



El problema de las exigencias ilegales de los funcionarios públicos a título propio en el derecho penal argentino

¿Se encuentra debidamente tipificado el delito de concusión en nuestra actual legislación penal?

Trabajo Final de Graduación

Universidad Empresarial Siglo veintiuno

Carrera: Abogacía

Autor: Oxandaburu Luis Roberto

Año: 2016

RESUMEN

El presente trabajo procura determinar si el delito de concusión se encuentra debidamente legislado en el código penal argentino. Ello en razón de que no se lo advierte prima facie definido de manera expresa.

A ese fin, resulta preciso analizar los diferentes tipos dentro de los cuales la doctrina pretende encuadrarlo para comprobar si se encuentra taxativamente definido.

Las consecuencias de una indebida tipificación, son perniciosas debido a la gravedad institucional que presenta este delito. A ello se suma, la posible afectación de fundamentales garantías constitucionales en materia penal.

Palabras clave: Concusión, abuso del cargo, miedo al poder público, dádivas.

ABSTRACT

This paper seeks to determine whether the crime of concussion is duly legislated in the Argentine penal code. This on the grounds that it is not prima facie warns explicitly defined.

To that end, it is necessary to analyze the different types within which the doctrine seeks to fit it to check if you are exhaustively defined.

The consequences of improper classification, are harmful due to the institutional gravity that presents this crime. To this is added, the possible involvement of fundamental constitutional rights in criminal matters.

Keywords: concussion, abuse of office, fear of public power, gifts.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
ENFOQUE METODOLÓGICO	7
OBJETIVOS	8
CAPÍTULO I GENERALIDADES.....	9
1. Conceptos generales.....	9
1.1 Etimología.....	9
1.2 Concepto y clases de concusión.....	10
1.3 Elementos comunes y diferencias entre los delitos de exacciones ilegales y concusión	11
1.4 Recepción en derecho comparado	12
1.5 Doctrina Nacional.....	13
2. Antecedentes	14
2.1 Origen histórico breve reseña.....	14
2.2 Antecedentes Nacionales relevantes.....	15
2.2.1 Proyecto Tejedor	15
2.2.2 Código de 1921	16
2.2.3 Proyecto Peco de 1941	17
2.2.4 Proyecto Soler de 1960.....	19
2.2.5 Ley 25188. Ley de ética en el ejercicio de la función Pública	20
2.2.6 Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. PEN 678/12)	20
CONCLUSIONES PARCIALES.....	21
CAPÍTULO II ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 266 Y 268 DEL CÓDIGO PENAL	23
1. Figura básica: el Artículo 266	23
1.1 Definición legal	23
1.2 Bien jurídico protegido	23
1.3 El abuso de autoridad	25
1.4 Particularidad del medio comisivo intimidatorio: Metus publicae potestatis... 26	26
1.5 Acciones típicas: Solicitud. Dificultades que su incorporación presenta	28
1.6 El elemento normativo: indebidamente.....	30
1.7 Objeto: La problemática en relación a las dádivas	30
2. Exacciones agravadas por el destino de lo recibido o concusión por conversión. ...	32

2.1 Definición legal	32
2.2 Consumación: la conversión	33
CONCLUSIONES PARCIALES.....	35
CAPÍTULO III DESLINDE DE FIGURAS	39
1. Diferencia con el cohecho pasivo	39
1.1 Definición legal	40
1.2 Similitudes y diferencias entre el delito de concusión, y el delito de cohecho pasivo	40
1.3 Una situación de difícil resolución	40
1.4 Pautas diferenciadoras: Acuerdo por temor. Perjuicio. Justicia del acto	41
1.5 Calificación que corresponde cuando el funcionario inicia las tratativas.	43
2. Diferencia con la extorsión	44
2.1 Definición legal de extorsión	45
2.2 Diferencias entre la extorsión y la concusión	45
3. Fallos	48
CONCLUSIONES PARCIALES.....	52
CAPÍTULO IV DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y DEL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL.....	54
1. La desproporción de las penas en relación al cohecho y la extorsión	54
1.1 Consecuencias.....	55
2. Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. PEN 678/12).	56
2.1 Definición legal	56
2.2 Análisis de la regulación de la concusión en el anteproyecto.....	57
CONCLUSIONES PARCIALES.....	59
CONCLUSIONES FINALES	61
LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA	65

INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo tiene por fin, intentar dar respuesta al interrogante que se presenta en relación a si el delito de concusión se encuentra debidamente legislado en el actual código penal argentino. Entendiendo tal delito como la solicitud o exigencia que realiza el funcionario público, ilegítimamente -abusando de su autoridad- de una prestación que le genere una utilidad o beneficio particular (Ramos Mejía, 1963).

Este interrogante surge a partir de la discrepancia que se advierte, tanto en doctrina como en jurisprudencia, a la hora de encuadrar penalmente la conducta delictiva conocida con este nombre.

De manera muy general se puede decir, que conforme a un criterio, el delito de concusión se encuentra tipificado en un mismo artículo junto con el delito de exacciones ilegales en el artículo 266¹ del código penal - cuando el objeto del delito se refiere a las dádivas-(Ramos Mejía, 1963).

Otro criterio, en cambio, sostiene que este delito está definido en el artículo 268² del código penal que agrava la figura básica del artículo 266 (Soler, 1992).

Por último, están quienes entienden que la conducta objeto de investigación es atípica por no estar regulada como delictiva la solicitud o exigencia ilegítima que realiza el funcionario público para sí o para beneficiar un tercero (Creus, 1981).

Aquí no se agota la problemática, pues no faltan quienes entienden que la conducta encuadrable en este delito se encuentra regulada en delitos afines como el cohecho pasivo o la extorsión.

Estos motivos nos llevan a analizar sendos artículos, y a efectuar el deslinde respecto de las figuras afines. Todo ello, a los fines de procurar responder el objetivo central de la investigación.

Dos son las razones que justifican desentrañar este objetivo general:

¹ Artículo 266. C.P - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a 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.

² Artículo 268. - Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Por un lado, que nuestra nación ha suscripto pactos internacionales contra la corrupción. En estos pactos se define como acto de corrupción, el requerimiento ilegítimo que realizan los funcionarios públicos de algún objeto que le genere un beneficio a título propio.³

En virtud de ello, y al haber sido incorporados con carácter constitucional, se impone como obligatoria la adecuada regulación y represión del delito de concusión para no incurrir en la violación internacional de los mismos. Repárese, que una defectuosa regulación y, en virtud de la taxatividad de la ley penal, tornaría atípico este delito generando impunidad (Rua, 2005).

Por otro lado, y desde el punto de vista del presunto infractor -frente a la incertidumbre respecto a la calificación legal-, podrían verse conculcadas garantías constitucionales en materia penal –principio de legalidad, reserva, derecho de defensa, igualdad ante la ley penal- (Rua, 2005).

Pasando al modo de abordar la investigación, se proyecta desarrollar el trabajo final de graduación en tres partes:

En la primera, y cuya finalidad será servir de marco introductorio, se desarrollarán las conceptualizaciones generales necesarias para familiarizarse con lo que significa esta extraña nomenclatura. Analizaremos el concepto y etimología de la expresión “exacciones ilegales” y veremos en qué consiste esta infracción penal. Investigaremos si constituye una conducta equivalentes a la concusión; o si se trata de distintas figuras delictivas que presentan notas propias.

Por otro lado, en esta parte, se realizará una breve síntesis de los orígenes históricos de esta figura.

Posteriormente, analizaremos críticamente los distintos antecedentes nacionales. Aquí, solamente nos detendremos en los proyectos que significan un antecedente valioso por el acierto con que contemplan esta conducta. Asimismo, se examinarán las reformas que han efectuado modificaciones de importancia en la configuración de los artículos en los que, prima facie, estaría regulado el delito de concusión. Estos contenidos formaran el primer capítulo.

³ La Convención Interamericana contra la corrupción incorporada por la ley 24759 define en su artículo VI, 1a. como acto de corrupción la siguiente conducta: “El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización un omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”.

La segunda parte -núcleo del TFG- comprenderá dos capítulos:

-En el primero, (capítulo segundo) y ya planteada la controversia teórica a nivel general, nos adentraremos al análisis de los artículos 266 y 268 del código penal bajo la calificación de exacciones ilegales. Puesto que allí, es donde los autores creen encontrar la figura de la concusión.

Aquí, indagaremos que posición tienen respecto a la recepción o no de la concusión en nuestra legislación penal.

-En el capítulo tercero, se emprenderá la difícil tarea de precisar los difusos límites de la concusión, el cohecho pasivo, y la extorsión, marcando los puntos en común y las diferencias esenciales.

- Por último, en la tercera y última parte (capítulo cuarto), se efectuará:

Al comienzo, un análisis comparativo y crítico respecto a las consecuencias jurídicas previstas para estos delitos. Lo que mostrará la importancia de un correcto encuadramiento.

Al final, se analizará cual es la previsión normativa en el anteproyecto de Código Penal⁴.

Concluiremos este trabajo comunicando las conclusiones finales producto del esfuerzo de investigación.

ENFOQUE METODOLÓGICO

En este trabajo final de graduación realizamos el tipo de estudio descriptivo.

Se escogió este tipo de estudio, en razón de considerarlo el más adecuado para exponer y evaluar si el fenómeno delictivo denominado concusión se encuentra debidamente regulado en nuestra legislación penal. En particular, se consideró el de mayor aptitud para describir los inconvenientes que presenta la subsunción legal de esta conducta en nuestra legislación penal.

Se utilizó como estrategia metodológica de investigación la cualitativa, por su utilidad para recolectar los datos e interpretaciones necesarias para el análisis y evaluación del fenómeno investigado. Con dichas herramientas se procuró llevar mayor claridad al conocimiento de este fenómeno delictivo dentro de nuestra legislación penal de fondo.

⁴ Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Decreto Poder Ejecutivo Nacional 678/12).

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Analizar si el delito de concusión se encuentra debidamente tipificado en el Código Penal Argentino.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar etimológica y conceptualmente los términos exacciones ilegales y concusión.
- Evaluar si las figuras de exacciones ilegales y concusión son equivalentes.
- Analizar las características jurídicamente relevantes del delito de concusión.
- Establecer si en el capítulo nueve del título once, del segundo libro del Código Penal (artículos 266 y 268) se encuentra tipificado el delito de concusión y en su caso de que manera.
 - Distinguir concusión y extorsión.
 - Distinguir cohecho pasivo y concusión.
 - Cotejar las consecuencias jurídicas estipuladas para el cohecho pasivo, la concusión y extorsión.
- Analizar las principales posturas elaboradas por la doctrina nacional en relación a estos interrogantes.
 - Ilustrar con algunos ejemplos de fallos de tribunales provinciales y nacionales, la calificación legal que le han dado a la conducta de análisis.
 - Analizar cómo regula el delito de concusión, el Anteproyecto de Código Penal, elaborado por la comisión del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación (decreto del PEN 678/12)

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

Presentación

Comenzamos este trabajo dedicando el primer capítulo a desarrollar aquellos conceptos generales indispensables para poder comprender el delito bajo investigación.

En la primera parte de este capítulo, procuraremos evaluar a nivel teórico si los institutos de exacciones ilegales y concusión son equivalentes. A tal fin, analizaremos sus características intrínsecas, detallando sus similitudes y diferencias si las hubiere. Este punto es de importancia capital puesto que -como se verá al profundizar su estudio- la falta de claridad a nivel teórico ha obrado gran parte de los inconvenientes en la definición legal y en la aplicación práctica de estas conductas por nuestros tribunales.

Asimismo, muy sintéticamente, veremos cuál ha sido la postura legislativa en derecho comparado y cuál es la interpretación efectuada por los autores nacionales -sobre nuestra legislación penal - en relación a ambos institutos.

Por último, en la segunda parte de este capítulo, analizaremos los antecedentes históricos y los antecedentes legislativos nacionales más relevantes para contextualizar temporalmente este delito.

El desarrollo de este capítulo, permitirá obtener las herramientas conceptuales necesarias para adentrarnos luego en el análisis de nuestra legislación penal vigente.

1. Conceptos generales

1.1 Etimología.

Comenzaremos con la voz exacciones, la cual posee dos significados: “Gramaticalmente, exacción significa el hecho de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas o deudas. Se trata de algo que solo puede percibir el Estado, en cuyo nombre se actúa. También tiene la acepción de cobro injusto y violento” (Fontán Balestra, 2004, p. 222).

La primera acepción del término –vista desde una perspectiva histórica actual- hace clara alusión a la recaudación que realizan los agentes de la administración pública de las

contribuciones o derechos con los cuales se sostiene el Estado y que deben ser soportadas por los particulares.

El segundo significado posee la nota de ilegalidad con la que se efectúan estos requerimientos y, como sostiene Terragni en posición que compartimos, es el significado que toma nuestro Código penal bajo la nomenclatura exacciones ilegales (Terragni, 2003).

Se pueden apreciar presentes ya -desde su significado gramatical- las dos modalidades que presenta este delito.

Como cobro injusto, es decir, no previsto legalmente de estas contribuciones, o su cobro en exceso y, por otro, como exigencia violenta aprovechando la preeminencia y el miedo al poder público -como una coerción moral- (Nuñez, 1975).

