⁰

A partir de la forma en la que se encuentra enunciado el texto del art. 258 bis, considero que la compensación debe estar dotada de contenido económico. Al decir que se debe ofrecer u otorgar *sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones*, sin aclarar, que las distintas formas de compensación pueden ser de cualquier naturaleza, pareciese reafirmarse la idea de que también la compensación debe tener naturaleza económica, del mismo modo que el dinero o los objetos de valor pecuniario. El contenido de lo que se ofrece u otorga debe ser dinero, objeto de valor pecuniario o compensaciones de contenido económico, que es la principal característica que tiene el dinero. De todos modos quizás sea esta una discusión un tanto bizantina, desde el momento que difícilmente en estos hechos no se ofrezca u otorgue objetos de naturaleza económica. No exige el art. 258 bis que el contenido de lo que se ofrece u otorga guarde proporción con la conducta que se espera del funcionario.

Acto relacionado con el ejercicio de la función pública e influencia derivada del cargo

El contenido de lo que se ofrece u otorga puede estar destinado a que el “funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas” o “para que haga valer la influencia derivada de su

²⁹ En *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Baigún, D. /Zaffaroni, Eu. R. (Dir.), Terreagni, Marco A. (Coord.) (2011). T.10. Hammurabi, p. 600.

³⁰ “El soborno transnacional”. En *La ley*, 2002-F, p. 1200.

cargo”, en ambos casos, “en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”.

A diferencia del cohecho activo de funcionario público, el art. 258 bis sólo se refiere a las conductas del funcionario tendentes a que realice u omita realizar un acto, sin mencionar el caso de retardo. En opinión de Rúa,

de una interpretación sistemática del Código Penal, deberá entenderse que la demora con relevancia de un acto implica la omisión del acto funcional a su debido tiempo por lo que, de tratarse de un acto que deba realizarse en un plazo determinado, su retardo quedará incluido dentro del concepto más amplio de omisión.³¹

Difiere de esta opinión Regis Prado, quien distingue entre la omisión y el retaso del acto en los siguientes términos:

Al retrasar la práctica del acto en su cargo, el funcionario público posterga, retarda o pospone su ejecución, de esta manera el delito de cohecho contempla como modalidad típica que el funcionario no realce el acto inherente a su función en el plazo legalmente establecido o deje transcurrir el plazo legalmente relevante para su práctica. Cabe observar que, al omitir, el funcionario permanece inactivo, con el propósito manifiesto de no realizar el acto mientras que al retrasar su intención es, simplemente, prolongar en el tiempo la realización del acto.³²

Dudoso es considerar que también este supuesto se encuentra incluido en estos delitos, sin realizar una interpretación analógica *in malam partem*, contraria al principio de legalidad penal (art. 18 C.), en su formulación de *lex stricta*, si se tiene en cuenta que el tipo objetivo del art. 258 refiere expresamente al caso del funcionario que retarda algo relativo a sus funciones. En la forma en la que se encuentra redactado el texto, no queda incluido el pago realizado por una conducta ya cumplida por el funcionario, debe tratarse de actos futuros.³³

³¹ Op. cit., p. 601.

³² Op. cit., p. 168. Su análisis está referido al Código Penal de Brasil, pero conceptualmente es aplicable al Código Penal argentino.

³³ Con relación al delito de cohecho activo de funcionario público, que presenta analogías con el soborno transnacional, para Soler bastaba que el acto sea futuro en la mente del cohechante, si el acto ya se había cumplido, ese error de hecho no favorece al corruptor. Op.cit., p.186.

El ofrecimiento debe estar destinado a la realización u omisión de un acto o de un conjunto de actos determinados o determinables, es decir, como ocurre con relación al delito de cohecho de funcionario público, no resulta suficiente que se pretenda comprar el favor general del funcionario. Es indiferente que se trate de un acto de decisión o de mero trámite, desde el momento que el tipo no distingue su naturaleza o importancia, o que resulte o no con arreglo a su deber, pero debe tratarse de un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, es decir, que medie una relación funcional entre el acto y el funcionario.³⁴

Lo que se ofrece u otorga al funcionario, puede perseguir la pretensión de que este haga valer la influencia derivada de su cargo, es decir, “ejercer predominio o fuerza moral sobre otra persona, en razón del cargo que se detenta”.³⁵ Se limita la aplicación de la figura, cuando se restringe al caso que la influencia derive del cargo del funcionario a quien se realiza la oferta indebida, en tanto, no basta la simple superioridad o posición dominante que este puede tener con relación a la persona a quien influye.³⁶ Pero en atención a la interpretación que realiza el art. 1. 4. c de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, no debe tratarse de un acto vinculado exclusivamente a la competencia del funcionario, a partir de que: “la expresión ‘actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales’ se refiere al uso del cargo del funcionario público, tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese funcionario”. No basta simplemente pretender que se haga valer una influencia, sino, una influencia derivada del cargo del funcionario que se corrompe, circunstancia observada por la doctrina en tanto, se puede considerar que el fundamento de la incriminación, se encuentra en la medida que el que el destinatario del ofrecimiento indebido por cualquier circunstancia genere una posición de dominio respecto de quien debe realizar el acto pactado.³⁷ A los fines de la constitución de este delito, no sólo resulta indiferente que el funcionario acepte o reciba la oferta propuesta, sino que cumpla con el acuerdo pactado.