Por otra parte, tenemos el significado etimológico del término concusión –objeto de esta investigación-:

Etimológicamente, concusión tiene su raíz en el latino concussio, el que deriva a su vez de concutere. Esta palabra debe traducirse como sacudir, haciéndose alusión con ella a la acción de sacudir el árbol para recoger los frutos que caen (Rimondi, 1999, p. 59).

La doctrina ha entendido que el significado etimológico de concusión hace referencia a sacar un provecho o beneficio a expensas de un particular, utilizando como medio el miedo que genera el poder público. (De Luca, 1999; Piña, 2005; Terragni, 2003).

En contraposición a ello, el término exacciones, de acuerdo a su raíz gramatical, hace alusión a una exigencia ilegítima de algo de lo que en principio el Estado está en condiciones de exigir -más allá de que, en el caso concreto, no sea de esta manera- (Ramos Mejía, 1963).

La voz exacciones aparece así, circumscripita a recaudaciones que hace regular y legalmente el estado –impuestos y derechos-.

1.2 Concepto y clases de concusión

El concepto de concusión, siguiendo a De Luca, se relaciona con la idea de la obtención de lucro que se realiza a través del temor que el funcionario infunde mediante el poder público. (De Luca, 1999; Piña, 2005).

Para Donna (2008), la concusión es la conducta de quien constriñe a alguien a dar algo abusando del poder público.

Rimondi afirma que el delito de concusión es una especie de extorsión. Caracterizada en base a que la intimidación, es llevada a cabo por un funcionario público que abusa de su autoridad y que coarta la libertad del sujeto pasivo (Rimondi 1999).

Se advierten como notas sobresalientes y distintivas -a partir de las conceptualizaciones- en orden a la conducta denominada concusión que:

-La finalidad de la conducta consiste en la obtención de un beneficio de carácter particular.

-El medio utilizado es el temor a partir del abuso de la función pública.

En contraposición, la exacción ha sido definida como una exigencia indebida que un funcionario realiza pero para la administración pública (Creus, 1981). Los autores son coincidentes en señalar que la exigencia en la exacción es para la administración (Breglia Arias y Gauna, 2007; Creus, 1981; Creus y Buompadre, 2007).

Pasando a su clasificación, en doctrina se ha distinguido a la concusión en: propia, cuando quien la comete posee la calidad de funcionario público; e impropia, cuando se simula dicha calidad para obtener el desprendimiento patrimonial.

A la concusión propia se la ha subdividido a su vez en: explícita, cuando el funcionario intimida al particular para obtener el objeto del delito; y en implícita, cuando el funcionario le hace creer al particular el proceder legal de su exigencia (Terragni, 2003).

La primera clasificación ha perdido vigencia; en la actualidad el sujeto activo de este delito tiene que tener la calidad de funcionario público. Respecto a la segunda clasificación, corresponderá analizar si a través de la modalidad llamada concusión implícita se puede configurar el delito de concusión –si es una modalidad apta para incurrir en este delito-.

1.3 Elementos comunes y diferencias entre los delitos de exacciones ilegales y concusión

Uno de los elementos típicos en común que poseen ambas figuras es el sujeto activo. En ambos delitos nos encontramos ante un funcionario público. Esta calidad es una nota muy importante que diferencia estos delitos del de extorsión, pues la detración se efectúa ejerciendo una función dentro del aparato del estado y no como simple particular (Ramos Mejía, 1963). Más aún, por requerir que el sujeto activo revista esta calidad, a estos delitos se lo clasifica en dogmática como especiales propios, puesto que sólo puede ser autor si posee

dicha calidad. Asimismo, se los coloca dentro de los delitos que atentan contra la administración pública (Ledesma, 1971).

Ahondaremos en este elemento –para evitar ser reiterativos- cuando se analicen las diferencias de la concusión con el delito de extorsión en el capítulo tercero.

Otro punto que comparten es el abuso del cargo. Tanto en la exacción como en la concusión el funcionario hace un abuso de su función. Actúa desde el lugar que ocupa dentro de la Administración. Vale decir, que no basta con poseer la calidad de funcionario, debe en el caso concreto actuar como funcionario público en ejercicio de sus funciones y no como simple particular (Ramos Mejía, 1963).

Dentro de las diferencias que señalan los autores encontramos algunos matices:

Para Ramos Mejía, la diferencia estaría dada por el objeto que se exige. Si el objeto es algo que se encuentra dentro de lo que habitualmente exige el Estado a sus ciudadanos estaríamos ante el delito de exacciones ilegales. Por el contrario, si el objeto no es de aplicación para la administración pública estamos frente al delito de concusión (Ramos Mejía, 1963).

Para Soler, en cambio, la diferencia estriba en quien se beneficia con lo exaccionado, si es el funcionario o un tercero será concusión, si lo es el Estado estaremos frente al delito de exacciones ilegales (Soler, 1992).

Por último, para Rimondi, el delito de concusión además de diferenciarse porque en éste el funcionario tiene por finalidad satisfacer su ánimo de lucro; se caracteriza porque utiliza como medio la intimidación para obtener el objeto del delito. Se trata para él de una extorsión especializada por el carácter del sujeto activo. (Rimondi, 1999).

Por nuestra parte, se propone razonar si no configura una diferencia la modalidad con que se configuran estas conductas. Pensando que la modalidad explícita ontológicamente corresponde de manera más apropiada al delito de concusión, no así la implícita, –induciendo .al error-.

1.4 Recepción en derecho comparado

Rimondi (1999), señala a la caída de las monarquías como el momento a partir del cual comienzan a diferenciarse más claramente los delitos cometidos en el desempeño de la función pública. Es que en la edad media, bajo un régimen político de poder absoluto los delitos funcionales no tenían aplicación.

Respecto a la distinción entre concusión y exacciones ilegales, reconoce tres posturas en función a la recepción legislativa:

En primer lugar, los ordenamientos que no contemplan a la concusión como una forma de extorsión especializada –señalamos supra que para este autor la concusión es una extorsión especializada por el abuso de la calidad que ostenta el sujeto activo-. Caracterizan la concusión como equivalente a la exacción ilegal – deducimos que se trataría de diferentes denominaciones para una misma conducta delictiva-.

Incluye en este grupo, el Código francés de 1810, el Sardo de 1859 y el belga de 1867.

En segundo lugar, los Códigos que tampoco distinguen a la concusión como una figura autónoma de la exacciones ilegales y sólo regulan lo que denominan concusión por conversión – exacción agravada por lo destino que el funcionario le da a lo obtenido-.

Agrupar al Código prusiano y el alemán en esta dirección.

Por último manifiesta que hay legislaciones que si regulan a la concusión como una figura distinta e independiente de las exacciones ilegales. Menciona como representantes de esta línea el Código toscano de 1853 y el italiano de 1889 (Rimondi, 1999b).

En el mismo sentido se pronuncian Ramos Mejía y Roxana Piña (Piña, 2005; Ramos Mejía 1963).

1.5 Doctrina Nacional

La doctrina nacional sigue los mismos lineamientos de la legislación comparada en torno al sistema normativo propuesto por los artículos 266 y 268 de nuestro Código Penal. Distintos autores como veremos infra sostienen ésta afirmación.

Por ejemplo, Ramos Mejía sostiene la autonomía del delito de concusión, pero este se encontraría descrito dentro del artículo 266 donde también se regularía el delito de exacciones ilegales (Ramos Mejía, 1963).

Soler, por su parte, entiende que la concusión se encuentra tipificada en el artículo 268 –concusión por conversión- y la denomina concusión propiamente dicha (Soler, 1992).

Para Creus, la concusión sería equivalente a la exacción solo que el funcionario público daría un paso más y convertiría o transformaría el fruto de la exacción en provecho propio. No constituye concusión para este autor la exigencia abusiva del funcionario público para sí (Creus, 1998).

Por último, para Rimondi el delito de concusión no se encuentra regulado en nuestra legislación penal (Rimondi, 1999).

2. Antecedentes

2.1 Origen histórico breve reseña.

En este punto se pretenden marcar ciertos hitos en la historia de la figura sin pretender agotar el análisis descriptivo de su evolución de un modo exhaustivo.

En este sentido, se señala como origen histórico de la regulación y sanción de esta conducta al Derecho Romano (Rua, 2005; Rimondi, 1999).

Los romanos reprimían la concusión con la acción que denominaron *Crimen Repetundarum*. Penalizaban bajo este nombre, tanto actos en los que el particular sobornaba al funcionario llegando a un acuerdo, (cohecho) como los casos en que el funcionario valiéndose de su estatus expoliaba a los particulares realizando una exigencia indebida (concusión). La sanción, en su origen, tenía carácter civil. Solo buscaba la reparación o reintegro del daño económico sufrido. Con el tiempo se dotó a esta acción de carácter penal (Buompadre, 2009).

En su evolución - ya en el derecho imperial- al delito de concusión se lo distingue de la cohecho y se lo contempla como una forma especial de extorsión. (Rimondi, 1999).

En la edad media -con la forma de constitución política imperante- desaparece la necesidad de represión de estas conductas ya que el poder se encuentra en manos de la nobleza y de un monarca con poderes absolutos (Rimondi, 1999).

En el derecho moderno con el nacimiento del Estado y la codificación, comenzaron a legislarse con mayor escrupulosidad los delitos contra la administración (Ramos Mejía, 1963).

Reparando en esta etapa Piña señala:

En el derecho moderno, particularmente en los ordenamientos legales que se fueron sancionando en el siglo XIX, la concusión se fue distinguiendo del cohecho. Sin embargo, en muchos casos la distinción no fue plena. Algunas leyes la confundieron con la exacción ilegal, exigiendo ánimo fiscalista excesivo, típico de ésta. Otras no la contemplaron expresamente, salvo como forma específica –concusión por conversión- (Piña, 2005, p. 100).

A partir de su evolución histórica, se puede advertir que el delito de concusión no ha logrado consenso en su tipificación en distintas legislaciones. Por otra parte, se lo confunde con otras figuras delictivas tales como el cohecho, las exacciones ilegales y la extorsión.

2.2 Antecedentes Nacionales relevantes.

2.2.1 Proyecto Tejedor

El primer antecedente nacional de regulación fue el Proyecto Tejedor. Este proyecto, - con la mayoría de las reformas que le efectuó la provincia de Buenos Aires cuando lo adoptó- conformo el primer Código Penal de la República Argentina. Este código, entró en vigencia en el año 1887 (De la Rúa y Tarditti, 2014).

Tejedor en su proyecto regula bajo el título de “Fraudes y exacciones” a las exacciones ilegales (Soler, 1992).

Incluye tres artículos al respecto: artículos 420⁵, 421⁶ y 422⁷.

Rimondi (1999), observa que Tejedor no regula de manera independiente el delito de concusión. La razón es que según este autor, Tejedor toma de modelo el Código prusiano. Este Código solo tiene prevista la concusión por conversión como agravante de las exacciones ilegales, esto es; cuando el autor le da a lo exaccionado un destino distinto que las arcas del estado.

Soler, cita la nota del Proyecto de Tejedor que da cuenta de las razones de esta regulación:

⁵ Artículo 420: “El empleado público que arbitrariamente exija una contribución o cometa otras exacciones, aunque sea para el servicio público, sufrirá suspensión de dos meses a un año, y multa de cinco a veinticinco por ciento de la cantidad exigida, o en su defecto prisión de un año. Si la exacción se verificase empleando fuerza sufrirá destitución, sin perjuicio del máximo de la multa, o en su defecto prisión de dos años”.

⁶ Artículo 421: “Si el empleado convirtiere en provecho propio las exacciones expresadas en el artículo anterior, sufrirá las penas impuestas a las sustracciones de caudales públicos”.

⁷ Artículo 422: “El empleado público que exija derechos o propinas por lo que debe practicar gratuitamente en virtud de su oficio, o cobre mayores derechos que los designados por la ley, los devolverá con una multa del duplo al cuádruple de la cantidad que hubiese percibido. Si para efectuar estas exacciones supone órdenes superiores, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, sufrirá además un año de suspensión. El culpable habitual de este delito será destituido del empleo o cargo que ejerza sin perjuicio de la restitución y de la multa”.

La concusión, dice, es un delito complejo que se compone de dos actos distintos: el abuso de poder que es el medio, y la sustracción de dineros que es el fin. Si el agente... tiene por objeto no su interés privado, sino el del Estado, es culpable siempre de un exceso de celo y de una exacción, pero sin los caracteres del robo... (Soler, 1992, p. 252).

De la cita del proyecto y la regulación efectuada se puede inferir que:

En primer lugar, la finalidad en la concusión es distinta –apropiarse de los caudales exaccionados- .

En segundo lugar, que se utiliza el mismo medio de apropiarse del patrimonio del particular. Exigir algo que corresponde a la administración abusando del poder que otorga el cargo.

Finalmente, que la concusión se daría en dos etapas. Primero se exaccionaría al particular, luego se apropiaría el funcionario de los dineros detraídos. Esta es la interpretación –como se verá- que da a la actual redacción de los artículos 266 y la conversión como circunstancia calificante del artículo 268, Carlos Creus.

La importancia del Proyecto radica en que, salvo alguna variante respecto a la redacción, la estructura se mantiene en el Código de 1921 y con alguna reforma es el que actualmente se encuentra vigente respecto a esta materia (Baigún y Zaffaroni, 2011; Rimondi, 1999b; Buompadre, 2009; Piña, 2004).

2.2.2 Código de 1921

El Código de 1921 se hizo en base al proyecto presentado en el año 1906. Este proyecto incluía tres artículos en relación a esta materia. El Código suprimió uno de ellos, el artículo 187⁸ titulado “Cobro indebido de derechos” (Ramos Mejía, 1963).

Para Ramos Mejía constituyó un gran desacierto la supresión del artículo 187 del proyecto. Para este autor, cuando el artículo suprimido expresa: “la exigencia de derechos o propinas por lo que se debe practicar gratuitamente”, considera que se configura el delito de concusión. Con la incorporación del término dádivas al artículo 266 - Código de 1921-

⁸ Artículo 187 Proyecto de Código Penal del año 1906: “Será reprimido con multa del duplo al cuádruplo de la cantidad que hubiere percibido, e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que exigiere por sí o por persona interpuesta derechos o propinas por lo que deba practicar gratuitamente, en virtud de su oficio, o cobrare mayores derechos de los que le corresponde. Si, para efectuar la exacción, supusiere orden superior, comisión, mandamiento judicial y otra autorización legítima, sufrirá, además, inhabilitación especial por uno a seis años”.

entiende que se han equiparado dos conductas típicas que son diferentes. Por un lado, exigir contribuciones y derechos que constituirían el delito de exacciones ilegales. Por el otro, exigir dádivas que constituirían el delito de concusión. (Ramos Mejía, 1963).

El Código quedó redactado de la siguiente manera: el artículo 266⁹ se lo subdividió -el segundo párrafo es el actual artículo 267¹⁰- ; el artículo 267 se corrió y es el actual artículo 268¹¹. Se le incorporó al artículo 266 el término dádivas como un objeto más del delito de exacciones, lo que ha generado una gran controversia en doctrina (Donna, 2008).

La importancia de este Código radica en que: exceptuando la incorporación de la acción típica de “solicitar” por la ley 25188 de ética en el ejercicio de la función pública al artículo 266, la redacción en torno de estos tres artículos -266, 267 y 268- no ha variado y es la actualmente vigente.

Es necesario tener presente que esta redacción posee prácticamente cien años y que en dicho transcurso de tiempo han operado cambios, tanto en las costumbres, como en el crecimiento del aparato estatal y en su estructura.

Hoy es frecuente la contratación pública directa entre el Estado y empresas privadas, así como es habitual también que los particulares recurran a la administración pública para realizar todo tipo de trámites para poder acceder a derechos. Situaciones estas en las que los particulares se encuentran en una situación de dependencia, –necesidad de que se efectúe un acto de poder por parte del funcionario- que puede propiciar que sean víctimas del delito de concusión.

Por este motivo, debería considerarse una revisión a fin de evaluar si la descripción penal da adecuada respuesta a la represión de la conducta delictiva desplegada por los funcionarios públicos que realizan una solicitud o exigencia ilegítima con ánimo de lucro en la actualidad.

2.2.3 Proyecto Peco de 1941

⁹ Artículo 266 : “Será reprimido con prisión de uno a seis meses e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, abusando de su cargo, 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”.

¹⁰ Artículo 267: “Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta un año y la inhabilitación hasta cuatro”.

¹¹ Artículo 268: “Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores”.

Peco en su proyecto tipifica el delito de exacción en el artículo 334¹². En el artículo 335 regula el de concusión¹³.

En este proyecto se observa, -igual que en los precedentes- que solo se contempla el delito de concusión como una forma agravada del delito de exacciones. Sin embargo, posee diferencias de importancia en cuanto a su redacción.

La acción típica presenta dos modalidades alternativas –compeler o inducir-. La primera, consiste en intimidar o ejercer algún tipo de violencia moral para lograr el objeto del delito. La segunda, -inducir- consiste en obtener el objeto del delito a través del engaño.

Por otra parte, respecto al objeto de las acciones típicas, lo circunscribe al dinero o cualquier otra ventaja patrimonial dotando de mayor claridad a esta previsión normativa en relación a los objetos delictivos previstos en el artículo 266 del Código de 1921 – contribuciones, derechos y dádivas-. Despeja de esta forma las dudas respecto a si otro tipo de beneficios, sin carácter patrimonial, pueden ser objeto de este delito (Terragni, 2003).

Otra virtud de la redacción, es que clarifica el ámbito dentro del cual el funcionario público abusa de su función y se lo tiene como sujeto activo. Esto es, cuando abusa tanto de su calidad –investidura- como también de sus funciones –competencia específica-. Con lo cual, queda alcanzada la conducta del funcionario que actuando en dicha calidad, en su requerimiento va más allá de lo que es su específica competencia. Por lo tanto, para eximirse de responsabilidad por este delito, deberá demostrar que requirió en base a una actuación absolutamente extraña a sus funciones.

El normal desenvolvimiento de la administración pública, se lesiona externamente de igual manera cuando la actuación abusiva no se circunscribe dentro de los estrechos límites de la competencia -cosa que además, el particular lesionado, generalmente desconoce-.

Por último, y lo más importante, es que de manera explícita dispone que el objeto que se compele o induce a dar o prometer es para la administración (Terragni, 2003). La pregunta que surge es ¿Cuándo el funcionario compele o induce abusando de su calidad a dar dinero u otro tipo de beneficio de carácter patrimonial para sí mismo que delito se configura?

¹² Artículo 334 “Proyecto Peco de Código Penal”: “Al funcionario público que, con abuso de tal calidad o de sus funciones compeliere o indujere a alguno a dar o prometer indebidamente para la administración pública dinero o cualquier otra ventaja patrimonial, se le aplicará privación de libertad de seis meses a dos años”.

¹³ Artículo 335: “Al funcionario público que convirtiere en beneficio propio o de tercero, las exacciones expresadas en el artículo anterior, se le aplicará privación de libertad de uno a ocho años”

Se puede rescatar de este proyecto -en lo que a las exacciones y concusión respecta-, que de seguirse su redacción, se evitarían algunas controversias que se generan en relación a la que presenta los artículos 266 y 268 del código penal argentino.

2.2.4 Proyecto Soler de 1960

La redacción de este proyecto en orden a la distinción entre el delito de exacciones ilegales y concusión es el siguiente: en el artículo 348¹⁴ regula el delito de concusión; en el siguiente, artículo 349¹⁵ del proyecto, regula el delito de exacciones ilegales.

Este proyecto legisla de manera independiente y con su correcta nomenclatura el delito de concusión (Terragni, 2003). El funcionario obliga o induce a dar el objeto del delito -bien o beneficio patrimonial- a un tercero o lo obtiene para sí.

En referencia a la concusión, sostiene la tesis amplia respecto a que el funcionario abusa de su calidad o de sus funciones. Es decir, incurre en el delito, aun cuando actúe fuera de su competencia específica pero abusando de su calidad genérica de funcionario público. Respecto al objeto del delito exige la patrimonialidad -valor económico-. Admite una doble modalidad delictiva como medio comisivo de carácter alternativo: la coerción o el engaño.

En relación a las exacciones ilegales no hace mención expresa que la exigencia es para la administración pública pero se deduce del objeto del delito -contribuciones o derechos indebidos o mayores de los que corresponden-. Existe también un doble medio delictivo exigir o hacerse pagar o entregar. Su redacción es similar a la del artículo 266 del Código de 1921.

Este proyecto tiene la virtud como dijimos de legislar de manera independiente el delito de concusión del de exacciones ilegales. Los diferencia por el objeto delictivo y por el destinatario o beneficiario de lo obtenido ilegítimamente, otorgando mayor completitud y coherencia al sistema normativo que propone.

Al decir de Terragni:

¹⁴ Artículo 348 Concusión “Se impondrá prisión de dos a ocho años y multa no menor de sesenta días al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o a prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial”

¹⁵ Artículo 349 Exacción ilegal “Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponden”.

El proyecto diferencia por su nombre la exacción ilegal y la concusión, basándose en que es muy diferente el funcionario que se enriquece abusando de su cargo que el que actúa con un exceso de celo a favor del fisco (Terragni, 2003, p.288).

Lo señalado por Terragni se plasma asimismo en la diferencia de las consecuencias previstas para ambos delitos. Se sanciona benignamente el delito de exacciones ilegales. En contraposición, se sanciona severamente el delito de concusión.

2.2.5 Ley 25188. Ley de ética en el ejercicio de la función Pública

La ley 25188 -de ética en el ejercicio de la función pública- en su artículo 37¹⁶ dispuso dos modificaciones en la redacción del artículo 266 del código penal. Con esta reforma se elevó a cuatro años la pena máxima que era de tres años, y además se anexo la acción típica de “solicitar” a las ya existentes (Creus y Buompadre, 2007).

Buompadre (2009), entiende que la adición del término “solicitar” al artículo 266 del Código Penal vino a llenar el vacío punitivo que genera la mera solicitud de los objetos del delito ya que la conducta queda impune bajo la interpretación del término “exigir”.

La incorporación de esta acción típica ha generado controversia tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. Su análisis se efectuará oportunamente al abordar el artículo 266 del Código Penal.

2.2.6 Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. PEN 678/12)

Este anteproyecto será abordado en el capítulo cuarto de este trabajo. Aquí solo se dirá, que tiene como característica novedosa el haber legislado el delito de cohecho pasivo

¹⁶ Artículo 266 del Código Penal según artículo 37 de la Ley 25188: Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a 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.

con el delito de concusión en un mismo artículo, y como figura delictiva distinta las exacciones ilegales. Los artículos respectivos son, el artículo 261¹⁷ y el 271¹⁸.

Conclusiones parciales

A modo de cierre de este capítulo extraeremos las notas salientes de los aspectos que hemos abordado. Esta síntesis, permitirá adentrarnos en lo que sigue, teniendo ya ciertas referencias útiles para la comprensión de esta difícil materia.

En primer lugar, se observa, que el término concusión precede al de exacciones ilegales. Este último, aparece vinculado a un pedido de un objeto propio de la administración, en tanto el primero se encuentra confundido históricamente con la corrupción que se realiza a título personal.

Inquirir sobre estos significados es importante, puesto que como señala Claus Roxin, la interpretación debe atenerse al sentido corriente del término. Ello, porque para este autor, el ciudadano debe comprender el significado de la prohibición para no vulnerar el principio de legalidad. Por ello, la redacción de la norma penal y su posterior interpretación, debe ajustarse a ese significado corriente y no plantear una inteligencia particular solo accesible a abogados y jueces (Roxin, 1997).

Por otro lado, también se advierte que tanto en derecho comparado como en doctrina nacional no hay un tratamiento uniforme respecto del delito de concusión. Se lo asimila al delito de exacciones o se lo define como agravante del mismo -cuando se transforma lo

¹⁷ Artículo 261.- Cohecho y Concusión: “Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) días, e inhabilitación hasta veinte (20) años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta exigiere, solicitare, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial, o su promesa, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

El máximo de la pena de prisión será de doce (12) años para el magistrado del poder judicial o del ministerio público que por sí o por persona interpuesta exigiere, solicitare, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial, o su promesa, para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

¹⁸ Artículo 271.- Exacciones Ilegales: “Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de treinta (30) a ciento veinte (120) días, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, con destino a la administración pública, por sí o por interpuesta persona, una contribución o un derecho, o cobrarse mayores derechos que los que le correspondieren.

Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de terceros las exacciones expresadas en el inciso anterior”.

obtenido a título propio-. Por último, se lo define como un delito autónomo –reparando en que la exigencia desde el principio es a título propio-.

Finalmente dentro de los antecedentes nacionales de mayor relevancia, encontramos proyectos -como el Proyecto Peco o el Proyecto Soler- que definen con mayor precisión los elementos que integran estos tipos penales. Delimitan de manera explícita, cual es el ámbito de actuación abusivo del sujeto activo comprendido en la prohibición penal. Igualmente cuál es el objeto delictivo y la finalidad del autor. El proyecto Soler tiene la virtud de separar, de manera adecuada a nuestro juicio, el delito de concusión del de exacciones ilegales. Lamentablemente estos proyectos no fueron aprobados, lo cual hubiera significado un adelanto para la correcta calificación del delito de concusión.

Se destacan además dichos proyectos, porque cumplen más acabadamente con el principio de certeza que deben respetar las leyes penales para no vulnerar el principio de legalidad.

Como señala Roxin, la imprecisión de la ley facilita la arbitrariedad, al impedir al ciudadano conocer con exactitud cuál es la conducta prohibida. Al mismo tiempo que vulnera la división de poderes, al permitir un amplio margen de interpretación al juez en una función creadora de la norma (Roxin, 1997).

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 266 Y 268 DEL CÓDIGO PENAL

Presentación

Este capítulo se centrará en el análisis de los artículos 266 y 268 del capítulo nueve, del título once, del segundo libro del Código Penal cuya nomenclatura responde al título exacciones ilegales.

En estos artículos, los autores - entre ellos Ramos Mejía, Soler, Nuñez, Donna, etc.- entienden que se encuentra definido también el delito de concusión.

Para poder determinar si se encuentra debidamente tipificado el delito de concusión en alguno de estos artículos, se hace precisa la evaluación de las propiedades relevantes que estos tipos presentan. En especial, las propiedades que se encuentran controvertidas por la doctrina.

1. Figura básica: el Artículo 266

1.1 Definición legal

El Artículo 266 reza: - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a 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.