³⁴ Cf. Sassón, I., *op.cit.*, p. 115. Otra opinión, Rúa, Gonzalo, para quien debe tratarse de un acto que esté dentro de sus funciones, *op.cit.*, p. 601.

³⁵ Dalessio, A. J. (Dir.), Divito, M. A. (Coord.), *op.cit.*, p. 1289. También, Rúa, Gonzalo, *op.cit.*, p.601.

³⁶ *Ibid.*, p.601

³⁷ *Ibid.*, p.601.

La oferta propuesta para que el funcionario realice u omite realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas o para que haga valer la influencia deriva de su cargo, debe referirse a un “asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”, es decir, atientes a la hacienda pública, bursátil, bancaria o mercantil. Quedan excluidas todas las cuestiones que no presenten esta naturaleza, como podría ser una resolución judicial de estricto contenido punitivo. Dice Regis Prado:

Si no fuera así, se llegaría al absurdo de que un Estado tendría que incriminar a cualquiera de sus nacionales que ofreciera ventaja indebida a un funcionario policial de otro país con el fin de evitar la aplicación de una simple multa de tráfico.³⁸

Pero observa también la doctrina que el delito se circunscriba sólo a cuestiones de naturaleza económica, financiera o comercial, esta es la opinión de Rimondi:

Nuestro país, al ratificar la Convención ha reconocido expresamente que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia”, sin realizar distinción alguna respecto del contenido de los espurios acuerdos. De tal modo debe afirmarse que cualquier acto de corrupción – vinculado o no a una transacción de naturaleza económica o comercial– atenta contra el ideal de justicia, contrariando por ende los fines constitutivos del estado argentino. Así las cosas, una limitación al respecto, –como la contenida en el actual art. 258 bis– no sólo es injustificada, sino que es contraria a nuestra Carta Magna.³⁹

Aun cuando pueda ser cuestionable que desde el punto de vista político criminal no se incluyan asuntos que no tengan naturaleza económica, comercial o financiera, discutible es que por esta razón la disposición sea contraria al texto constitucional.

³⁸ Op.cit., p.169.

³⁹ Op.cit., p.1200. Se refiere a la Convención Interamericana contra la Corrupción.

El tipo subjetivo. Consumación

El delito es doloso, con elementos subjetivos de tendencia interna trascendente, en su forma de delitos mutilados de varios actos. Lo que se ofrece u otorga al funcionario debe tener: el propósito de que este realice u omita un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo. Si bien el art. 258 bis, dice: “a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar”, en lugar de utilizar la expresión para, como lo hace en el tráfico de influencia internacional, a partir de la analogía que este delito presenta con el cohecho activo de funcionario público, parece ser la forma adecuada de interpretación. Especialmente si está a la opinión de que el delito se consuma con la acción de ofrecer u otorgar, sin que sea necesario aceptar la oferta o que se ejecute u omita el acto al que se compromete el funcionario. En su aspecto subjetivo no tiene exigencias de dolo directo.⁴⁰

Tentativa

Por ser en ambos caso delitos de pura actividad, media opinión en la doctrina en el sentido que no es admisible la tentativa.⁴¹ Discutible es esta afirmación, si se piensa por ejemplo en el supuesto de quien a partir de una representación equivocada, ofrece por error una suma de dinero a quien no es funcionario público de otro Estado, u otorga un beneficio a un funcionario que ya realizó el acto, pero que el sujeto activo desconoce y pretende.

⁴⁰ Nótese que el art. 1.1. de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, se refiere a que la “persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda”. Sólo se los puede cometer con dolo directo para: Dalessio, A. J. (Dir.), Divito, M. A. (Coord.), op. cit., p.1289. Rúa, Gonzalo, op.cit., p.600; Buompadre, op.cit., p.233.

⁴¹ Dalessio, A. J. (Dir.), Divito, M. A. (Coord.), op.cit., p. 1289.; Buompadre, op.cit., p. 233. Otra opinión: Rúa, Gonzalo, op.cit. p.602.