1.2 Bien jurídico protegido

Los autores coinciden en que este delito es pluriofensivo – Buompadre, Nuñez Terragni – y por lo tanto afecta a más de un bien jurídico. En este caso, afecta tanto el normal desenvolvimiento de la administración pública, como el patrimonio del sujeto pasivo. No obstante se señala que por su ubicación en el Código, se ha tomado como preponderante la

lesión a la administración pública por sobre el patrimonio del particular afectado (Nuñez, 1975; Terragni, 2003).

Hay consenso en que las figuras delictivas previstas para tutelar a la administración pública, protegen su normal, ordenado y legal funcionamiento. Es decir, se busca que los funcionarios actúen conforme a la legalidad respetando la constitución y las leyes (Piña, 2005).

También hay consenso respecto a que además, la protección de la administración pública en este capítulo del código posee ciertas particularidades.

Existe un deber de probidad en el manejo de la administración pública que en estos delitos se vería lesionado. Entendiendo por probidad la honradez, integridad, la transparencia en el actuar del funcionario público. (Piña, 2005; Ramos Mejía, 1963).

Se procura evitar que el afán de lucro sea el motor que movilice la actuación funcional (D'alessio, 2004). Aclaremos que a nuestro juicio, esta afirmación es apropiada respecto a la conversión de lo exaccionado a título propio, o cuando el funcionario desde el principio realiza la exigencia para sí (concusión). En la exacción, -como lo sostiene Rimondi y Buompadre- el agente actúa con un excesivo afán recaudatorio puesto que lo recaudado ilegítimamente está destinado a ingresar a las arcas del Estado (Buompadre, 2007; Rimondi, 1999).

Se daña a la administración tanto a nivel interno como externo. Internamente, porque es un mal ejemplo dentro de la órbita de la administración pública, y externamente, porque lesiona la imagen del Estado y su correcto funcionamiento (Buompadre, 2009). Se corre el riesgo que, de no reprimirse estas conductas, se termine convirtiendo en una práctica a la que el ciudadano se vea resignado.

Por último y prescindiendo de nuestra regulación penal, pensamos al igual que Rimondi que la concusión atenta también como bien jurídico contra la libertad (Rimondi, 1999). El particular se ve compelido a realizar una disposición patrimonial, o a realizar algo – dependiendo la extensión que le demos al objeto de este delito- que está dentro de su ámbito de autonomía, y este constreñimiento se realiza sin base legal que le de sustento.

El particular internamente se imagina posibles consecuencias o perjuicios que le acarrearía el no acceder a la exigencia del funcionario con lo que su libertad se encuentra coartada (Rimondi, 1999).

1.3 El abuso de autoridad

Comenzaremos este apartado con una cita de Ramos Mejía que expresa que significa el término abusar: “Abusar significa “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa”, en el caso en examen de un cargo público” (Ramos Mejía, 1963, p. 70).

Existe en doctrina una posición acotada, que circunscribe el abuso a la actuación ilegítima pero que se desarrolla dentro del ámbito de competencia específico que el funcionario desempeña. En el Código comentado de Baigún y Zaffaroni se expresa de la siguiente manera:

La mera solicitud sin abuso del cargo no es típica, ni aun en aquellos supuestos en los que la víctima ha obrado por miedo a la potestad pública, por cuanto el funcionario no ha planteado el requerimiento actuando en la condición que inviste dentro de la administración pública, esto es, abusando del cargo que desempeña (Baigún y Zaffaroni, 2011, p. 820).

De igual modo piensan Donna (2008) y Creus (1981).

Esta posición tiene sustento en la interpretación literal del artículo 266 cuando este se refiere a realizar un “abuso del cargo” como elemento típico. Aun así, no creemos que este sea el sentido en que deben ser interpretados estos términos. Coincidimos con Breglia Arias y Gauna (2007), en que la expresión abusando de su cargo, implica que el funcionario se aprovecha de un cargo real que posee, y no que simula esta autoridad o un cargo que no es el que ostenta, pero sin requerir que actúe específicamente dentro de su competencia.

Es decir, que el artículo requiere simplemente que se trate de un funcionario real, caso contrario, su conducta quedaría atrapada en el delito de extorsión.

El particular, por regla general, desconoce las facultades específicas que implica cada cargo dentro de la administración pública -solo tiene una idea vaga de las mismas-.

Una interpretación tan acotada dejaría fuera de punición un gran número de abusos funcionales. Principalmente, en el caso en que la exacción se efectúe en base al temor que la autoridad pública genera –*metus publicae potestatis*-

Por otro lado, esta interpretación acotada es comprensible cuando la exigencia es de una contribución o un derecho –aunque sea ilegítima en el caso particular- puesto que los funcionarios están facultados para su requerimiento. No obstante, resulta contradictoria cuando la solicitud o exigencia se realiza respecto a una dádiva, la cual creemos dificultoso

sostener que pueda su exigencia estar dentro de la competencia o facultad propia de los funcionarios públicos.

Para los autores que postulan una interpretación amplia de este elemento del tipo, el abuso de cargo es equivalente a abuso del carácter genérico de funcionario público. Es decir que se abusa de esta condición más allá de las competencias específicas del cargo por el cual fue designado. (Ramos Mejía, 1963).

Se presume que no todo acto abusivo del funcionario público invocando actuar bajo el dominio de potestad pública queda atrapado por esta figura. Creus señala como límite, que debe invocar el cargo que efectivamente ostenta y no otro (Creus, 1998).

Por otro lado, entendemos que no quedarían alcanzados por el tipo actos notoriamente extraños y ajenos a la función que desempeña, puesto que difícilmente intimide al particular el miedo genérico a poderes que ostensiblemente el funcionario no posee.

La doctrina distingue dos modalidades de abuso funcional que se pueden presentar en la figura simple:

- La exacción explícita: que se presenta cuando el funcionario se prevale del temor que infunde la potestad pública en el ánimo del sujeto pasivo (*metus publicae potestatis*) para obtener indebidamente el objeto previsto en el delito. En este proceder no oculta la ilegitimidad del pedido.

- La exacción implícita: opera cuando el funcionario mediante diferentes técnicas induce a error al sujeto pasivo respecto a la procedencia jurídica de lo que le solicita o exige –contribuciones, derechos o dádivas - haciendo creer a la víctima que está obligado a ello. También concurre cuando se aprovecha indebidamente del propio error del sujeto pasivo al respecto. (Creus, 1981; Creus y Buompadre, 2007; Nuñez, 1975).

1.4 Particularidad del medio comisivo intimidatorio: *Metus publicae potestatis*.

Los autores coinciden en afirmar que el artículo 266 contempla dos modalidades de comisión del delito de exacciones ilegales. Una, consiste en una particular manera de coerción, la otra consiste en hacer creer al particular la legitimidad de la solicitud o exigencia (Creus, 1981; Creus y Buompadre, 2007; Nuñez, 1975; Soler, 1992).

A los fines de este trabajo, el enfoque se centrará en analizar en que consiste el carácter coercitivo o intimidatorio, que es el que se presenta en el delito de concusión -según pensamos- y que comparte con la exacción. Desde nuestro enfoque, cuando el funcionario solicita o exige ilegítimamente algo para si no cabe el medio engañoso. En la concusión el funcionario no oculta el carácter abusivo o ilegítimo de la exigencia. Al margen de ello, la modalidad engañosa de la exacción ilegal, no ha generado inconvenientes interpretativos – motivo por el cual no la analizaremos-.

El medio comisivo para Baigún y Zaffaroni (2011), y que comparten la mayoría de los autores, consiste en prevalerse de la situación de preeminencia en que se encuentra ubicado el funcionario público. Esta situación genera lo que se conoce como *metus publicae potestatis* – miedo al poder público-. El particular se encuentra en una situación de desventaja, lo que lo condiciona a tener que acceder al requerimiento del funcionario, ante la posibilidad de que puedan recaer sobre el consecuencias desvaliosas o ver frustrado sus derechos. Para estos autores, esta circunstancia constituye un elemento objetivo que exime de su determinación en el caso concreto. La intimidación no es expresa, no se amenaza con ejecutar un acto de poder del cargo que el funcionario inviste.

Para Rimondi el simple aprovechamiento del temor a la autoridad no es suficiente para configurar el delito de concusión. Lo expresa de la siguiente manera: “Consecuentemente, en el artículo 266 no puede encontrarse prevista la concusión. Esta figura es una extorsión (cometida mediante abuso de autoridad) y como tal requiere necesariamente, para su configuración, de la intimidación como medio comisivo.” (Rimondi, 1999b, p. 33).

Esta intimidación expresa se encuentra prevista en el artículo siguiente artículo 267.

Alguna discusión -respecto a la necesidad de infundir temor en el sujeto pasivo en el caso concreto - podría haber antes de la reforma de la ley 25188 de ética en el ejercicio de la función pública. Con la incorporación del término solicitud como acción típica, se despeja todo tipo de dudas ya que la intimidación no es inherente a este tipo de acción.

La exigencia implica una especie de presión psicológica o violencia moral sobre el sujeto pasivo (Ramos Mejía, 1963). En tanto que la solicitud como medio comisivo tiene un mero carácter de requerimiento o pedido lo que ha flexibilizado creemos este requerimiento.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios fallos -sobre la mentada exigencia de presión psicológica en el sujeto pasivo- sentando su posición y dando sus argumentos al respecto.

En diferentes fallos –“Chaves”¹⁹, “Ontivero”²⁰, “Bruno”²¹- ha analizado si debe existir en el caso concreto el temor a la autoridad pública. Ha reiterado que, “no cabe requerir el correlato efectivo del temor en el sujeto pasivo”. El máximo tribunal de Córdoba, cita a Soler sosteniendo que en estos casos existe lo que este autor denomina “intimidación tácita”.

El temor requerido deriva del poder propio del cargo que el funcionario ostenta. El modo comisivo exigencia -y nosotros agregamos la solicitud- se consuman con su formulación con lo cual se vuelve innecesario indagar sobre el estado subjetivo del sujeto pasivo.

En el citado fallo “Chaves” sostiene el tribunal que de exigirse el correlativo temor se vulneraría el bien jurídico tutelado preponderantemente –la administración pública-.

1.5 Acciones típicas: Solicitud. Dificultades que su incorporación presenta

Esta figura exterioriza lo que se conoce en doctrina como pluralidad de hipótesis delictivas. Esta clase de delitos presenta la particularidad de admitir distintas conductas delictivas. Ejecutada de manera indistinta cualquiera de ellas, el delito se considera consumado (Buompadre, 2009).

Las acciones típicas consisten en solicitar, exigir, hacerse pagar o entregar indebidamente los objetos delictivos, y en cobrar mayores derechos de los que corresponden. A excepción de la acción típica de solicitar, las restantes no han presentado ninguna dificultad interpretativa, motivo por el cual la acción de solicitar será abordada al final.

En primer lugar, para comprender el sentido de la acción típica de exigir estaremos a lo que este término implica desde el punto de vista gramatical. Para ello, nos apoyaremos en lo que Buompadre expresa al respecto: “El verbo “exigiere”, en su significado gramatical, quiere decir tanto reclamar como demandar de modo imperioso, esto es, obrar de manera caprichosa, despóticamente” (Buompadre, 2009, p. 312).

Los autores son contestes en afirmar que esta acción consiste en el ejercicio por parte del sujeto activo de una intimidación si se quiere psicológica sobre el sujeto pasivo. No hay una amenaza concreta de perjudicarlo con un acto de la función pero si un prevalimiento de su situación de superioridad. El funcionario aprovecha el miedo al poder público -lo que se

¹⁹ T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “Chavez, Jorge Abas” Sent. N°22 (2001).

²⁰ T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “Ontivero, José Alberto” Sent. N°64 (1998).

²¹ T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “García Bruno Roberto”, Sent. N°23 (2005).

conoce como *metus publicae potestatis*- que su situación genera para efectuar la exigencia abusiva e ilegítima (Baigún; Zaffaroni, 2011; Buompadre, 2009; Donna, 2008; Ramos Mejía, 1963).

Por hacerse pagar y entregar la doctrina entiende un actuar con ánimo defraudatorio por parte del funcionario público. Este, se hace pagar o entregar algo indebido que no corresponde legalmente. No obstante, el contribuyente se cree obligado para con el Estado a través del error al que es inducido (Buompadre, 2009).

La acción de cobrar mayores derechos de los que corresponden –según entiende parte de la doctrina- comprende el hecho de aprovecharse de la equivocación del particular en relación a sus obligaciones tributarias. Evidentemente, el proceder del funcionario es doloso – conociendo la ilegitimidad del cobro- (Buompadre, 2009).

Finalmente nos encontramos con la acción típica de solicitar que como vimos en los antecedentes normativos fue incorporada por la ley 25188 de ética en el ejercicio de la función pública del 26 de octubre de 1999, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Para Buompadre esta acción típica significa lo siguiente: “La acción de solicitar importa una declaración de voluntad del funcionario, pudiendo ser expresa o implícita a través de actos concluyentes” (Buompadre, 2009, p. 316).

Rua (2005) sostiene que esta solicitud para configurar el delito de concusión debe infundir temor. El funcionario debe aprovecharse de la preeminencia que su situación le otorga por sobre el particular para obtener el objeto delictivo. La solicitud en este caso es una exigencia encubierta. La simple solicitud aunque parta del funcionario, configura el delito de cohecho. Lo que distingue esta figura de la concusión, es que el funcionario busca un acuerdo ilícito con el particular –efectúa un ofrecimiento espurio el cual puede ser aceptado o rechazado libremente por el particular-.

Para este autor, para distinguir el sentido en que se efectúa la solicitud –si se trata de una exigencia, o si se trata de un acercamiento para un acuerdo- hay que estar a la situación de hecho, al contexto en el que se desarrolló el intercambio (Rua, 2005).

Se advierte que en la práctica resulta extremadamente dificultoso establecer la diferencia. Estas situaciones generalmente acontecen en privado –no hay testigos- y nada queda documentado. Esta interpretación, no parece la más adecuada por este motivo. Asimismo, habría que modificar la forma en que se encuentra regulado el delito de cohecho pasivo para que encuentre aplicación.

Para no ser reiterativos, se analizará con mayor detenimiento este requisito típico cuando se procure deslindar el delito de concusión del cohecho pasivo en el capítulo tercero.

1.6 El elemento normativo: indebidamente

Por el carácter de indebido -que exige este delito- se ha considerado la actuación del agente al margen de lo que estatuye la ley (Buompadre, 2009; Creus y Buompadre, 2007).

Este elemento es de por sí lo suficientemente claro por lo que no corresponde extenderse en su interpretación.

1.7 Objeto: La problemática en relación a las dádivas

El delito previsto en el artículo 266 del código penal contempla como objetos delictivos a las contribuciones, los derechos y a las dádivas, los mismos objetos sobre los que recaen sus agravantes del art. 267 y 268 código penal.

Los dos primeros no presentan dificultades interpretativas. Por contribución la doctrina entiende que son las cargas fiscales que debe soportar el contribuyente (impuestos). En tanto que por derecho, entiende al pago por los servicios que brinda el estado y que se prestan específicamente a un ciudadano (tasas) como así también, incluyen sanciones administrativas (multas) u otro género de obligaciones de naturaleza fiscal que recaude la administración. En relación a estos términos no hay discusión (Buompadre, 2009; Creus 1981; Donna, 2008; Laje, justo y Gavier, 2001;).

La palabra dádivas, por el contrario, ha dado lugar a distintas atribuciones de significado, tanto respecto a su determinación, como a la extensión –conforme a la naturaleza que se le atribuye-.

Se puede decir que es algo –que representa un valor económico- que se entrega voluntariamente por algún servicio prestado el cual no debe ser compensado (Donna, 2008; Núñez, 1975;). En este sentido, es correcto lo que afirma Ledesma de que resulta un contrasentido que la dádiva pueda ser objeto del delito de exacciones (Ledesma, 1971). Como ya se ha dicho, la exacción requiere un obrar en cierto sentido intimidatorio u engañoso. Si la dádiva es algo que se da voluntariamente, y que no corresponde que sea exigido, difícilmente pueda considerarse objeto de este delito. Ledesma lo expresa en las siguientes palabras:

Por este medio se puede obtener una contribución o un derecho, pero nunca una dádiva, porque el concepto de dádiva que ya hemos establecido, está reñido con el de intimidación. No se concibe una concesión graciosa determinada por ese medio. (Ledesma, 1971, p. 365).

Dos son las posiciones que se han delineado respecto al contenido de la dádiva desde la doctrina. Muy sintéticamente tenemos, por un lado, quienes entienden que la dádiva tiene un contenido exclusivamente económico. Para esta postura la dádiva posee el carácter de la patrimonialidad (Creus, 1981; Humberto Vidal, 1968; Nuñez, 1975; Soler, 1992).

Por otro lado, otro grupo de autores, dotan a esta expresión de un contenido más amplio incluyendo todo aquello que proporcione alguna utilidad o beneficio (Buompadre, 2009; Donna, 2008; Ramos Mejía, 1963).

Aquí no concluyen los problemas interpretativos. El mayor disenso se produce respecto a si la dádiva puede constituir un objeto que pueda ser exigido para el Estado.

Por su trascendencia citaremos la particular interpretación de Ramos Mejía:

Pero cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad, por lo tanto, de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera, y no infringe por ello el artículo 268, sino solamente el 266. Esta hipótesis delictiva no es una de las exacciones contempladas en la primera de las citadas disposiciones, sino un delito autónomo e independiente: el de concusión, que encuadra únicamente en el artículo 266 (Ramos Mejía, 1963, p. 39-40).

Se colige de ello que Ramos Mejía, entiende que el artículo 266 regula conjuntamente el delito de exacciones ilegales y el de concusión. La diferencia estaría dada por el objeto de la exigencia, si se exige una dádiva el funcionario incurriría en el delito de concusión puesto que este objeto nunca podría solicitarse para el Estado (Ramos Mejía, 1963).

Es decir que, para Ramos Mejía -y de acuerdo a la extensión que le asigna a las dádivas- cualquier requerimiento por parte de un funcionario -en ejercicio de su función- que no sea algo de lo que está legalmente facultado para requerir en nombre del Estado a los particulares, constituye el delito de concusión. Por lo tanto, para este autor el objeto del requerimiento definiría este delito (Ramos Mejía, 1963).

No obstante, algunos autores (Creus, 1981; Nuñez, 1975; Soler, 1992; Terragni, 2003) aceptan que pueda exigirse una dádiva para la administración pública.

Carlos Creus, asevera que es posible la exigencia abusiva por parte de un funcionario de una contribución graciable -no obligatoria-, que no es debida como contribución o derecho, pero que es para satisfacer alguna necesidad del estado. Tal sería por ejemplo, la exigencia de un bono contribución o una donación (Creus, 1981).

Contrariamente a esta interpretación, De Luca, (1999) califica a estos ejemplos como la exigencia de una contribución indebida y no de una dádiva. Para este autor, en estos casos, lo que se exige al particular no es una dádiva para el estado, sino que contribuya para la ejecución de algo que debiera solventarse con las cargas fiscales ya asumidas por los ciudadanos.

Para Sebastián Soler, si bien no es lo más común que se exijan dádivas para la administración acepta esta posibilidad. Para este prestigioso jurista lo que distingue esencialmente la concusión de las exacciones ilegales, es quien se beneficia con lo obtenido a través de esta conducta funcional. Tanto el objeto exigido ilegítimamente, como el aspecto subjetivo del sujeto pasivo -respecto de la creencia de para quien se dirige el objeto delictivo-, así como lo que manifiesta el funcionario, no son lo determinante para distinguir un delito de otro. A partir de esta concepción Soler coloca al delito de concusión en el artículo 268 (Soler, 1992).

Ahora bien, en los casos en que la conducta consiste en solicitar o exigir, el delito se consuma de manera instantánea. En estos casos, no se exige un resultado material. Suponiendo que no se obtenga la contribución, el derecho o la dádiva. Siguiendo la distinción que plantea Soler; y ante la imposibilidad de determinar quién hubiese sido el beneficiario del objeto delictivo, surge la siguiente pregunta: ¿Qué delito se configuraría?

En cambio, para Creus, siempre que se exija para el Estado estaremos frente al delito de exacciones ilegales. Cuando se exige directamente para sí, para este autor, no se configura el delito de concusión. Dicha conducta encuadraría en algún delito contra la propiedad si se dan el resto de los elementos típicos (Creus, 1981).

Creus, ubica a la concusión en el artículo 268, más que como una exacción agravada, la define como delito de doble actividad. La conducta consiste en exaccionar al sujeto pasivo (exigencia ilegítima para la administración). Luego se da un paso más y se transforma lo obtenido a título particular. Esta conducta es para Creus la que configura el delito de concusión (Creus, 1981).

2. Exacciones agravadas por el destino de lo recibido o concusión por conversión.

2.1 Definición legal

ARTICULO 268. - Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

En esta hipótesis, la conducta se agrava en función de la codicia del agente. Se procura evitar que los funcionarios actúen motivados por el afán lucrativo y desconozcan su deber ético de actuar de manera correcta y proba (Donna, 2008). La finalidad de la protección sería la misma en este caso que para el delito de cohecho.

Dentro de las interpretaciones más representativas tenemos sobre el punto las siguientes:

Para Ramos Mejía esta agravante sólo corresponde a los casos en que el objeto consiste en una contribución o un derecho. En el caso de la dádiva, como nunca puede consistir en algo requerido para la administración, tampoco podrá ser convertido, puesto que siempre se requieren a título propio (Ramos Mejía, 1963).

Soler, en cambio, sostiene que este artículo contiene lo que propiamente es el delito de concusión. Para este autor la concusión constituye la regla y la exacción la excepción. Recordemos que para Soler lo que distingue a ambos delitos es sobre quien recae el beneficio. (Soler, 1992).

Para Creus también este artículo contiene el delito de concusión, pero desde su perspectiva constituye delito de doble actividad. En primer lugar, se consuma el delito de exacción, –siempre debe exigirse a nombre de la administración. Posteriormente, el autor convierte lo obtenido en provecho propio (Creus, 1981; Donna, 2008).

2.2 Consumación: la conversión

También se han generado distintas concepciones respecto de cuando se produce el momento consumativo de esta figura.

Terragni (2003), entiende que el termino conversión se ha tomado en el sentido de transformación. Para este autor en esta descripción legal, el verbo típico conversión consistiría en cambiar el sentido que se le había dado originariamente a la detracción –las arcas fiscales- y redireccionarlo al patrimonio propio de un tercero. No hay discrepancia en la doctrina en este sentido.

A diferencia de la figura simple del art. 266, que en el caso de las acciones típicas de solicitar y exigir el delito se consuma de manera instantánea, en la figura agravada del artículo 268, se requiere la obtención del objeto delictivo ya que se trata de un delito material o de resultado (Ledezma, 1971).

En relación al momento de consumación, no hay acuerdo. Existen distintas posiciones en torno a cuando se produciría la conversión y se consumiría esta agravante.

Se distinguen tres posiciones, dos extremas y una que podríamos denominar intermedia.

Por un lado, para Soler, la conversión es un hecho negativo consistente en no ingresar lo detraído a las arcas del fisco (Soler, 1992). Este enfoque si bien actualizado a los tiempos que corren y más atinado respecto a lo que se presenta en la práctica – generalmente lo requerido abusivamente por el funcionario no es para engrosar las arcas del estado sino para su beneficio particular-. A nuestro modo de ver, no se condice con la interpretación literal del término convertir. El agravante claramente indica que lo que fue exaccionado en virtud del artículo 266 –para la administración- se transforma en un beneficio particular del funcionario público.

A nuestro juicio, el significado que le da Soler al término convertir, no se ajusta a las reglas de interpretación jurídicas. Convertir implica un acto positivo no una abstención. Siguiendo en este punto a Roxin (1997), podríamos decir que no se aviene su interpretación a cualquier sentido literal posible del término conversión. Tampoco se atiene a la interpretación histórica de este agravante según lo estudiado en los antecedentes históricos. Por último, no es congruente tampoco con una interpretación sistemática en correlación con el artículo 266 del código penal

Se observa como consecuencia que, de adoptar este criterio, siempre que se constate la detracción del objeto delictivo habrá concusión –art.268- y sólo habrá exacción ilegal – art.266- cuando se pruebe que lo obtenido ingreso efectivamente a la administración pública. Interpretación más gravosa para el imputado que, en caso de duda, se vería en la obligación de probar que ingreso efectivamente lo detraído a la administración para no verse perjudicado por la calificación legal.

Con criterio opuesto al anterior, Nuñez (1975), fija como momento de conversión cuando el sujeto activo se apropia de lo obtenido. Para que se consume el delito y se produzca esta apropiación, el funcionario deberá utilizar él o un tercero lo detraído en beneficio propio.

No queda del todo claro en que consiste esta utilización. Se produce en nuestra opinión una especie de paréntesis que puede ser muy amplio entre el momento de la

detracción y cuando el funcionario hace su efectivo uso. En este lapso, el resultado de la acción delictiva, o bien ingreso a las arcas del estado o ya se encuentra confundido con el patrimonio particular del imputado o un tercero. Advertimos un tanto extrema la postura de Nuñez.

Creus -en una posición más flexible- juzga que como mínimo, para que se produzca la conversión y se consume el delito, el sujeto activo debe haber ingresado lo obtenido abusivamente al patrimonio propio o al de un tercero (Creus, 1998).

Vemos que en estas dos últimas formulaciones, en principio, producida la detracción, se cometería el delito de exacciones ilegales y sólo habría concusión por conversión cuando el sujeto activo ingrese a su patrimonio lo exaccionado, o bien cuando lo utilice.

Conclusiones parciales

Del estudio realizado de los artículos 266 y 268 del Código Penal, se puede advertir que los mismos adolecen de cierta precisión y exhaustividad en la descripción de los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena prevista en ellos. Lo cual lleva a pensar en qué grado se cumple con el requisito de ley cierta requerido al legislador en materia penal, y consecuencia de ello, si las interpretaciones de los autores y los fallos de nuestros tribunales respetan el requisito de ley estricta -que condicionan el cumplimiento del principio de legalidad-. Lo que de verificarse, se traduciría en una clara tensión entre las normado en dichos artículos y el principio de legalidad.

Repárese que en la determinación de los elementos descriptivos y normativos si bien el juez tiene un margen de discrecionalidad -propio de la generalidad de la norma y de la naturaleza del lenguaje- esta atribución no es ilimitada. El juez no puede realizar una interpretación arbitraria, basada en sus propias valoraciones y con ello arrogarse el poder de legislador. El ciudadano al mismo tiempo debe tener la garantía de que sólo puede ser inculcado y penado por una conducta que puede conocer de antemano (Roxin, 1997).

En líneas generales se observa que la interpretación de estas figuras presenta dificultades debido a que el tipo penal puede ser realizado a través de dos modalidades totalmente disímiles -una cercana a la extorsión, la otra más cercana a un tipo de defraudación- con lo cual se hace muy complejo realizar una atribución de significado de los caracteres jurídicamente relevantes de la figura que alcance a ambas modalidades.

Cuando se le da un carácter restringido a la interpretación, entendiendo que solamente alcanza a una exigencia que el funcionario hace de un objeto que es específicamente para la administración y que sólo incluye a los actos que son de su exclusiva competencia, quedan fuera de punición la mayoría de las conductas delictivas que entendemos son la mayoría y que nosotros consideramos que constituyen el delito de concusión. En esta modalidad, se ve de manera ostensible el abuso de autoridad que no quiere ser disimulado y el afán de lucro personal del funcionario público.

Por otro lado, cuando se hace una interpretación más amplia, que abarca ambas modalidades de conducta –coerción y engaño- los autores tienen que hacer complejas interpretaciones para que el delito de concusión sea punible conforme a la forma de redacción de nuestros actuales artículos 266, 268 de nuestro Código Penal. Interpretaciones que por otra parte a nuestro juicio podrían afectar el principio de ley estricta.

Existen asimismo algunas propiedades relevantes que generan problemas interpretativos.

En primer lugar el abuso del cargo que, como vimos, se lo interpreta como un abuso de la competencia específica; o bien con un carácter más amplio, como una actuación abusiva funcional sin invocar un cargo que no se posee.

Algunos proyectos para eliminar esta ambigüedad lo definieron como abuso del cargo o función. Consideramos correcta esta redacción. Desde una interpretación teleológica evaluamos que la finalidad de la norma es proteger a la administración pública de la actuación abusiva de sus funcionarios.

El normal desenvolvimiento de la administración pública se lesiona tanto cuando el funcionario hace abuso de su competencia, como cuando actúa invocando su condición de funcionario y representando la voluntad del estado aunque el acto abusivo exceda su competencia (Terragni, 2003).

Por otro lado, el particular por lo general desconoce la competencia específica de cada funcionario y además no se le escapa que pueda tener una esfera de influencia mayor que la de su cargo que puede generar el temor que la figura requiere (Soler, 1992).

Se hace la salvedad de que es así, en tanto y en cuanto, no realice una actuación absolutamente extraña a su competencia.

Una propiedad fundamental -que a nuestro juicio refiere la principal diferencia entre el delito de concusión y de exacciones ilegales- está referida al sujeto a nombre de quien se realiza la exigencia –ya sea de manera expresa o a partir del contexto de manera tácita-. En el artículo 266 se encuentra implícito, y se deduce del artículo siguiente que refiere a la conversión a título propio a lo exaccionado. Con la incorporación como objeto delictivo de la dádiva no ha quedado tan claro. Lo correcto, hubiera sido explicitar textualmente que la exigencia es para la administración en el delito de exacciones ilegales. Así está previsto en algunos antecedentes legislativos.

Finalmente, coincidiendo con Ramos Mejía, referiremos a la desafortunada incorporación como objeto delictivo en el artículo 266 del término dádivas (Ramos Mejía, 1963).

Aun admitiendo la posibilidad de solicitar una dádiva para la administración, quien entrega una contribución o donación al Estado -como sostienen los autores que la admiten a nombre del Estado- lo hace voluntariamente no por temor ni por error. Sin embargo, Terragni (2003), la considera posible cuando hay amedrentamiento del funcionario público para obtenerla y Laje (1981), la considera una mala carga.

Respecto a su alcance, posee mayor corrección o exactitud hablar de obtener algún beneficio patrimonial que el término dádiva como lo postulaba el Proyecto Soler.

Consideramos más adecuado darle esa extensión ya que se condice mejor con uno de los bienes jurídicos tutelados –el patrimonio- y con el ánimo de lucro que exige la concusión.

Sin embargo, la Convención Interamericana Contra la Corrupción incorporada el 4 de diciembre de 1996 por ley 24759 del Honorable Congreso de la Nación Argentina, habla en el artículo VI, 1ª. de requerir un objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo. En el mismo sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del 2003 incorporada por ley 26097 del 10 de mayo de 2006 del Honorable Congreso de la Nación Argentina en su artículo 15 refiere como finalidad de este delito la obtención de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad.

De adecuarse a esta normativa, y en virtud de una reforma habría que dotar el objeto de un carácter más amplio que contemple beneficios que puedan exceder el carácter patrimonial.

Estas son las principales deficiencias normativas que a nuestro juicio dificultan la calificación legal del delito de concusión dentro del sistema normativo que proponen los artículos 266 y 268 del Código Penal Argentino.

CAPÍTULO III

DESLINDE DE FIGURAS

Presentación

En este capítulo analizaremos, en primer lugar, como se diferencia el delito de cohecho pasivo del delito de concusión en aquellos casos en los que existe cierta iniciativa del funcionario para obtener el objeto delictivo –dádiva-.

En estos casos, resulta dificultoso determinar si el funcionario está proponiendo un acuerdo venal que puede ser libremente rechazado por el particular o, por el contrario, abusando de la autoridad que le es conferida por el estado para lograr un beneficio económico al cual el particular se vería constreñido (Piña, 2005).

Para poder delimitar esta problemática, ante todo, veremos cómo se encuentra definido el cohecho pasivo en nuestra ley penal. A continuación, expondremos cuales son las principales diferencias y similitudes a nivel teórico entre el cohecho pasivo y la concusión.

Posteriormente, referiremos cual es el punto en el que los límites entre ambos delitos se encuentran difusos y cuáles son las pautas diferenciadoras propuestas por los autores para escindirlos. Por último, exhibiremos cual es a nuestro juicio la calificación que consideramos correcta en estos casos. Todo ello, en conclusión, con el objeto de deslindar ambos delitos.

En segundo lugar, procuraremos distinguir el delito de concusión del delito de extorsión. El análisis se centrará en determinar si la concusión es en esencia una extorsión calificada por la calidad del sujeto activo o si, por el contrario, es un delito autónomo.

Otro punto en el que nos enfocaremos es en el medio comisivo. Examinaremos si la intimidación que requiere la extorsión es equivalente al miedo hacia el poder público que se presenta en la concusión.

Llegados a este punto del trabajo de investigación; cerraremos este capítulo con la síntesis de algunas resoluciones o fallos de tribunales del país en las que se les da una calificación diferente a hechos de similares características, que encuadrarían en la definición a la cual adscribimos como delito de concusión.

1. Diferencia con el cohecho pasivo

1.1 Definición legal

El delito de cohecho pasivo se encuentra definido en el artículo 256 que reza: - 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.

1.2 Similitudes y diferencias entre el delito de concusión, y el delito de cohecho pasivo

Estos delitos tienen en común el atentar contra el normal desenvolvimiento de la administración pública. Sin embargo, en las exacciones ilegales y la concusión se afecta como bien jurídico también la propiedad del particular. Esto último, en razón de que el particular accede al requerimiento del funcionario como consecuencia del temor que infunde su posición en la administración pública. Con lo cual, se encontraría restringida su libertad.

En tanto a que en el cohecho pasivo, - tal como se encuentra legislado en nuestro código penal- el funcionario no toma la iniciativa y se limita a aceptar la proposición corruptora del particular. Por lo que no se afecta su patrimonio ya que su ofrecimiento es voluntario (D'alessio, 2004; De Luca, 1999; Donna 2008).

En el cohecho el acuerdo se encuentra conectado a un acto de autoridad que se compromete a realizar el funcionario. Esta exigencia no se presenta en la figura prevista en el artículo 266 (D'alessio, 2004).

En todos ellos, además –para que se configure- es necesaria la actuación de un funcionario público que abusa de los poderes de los que esta investido. (De Luca, 1999).

1.3 Una situación de difícil resolución

El punto que en la práctica presenta dificultades entre el delito de cohecho pasivo y el de concusión se presenta cuando el funcionario toma cierta iniciativa. Aquellos casos en los que realiza ciertas insinuaciones para que el particular le efectúe un ofrecimiento (Piña, 2005).

Se ha observado, que en muchos casos el funcionario no se dirige de manera directa a realizar la exigencia abusiva (De Luca, 1999). Actúa de manera sutil dando a entender al particular, la conveniencia de llegar a un acuerdo para hacer o no hacer algo relativo a sus funciones. En ese punto surge la discrepancia respecto a si el particular realiza un acuerdo libre con el funcionario, o si llega a un entendimiento forzado por el temor a las desventajas de no acceder a lo requerido abusivamente por la autoridad (Rua, 2005).

Roxana Piña señala que se puede arribar a dos soluciones: que se califique la conducta como exacción, concusión o extorsión o que se la considere atípica porque no está prevista como tal la iniciativa tomada por el funcionario en la dinámica del hecho. La segunda opción es que se admita algún grado de iniciativa por parte del funcionario en el cohecho pasivo, más allá de que se encuentre o no previsto de esta forma en la ley penal (Piña, 2005). En el mismo sentido se pronuncia De Luca (De Luca, 1999).

En los siguientes puntos trataremos de evaluar posibles respuestas a este interrogante, puesto que ésta situación es la que presenta problemas de subsunción en una u otra figura.

Por otra parte, Gonzalo Rua, refiere la situación en la cual no sea posible probar si la entrega se realizó voluntariamente y sin el consentimiento viciado, o fue causa del temor al poder público. En este caso, sostiene, que en virtud del principio *in dubio pro reo*, no puede pensarse al particular como autor de cohecho activo. Entiende asimismo, que no puede tampoco agravarse la conducta del funcionario aplicándole la figura de concusión. Lo que correspondería en estos casos, piensa, es que se legisle de manera autónoma el delito de cohecho pasivo y no se lo defina en esencia como delito de codelincuencia necesaria (Rua, 2005).

En lo que sigue daremos nuestro punto de vista sobre esta propuesta que implica un cambio en la configuración de los tipos.

1.4 Pautas diferenciadoras: Acuerdo por temor. Perjuicio. Justicia del acto

Algunos autores como Rimondi, De Luca, Rua, etc. al margen de lo prescripto en el código penal, han procurado determinar -en los casos en que existe un requerimiento ilegítimo del funcionario público- cuando el particular actúa libremente acordando con el funcionario o, por el contrario, actúa con la voluntad viciada por temor al poder público.

Ante la dificultad de probar el estado subjetivo -que actúa en el fuero interno o ánimo del sujeto pasivo del delito- han propuesto diferentes pautas objetivas.

Desde una posición extrema, se sostiene la situación de prevalencia del funcionario público sobre el particular. Se presume a partir de ella, que en todo caso el funcionario se encontraría en una situación de ventaja y superioridad sobre el particular anulando toda posibilidad de un acuerdo libre (Baigun y Zaffaroni, 2011; Buompadre, 2009; Laje, Justo y Gavier, 2001; Rimondi, 1999).

Para Rimondi, ante cualquier iniciativa del funcionario, la voluntad del particular se encontraría viciada puesto que el funcionario siempre y dado la autoridad que detenta tendría el dominio de la situación. Circunstancia por la cual, el particular no podría sustraerse sin ver afectados sus derechos ciudadanos. De ello, se sigue, que siempre que la iniciativa -llámese solicitud, sugerencia, indicación, pedido, etc.- parta del funcionario público la conducta queda subsumida bajo el delito de concusión (Rimondi, 1999).

Por su parte, De Luca, señala como decisivo para la correcta calificación, la existencia de un posible perjuicio en caso de no acceder a la solicitud del funcionario. Si no cabe esta posibilidad, el particular llegaría libremente a un acuerdo. En caso contrario, acordaría por temor y se configuraría el delito de concusión (De Luca, 1999).

Gonzalo Rúa, por el contrario, al referirse a lo propuesto por De Luca, piensa que hay que enfocarse no en los perjuicios sino en los posibles beneficios o ventajas que el acuerdo puede aportar al particular. En ese caso, el particular entablaría un acuerdo ilícito con el funcionario configurativo del delito de cohecho. Si llega al acuerdo para evitar algún perjuicio habría menos posibilidades de que este sea libre y voluntario (Rúa, 2005).

De Luca asimismo, refiere como pauta objetiva si era justo o injusto el acto por el cual se solicitó dinero. Para este autor, si el particular accedió a la solicitud para que se llevara a cabo un acto injusto, no podrá alegar ser víctima de concusión y de haber actuado con la voluntad viciada por temor. Por el contrario, si el acto que debía realizar el funcionario era justo, no puede hablarse de un pacto de corrupción. El particular en esta situación, obraría con la voluntad cercenada. Para acceder a su legítimo derecho, no le quedaría otra alternativa que aceptar el requerimiento del funcionario (De Luca, 1999).

Por último, exponemos la delimitación que realiza Humberto Vidal entre ambos delitos. Para este autor, la oferta corruptora debe partir siempre del particular para no ingresar en el terreno propio del delito de concusión. No obstante, admite cierto grado de actividad del funcionario siempre que no traspase determinado límite. Esta iniciativa para este autor consiste en gestos, sugerencias, insinuaciones. Vale decir, que el funcionario se limita a

efectuar ciertas maniobras sutiles para que el particular le ofrezca un acuerdo ilícito. Las maniobras – entiende- no deben constituir una oferta puesto que el particular se vería obligado a acordar por temor configurándose el delito de concusión (Vidal, 1968).

Lo expresa de la siguiente manera:

...la iniciativa puede nacer en él mismo pero limitada a actitudes, gestos o palabras que inciten en el codelincuente la oferta corruptora. Metafóricamente, podría decirse que el funcionario hace las veces de mercadería que se muestra incitante a la venta para que el comprador la adquiera pagando el precio. (Humberto Vidal, 1968 p. 240).

Es lo que se conoce como doctrina del puente de plata. Esta teoría consiste en que el funcionario a través de un acercamiento que establece con el particular le tiende un puente para que este le proponga el acuerdo corruptor (Rimondi, 1999).

Ahora bien, para hacer el deslinde en la práctica, propone analizar la situación de hecho atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar sumado a la manera de manifestarse de las personas (Vidal, 1968).

1.5 Calificación que corresponde cuando el funcionario inicia las tratativas.

En nuestra opinión, y a estar por la redacción de los artículos 256 y 266 del Código penal; cuando el funcionario toma la iniciativa solo puede configurarse el delito de concusión.

El cohecho pasivo de lege lata solo admite como medios comisivos el recibir dinero o cualquier dádiva o el aceptar una propuesta. Por lo que acción de requerir, solicitar, pedir, etc., no dan lugar a que se configure este delito.

No obstante, a los fines de este trabajo corresponde fundamentar si de lege ferenda el cohecho pasivo admite algún grado de iniciativa; o bien el simple requerimiento, pedido o solicitud sin intimidación posee la virtualidad necesaria para generar cierto temor al poder público configurativo del delito de concusión.

Coincidimos en que, al igual que como se encuentra legislado, el delito de cohecho pasivo es en esencia un delito de codelincuencia necesaria y, por lo tanto, requiere la iniciativa del particular realizando una propuesta ilegítima al funcionario. Fundamentamos esta opinión en el hecho de que el funcionario se encuentra en una posición de preeminencia que viciaría la voluntad del particular para arribar a un acuerdo ilícito (Baigún y Zaffaroni (2011); Buompadre, 2009; Laje, Justo y Gavier, 2001; Rimondi, 1999).

Aún, en el caso que el funcionario realice una exigencia perjudicial para el Estado y beneficioso para el particular. Como puede ser, por ejemplo, el pago de un retorno para que le otorguen la realización de una obra pública. Como así también, el liberarse de cumplir con ciertas normas que lo perjudicarían siendo menos oneroso pagar la tarifa exigida. Por ejemplo, no pagar una multa o evitar una clausura por no contar con las habilitaciones respectivas al no estar en regla, etc. Aún en estos casos, el particular se vería precisado a acceder al pedido del funcionario puesto que de lo contrario podría aparejarle consecuencias indeseadas a futuro que no podría evitar. Por ejemplo, someterse a trámites burocráticos excesivos, demoras, excesos de controles, etc. La casuística sería casi infinita.

Es que el particular, se halla en una situación de desventaja porque su libertad se encuentra sujeta a decisiones funcionales. No sucede así en el ámbito privado, puesto que el particular puede acceder a lo que le resulte más conveniente a sus intereses y derechos subjetivos en virtud de la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad.

Por estos motivos, compartimos la opinión de Humberto Vidal en el sentido que la iniciativa del funcionario que puede ser aceptada como configurativa del delito de cohecho pasivo es extremadamente restringida. Tal como sostiene este autor no debe excederse de sugerencias, gestos, silencios, que puedan propiciar una oferta (Vidal, 1968).

Consecuencia de ello, consideramos que no se requiere una intimidación especial para que se configure el delito de concusión, sino que basta y es apto cualquier medio por el cual el funcionario manifieste una voluntad clara en el sentido de obtener el objeto delictivo ya sea un requerimiento, solicitud, pedido, etc.

Por otra parte, en relación a las diferentes pautas sugeridas por los autores, las consideramos sumamente útiles como indicios complementarios aptos en aquellos casos en los que resulte dificultosa la prueba en relación a si lo obtenido por el funcionario fue fruto de un requerimiento o por el contrario este asumió una actitud pasiva de aceptar o recibir.

Pautas como las señaladas, por ejemplo si el acto le provoca un perjuicio al particular o si la exigencia es para la realización de un acto justo, serían indicios que refuerzan la prueba en el sentido de que el particular ha entregado el objeto delictivo en virtud de una solicitud configurativa del delito de concusión.

2. Diferencia con la extorsión

2.1 Definición legal de extorsión

La extorsión se encuentra definida en el artículo 168 del Código Penal de la siguiente manera: - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

2.2 Diferencias entre la extorsión y la concusión

La concusión, como ya vimos, se la considero históricamente como una forma de extorsión. Para Rimondi, la concusión es en esencia una extorsión pero con la característica particular de que el sujeto activo es un funcionario público que abusa de su función (Rimondi, 1999).

Por otra parte, Creus, entiende que cuando el funcionario realiza una exigencia lucrativa a título particular se podría configurar algún delito que atente contra el patrimonio como bien jurídico -robo, extorsión, estafa-, pero no se constituiría el delito de exacciones ilegales o concusión (Creus, 1981).

A partir de las consideraciones referidas y de lo expresado respecto a la conducta que nosotros consideramos constituye el delito de concusión, se hace necesario efectuar el deslinde de ambos delitos.

Como se señala correctamente, ambos delitos tienen como finalidad apropiarse de parte del patrimonio del particular en base al temor que se genera en la víctima (Ramos Mejía, 1963).

No obstante, al mismo tiempo, el delito de concusión afecta a la administración pública. Se señala en doctrina que por esta razón, y por considerar esta afectación de mayor entidad, se lo ha colocado en el capítulo que corresponde a los delitos que afectan a la administración pública. (Baigún y Zaffaroni, 2011; Creus y Buompadre, 2007; Peralta, 2005; Ramos Mejía, 1963; Terragni, 2003).

En esta figura, a diferencia de la extorsión, el delito solo puede ser cometido por un funcionario público que efectúa un abuso de la función que tiene encomendada. El autor se vale de esta circunstancia, para obtener la ventaja patrimonial (Ramos Mejía, 1963).

La circunstancia de que este delito lesiona a la administración pública es a nuestro juicio lo que diferencia esencialmente ambos delitos.

El hecho de prevalerse como medio delictivo de la investidura pública, amparándose en el poder coactivo del estado, ocasiona una lesión que trasciende el campo privado y se traduce en afectación social (Ramos Mejía, 1963).

Se ha enmarcado como bien jurídico colectivo o supraindividual a la administración pública y por tanto su protección, se encuentra dentro de los bienes cuya tutela ha trascendido la esfera individual para abarcar a la comunidad, al sistema social u orden social (Reyna Alfaro, 2005).

De Luca, hace hincapié en las particularidades que exhiben los delitos que atentan contra la administración pública y que los distingue del resto de los delitos comunes. En estos últimos el sistema penal solo se ocupa de establecer un conjunto de garantías del individuo para preservarlo de que el poder persecutorio del Estado no se aplique de manera arbitraria (De Luca, 2008).

En tanto que la protección de la administración pública tiene como fin preservar el sistema en general. Esto es, el orden democrático y republicano establecido para satisfacer las necesidades de la sociedad en su conjunto. Por ello tiene en mira la protección de derechos que exceden el marco individual (De Luca, 2008).

En su opinión:

...debemos incorporar el concepto de desvío de poder en asuntos públicos. Los actos de corrupción conforman un subsistema que rompe el sistema previsto cuya razón de ser consiste en que todos estemos bajo la ley (viene del iluminismo). Ese sistema se quiebra cuando una persona se coloca por sobre ella. Esto atenta directamente contra la democracia representativa (De Luca, 2008).

Esta posición también se apoya en el artículo VI, 1a. de la Convención Interamericana contra la Corrupción citado en la introducción, y en el artículo 15 inciso b) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²². Ambas convenciones definen como acto de

²² Artículo 15 Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del 2003. Convención incorporada por ley 26097 del 10 de mayo de 2006. Honorable Congreso de la Nación Argentina: Soborno de funcionarios públicos nacionales: Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a

corrupción la conducta que hemos definido como delito de concusión. Asimismo, en virtud de estas convenciones los Estados que la han adoptado se comprometen a tipificar estas conductas dentro de sus legislaciones internas²³.

Otra diferencia se advierte respecto a que la concusión no requiere la efectiva lesión al patrimonio del particular para que se produzca la consumación del delito.

Haciendo referencia a los delitos de ofensa compleja Tarditti y Rua (2014), señalan, que en estos delitos la lesión al bien jurídico preponderante es el que marca cuando se consuma el delito.

En este caso, la solicitud o exigencia ilegítima del funcionario resultan suficientes para consumir la ofensa a la administración pública sin requerir una efectiva lesión al patrimonio del particular. La detracción patrimonial no es esencial.

Por el contrario, para que se consume el delito de extorsión es esencial una disminución en el patrimonio del ofendido penalmente que se efectiviza con la entrega, envío o depósito de cosas, dinero, o documentos. Ello en virtud de que la extorsión es en esencia un delito de resultado.

Por otra parte se diferencian por el medio comisivo. En nuestra opinión, en el delito de concusión no es esencial que el funcionario intimide o coaccione al particular –amenace con el anuncio de un mal, perjuicio o daño-.

En el desarrollo de esta conducta delictiva, se ha señalado y coincidimos, sólo en los casos más groseros el funcionario amenaza directamente con hacer uso del poder público. En muchos casos, para asegurar su impunidad el funcionario actúa de manera más velada y sutil aprovechándose o valiéndose de la potestad que le fue encomendada para realizar un requerimiento ilegítimo (Ramos Mejía, 1963).

un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

²³ Artículo VII Convención Interamericana contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996. Incorporada por ley 24759 el 4 de diciembre de 1996 por el Honorable Congreso de la Nación Argentina. Legislación interna. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Si tomamos como válida la doctrina que sostiene que el delito de concusión se encuentra definido en el artículo 266 del código penal, vemos que este no requiere como elemento típico que se intimide al particular.

Si lo requiere el artículo 267²⁴. Pero este, constituye un agravante de la conducta prevista en el artículo 266. No obstante, aún en este caso, adherimos a la postura que circunscribe el carácter intimidatorio a la amenaza de un mal que se encuentra dentro de la esfera de la actuación funcional. Esta intimidación consiste en amenazar con la realización de un acto de poder (Fontán Balestra, 2004). Por el contrario, la intimidación propia de la extorsión consiste en la amenaza de cualquier perjuicio o daño de cierta entidad.

A modo de síntesis y como corolario de estas diferencias, podemos decir que desde nuestra perspectiva el delito de concusión posee notas características de entidad suficiente para dotar a este delito de autonomía respecto a la extorsión.

La tutela jurídica se dirige principalmente a la protección de distintos bienes jurídicos. El delito de concusión atiende preponderantemente la protección del interés social y público; la extorsión a un interés individual y privado.

Finalmente, no comparten el mismo medio comisivo. Para la concusión basta el aprovechamiento del mero temor a la autoridad pública. En tanto que la extorsión requiere de intimidación. Vale decir, la amenaza de causar al sujeto pasivo un daño de cierta entidad.

3. Fallos

Sin pretender agotar lo vasto de ésta temática en jurisprudencia argentina, pretendo demostrar en este punto como se han plasmado los interrogantes detallados supra en distintos fallos que, como veremos, ponen de manifiesto la importancia de la temática analizada.

Un caso concreto en el que se analiza en detalle gran parte de la problemática analizada hasta el momento, lo encontramos en el fallo “Varela Cid”²⁵ de la Cámara Nacional de Casación Penal Sala IV del año dos mil.

²⁴ ARTICULO 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

²⁵ C.Nac. de Casación. Penal. Sala IV, “Varela Sid”, J.A 2002-I-479.

Varela Cid era diputado y con la participación de Juan José Girella, solicitaron una “colaboración” para la campaña política al Sr. José Raúl Ongaro –representante de la Cámara de prestadores postales de la República Argentina. A cambio de esta colaboración, Varela Cid, se comprometía a frenar la aprobación de la ley de correos que ya tenía media sanción en el Senado, y a que se modificaran los artículos pertinentes perjudiciales a los intereses de los prestadores postales. (Rua, 2005).

El Tribunal Nacional Oral Criminal Federal N°5 condenó como autor penalmente responsable a Varela Cid por el delito de Concusión previsto en el artículo 266 del C.P. Encuadro la conducta de Varela Cid en base a la interpretación del art. 266 C.P realizada por la doctrina sentada por Ramos Mejía.

Para este autor, el delito de concusión se encuentra tipificado en el artículo 266 junto con la tipificación del delito de exacciones ilegales cuando su autor exige como objeto delictivo “dádivas”, ya que estas nunca pueden ser pedidas para la administración por lo que son exigidas siempre a título propio. (Ramos Mejía, 1963).

El defensor público oficial que asistía al Sr. Varela Cid interpuso recurso de casación contra esta sentencia sosteniendo que se incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva afectando el principio de legalidad, la defensa en juicio, el principio de inocencia y el de culpabilidad.

En su defensa, arguyó que sí pueden exigirse dádivas para la administración y que su exigencia es una posibilidad más de incurrir en el delito de exacciones ilegales. Sostuvo que la conducta de Varela Cid se encuentra prevista en el artículo 268 o bien resulta atípica.

Finalmente, solicitó el sobreseimiento de su defendido por considerar su conducta atípica. Fundamentó dicha solicitud en una irregular regulación legal que no puede perjudicar al imputado. Que la concusión debe estar prevista de manera autónoma pero mientras dicha reforma no tenga lugar no se puede interpretar de manera perjudicial contrariando el espíritu y la letra de la ley penal.

La Cámara Nacional de Casación Penal sala IV resolvió por voto mayoritario, revocar la sentencia de primera instancia y sobreseer a Varela Cid por considerar su conducta atípica.

Una de sus vocales, la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia sostuvo que son posibles las dádivas para la administración pública. Entendió que el artículo 266 regula el delito de exacción simple y que los artículos 267 y 268 son sus agravantes. La dádiva, consideró, encuadra en el artículo 266 cuando se la exige para la administración pública y se la ingresa a la misma.

Por último para descalificar y revocar la calificación legal dada por el Tribunal de primera instancia concluyó afirmando que una dádiva para sí no puede constituir el delito de exacciones ilegales.

En otro caso pero del fuero provincial “Balastegui Juan”²⁶ del año dos mil diez la Cámara de Acusación Calificó la conducta como extorsión. El juzgado de control N°8 había dictado prisión preventiva para los imputados manteniendo la calificación de la fiscalía como delito de extorsión.

Los hechos consistieron en que los imputados habían concurrido en un móvil policial -dos vestidos de uniforme y dos de civil- a un taller mecánico. En el lugar habrían encontrado un cilindro de gas robado y en virtud de ello le habrían exigido una suma de dinero a la víctima “para parar la bronca”. Esa manifestación correspondía a evitar un supuesto allanamiento del taller y que personal de sustracción de automotores no lo molestara.

La Cámara de Acusación, cuando fue apelada la resolución del juzgado, resolvió mantenerla –que confirmaba la prisión preventiva y la calificación como extorsión-. La defensa en su apelación había pedido que se encuadraran los hechos en la figura de exacciones ilegales del artículo 266 por el carácter de funcionario público de los imputados y su actuación dentro de sus funciones.

La Cámara fundamentó su decisión –calificar la conducta como extorsión- en que si bien concurrían los requisitos de tratarse de funcionarios públicos y actuar abusando de su cargo el requerimiento en todo momento era para ingresarlo en su peculio y no para la administración pública.

Por su parte, el TSJ de Córdoba en el fallo “Albornoz”²⁷ del año dos mil seis mantuvo la calificación de delito de extorsión efectuada por la Cámara Séptima del Crimen. Ello con motivo de la presentación del recurso de casación de sentencia solicitando el cambio de calificación al de concusión agravada -art. 268 del Código Penal-.

No obstante, -a diferencia de los anteriores- uno de los motivos en los que fundamentó la resolución, se centró en otra de las circunstancias jurídicamente relevantes controvertidas del delito de concusión.

Los hechos se desarrollaron de la siguiente manera: El Sr. Daniel Cofanelli se encontraba en su oficina cuando el Sr. Raúl Albornoz y el Sr. Sergio Molina ingresaron a la

²⁶ Cám. de Acusación de Córdoba, “Balastegui Juan” Auto N° 263 (2010).

²⁷ T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “Albornoz Raúl Armando”, Sent. N°14 (2006).

misma. Manifestaron ser policías y mostraron una especie de credencial. En el pasillo le dijeron que se encontraban ahí con motivo de una denuncia en virtud de que había vendido una máquina que era de “procedencia sucia” y que había “una bronca por una comisión no pagada”. Le dijeron que si no les entregaba la suma de quince mil pesos, lo iban a meter en cana por asociación ilícita, iban a abusar de su esposa y le iban a hacer la vida imposible. Cofanelli respondió que no tenía dinero. Frente a ello, le dijeron “danos dos mil ahora”. A lo cual Cofanelli accedió.

Uno de los argumentos expuestos para sostener la calificación de extorsión, se basó en que si bien Sergio García revestía la condición de policía, su tarea específica era la de conducir vehículos y que por tanto había actuado fuera de la órbita de su actuación funcional.

En tanto que Raúl Albornoz, si bien conservaba su “estado policial”, no tenía derecho a ejercer la función policial pues ya no pertenecía al servicio policial activo.

Como vemos la resolución adscribe a una interpretación restrictiva de los términos “abuso del cargo” del artículo 266 del Código Penal, limitando el requerimiento a la función específica que el funcionario ocupa dentro de la administración.

Por último, con un criterio distinto, el máximo tribunal provincial -en fallos como “Chavez”²⁸ del año dos mil uno y “García Bruno”²⁹ del año dos mil cinco- circunscribe la acción típica de solicitud o exigencia de dádivas que realiza el funcionario público abusando de sus funciones – pero sin analizar a nombre de quien se realiza el pedido- en el artículo 266 del Código Penal calificándolo de exacciones ilegales, y en el artículo 268 del Código Penal cuando se prueba que el autor convierte lo obtenido por la exacción en provecho propio.

Para no ser sobreabundantes solo relataremos sucintamente los hechos que dan lugar al fallo “Chávez”.

El policía Jorge Abas Chávez que se encontraba en un puesto caminero policial en una ruta de la provincia detiene una máquina cosechadora. El conductor le avisa al propietario de la máquina, de apellido Pautasso, porque Chávez no lo deja seguir la marcha puesto que estaba cometiendo una supuesta infracción. En el lugar, Chávez le informa que necesitaba autorización de Vialidad Provincial y que estaba esperando un inspector municipal para que le hiciera la boleta, pero que si le daba una suma de dinero determinada lo iba a dejar continuar y se evitaría la multa que le iba a resultar más onerosa. Pautasso se negó a pagar.

²⁸ T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “Chavez, Jorge Abas” Sent. N°22 (2001).

²⁹ T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “García Bruno Roberto”, Sent. N°23 (2005).

Llego el inspector y labró el acta de infracción y lo dejó continuar pese a que Chávez se oponía.

Unos días después y estando en funciones en el puesto caminero, detiene al Sr Alberto Beltramino. Este se conducía en un colectivo adaptado como autobox, transportando dos caballos y una yegua de carrera. Para mantenerlo detenido Chavez adujo que no tenía la autorización del dueño de los caballos y le exigió una suma de dinero. Como no tenía dinero, Beltramino le dejó el gato y le prometió volver a traerle el dinero y recuperar el gato. Chavéz le respondió “andáte, pero no te olvides a la vuelta de dejarme la guita; te voy a estar esperando”.

El mismo día, Chavez increpa al Sr. Francisco Burletto que se encontraba parado sobre la bocacalle haciendo dedo y le manifiesta que no podía andar por la calle porque la noche anterior había estado tomando bebida y le exige una suma de dinero. Se generó una discusión pero Chávez no pudo obtener la suma de dinero.

Por último, ese día, el mismo personal policial, detiene a Fermín Castillo quien se conducía a bordo de un camión transportando caballos de carrera. Tras pedirle la documentación de los caballos que transportaba, le dice que no se encontraban en regla y que debía abonarle una suma de dinero para dejarlo seguir. Para no tener problemas Castillo le entrega la suma requerida.

Momentos después y ya anoticiados en la subcomisaría de lo que pasaba en el puesto caminero intentó paralizar telefónicamente las actuaciones. Al apersonarse allí, saca el dinero de su bolsillo e intenta devolvérselos a Castillo. Avaca el jefe de guardia le dice a Castillo que ese dinero debe ser secuestrado previo labrarse el acta respectiva. Cuando Avaca tenía el dinero Chávez le dice “dame la plata”, tira un manotón pero no logra sacárselo.

El tribunal calificó legalmente los hechos de exacciones ilegales (tres hechos) y exacciones ilegales agravadas –concusión- (un hecho). En los tres primeros hechos no logro convertir suma de dinero alguna en su provecho. En el cuarto hecho, fue acreditado que convirtió en provecho propio el dinero por ello se lo califico de exacción agravada.

Conclusiones parciales

A modo de cierre haremos algunas reflexiones en torno a lo que representa el delito de concusión y que nos llevan, como hemos visto en este capítulo, a diferenciarlo de los delitos

de cohecho pasivo y extorsión. Figuras con las cuales comparte un origen histórico y que con el tiempo ha ido independizándose.

A nuestro juicio, el delito de concusión se configura con cualquier requerimiento ilegítimo del funcionario público con ánimo lucrativo vinculado a la realización de un acto de poder propio de la función pública que no sea ostensiblemente extraño al cargo que desempeña.

El solo hecho del requerimiento realizado por alguien que se encuentra investido de poder público condiciona al particular afectando su ánimo, su voluntad y su libertad. Aun admitiendo que el acto pueda ocasionarle un beneficio, la conducta del funcionario sigue siendo delictiva y lesiona el normal desenvolvimiento de la administración pública que es lo que se ha considerado preponderante en este delito.

Consideramos que la clave de este delito es la ilegitimidad del requerimiento, la solicitud de algo a lo que nunca el funcionario se encuentra autorizado. No existe ninguna norma de cobertura que ampare el requerimiento del funcionario.

La función pública y es lo que en definitiva se intenta resguardar, tiene un fin social que no debe transformarse en una fuente lucrativa de la persona a la cual se le ha conferido democráticamente poderes dentro del estado. Por ello no consideramos esencial que el carácter coactivo de la solicitud sea explícito. Si, en cambio, consideramos esencial el abuso del cargo o función.

Para concluir esta unidad, referimos que en los fallos brevemente expuestos vemos que se reflejan muchas de las cuestiones que registramos como controvertidas. Dependiendo del tribunal, se ha optado por un encuadramiento penal distinto a hechos de similares características atentando contra la uniformidad. Ello en razón de que la redacción de los tipos penales de los artículos 266 y 268 del Código Penal da lugar a una atribución de significado diferente en relación a sus propiedades relevantes.

Se advierte a partir de lo expuesto – disimiles calificaciones legales para circunstancias de hecho similares- un posible quiebre del principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

De la Rúa y Tarditti observan en relación a este principio vinculado a materia penal:

Más allá de los criterios de individualización, el marco penal debe ser el mismo para el mismo hecho. Es posible, incluso, lesionar la garantía constitucional cuando se establece sin fundamento racional un rasero distinto a autores de los mismos hechos (Tarditti, de la Rúa, 2014, tomo 2 p. 501).

CAPÍTULO IV

DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y DEL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

Presentación

En este último capítulo y habiendo diferenciado los delitos de concusión, cohecho pasivo y extorsión corresponde hacer un cotejo de las consecuencias penales previstas para estas figuras en el Código penal.

Este análisis se justifica puesto que para un completo estudio respecto al objeto general de este trabajo –si el delito de concusión se encuentra correctamente legislado en nuestro código- no puede prescindirse de evaluar si la pena prevista guarda relación y proporcionalidad sistemática con estas figuras afines.

El tipo delictivo comprende, por un lado la descripción de la conducta punible, y por otro, la conminación de una sanción o pena.

Concluida la exposición de la primera instancia, en este capítulo efectuaremos el examen de este segundo requisito requerido por el principio de legalidad -que la pena se encuentre establecida en la ley penal y de manera precisa-.

A continuación, en la segunda parte de este capítulo, veremos y analizaremos como se encuentra previsto el delito de concusión en el anteproyecto de Código Penal, el cual presenta cambios significativos en la descripción de este delito.

1. La desproporción de las penas en relación al cohecho y la extorsión

La fijación de la cantidad y de la calidad de la pena es una cuestión de política criminal. Generalmente y lo correcto es que el legislador, en materia penal, tome como parámetro para su determinación - tal como lo señala De Luca- la entidad del bien jurídico que intenta proteger con la amenaza de sanción (De Luca, 1999).

En esta materia y debido a diversas reformas legislativas, los autores han detectado la falta de proporcionalidad en relación a los bienes jurídicos en juego (Ramos Mejía 1963; Rimondi, 1999; Rua, 2005; Soler 1992).

Se señala que el delito comprendido en el artículo 266 debería estar conminado con una pena mayor a la prevista para el delito de cohecho pasivo, ya que el mismo, lesiona además de la administración pública el patrimonio del particular (Rua, 2005).

En la concusión, tanto el abuso de la autoridad conferida para la consecución del bien público, como la afectación de la libre determinación del particular motivan, que este delito presente una mayor gravedad. Consecuencia de ello debería estar previsto bajo un mayor reproche penal (Donna, 2008; Ramos Mejía, 1963; Rimondi, 1999; Rua, 2005).

Sin embargo, el cohecho pasivo se encuentra reprimido con una pena que va de uno a seis años de reclusión o prisión e inhabilitación especial perpetua. En tanto que el delito previsto en el artículo 266 del código penal donde parte de la doctrina ubica al delito de concusión, prevé solo una pena de prisión que va de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años.

En tanto que si aceptásemos que el delito de concusión se encuentra previsto en el artículo 268 del código penal, como pretende otra parte de la doctrina, las penas serían prácticamente equivalentes –prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua-.

La incongruencia es mayor si cotejamos la pena prevista para el delito de extorsión y la prevista en los artículos 266 y 268 del código penal (Rimondi, 1999).

El delito de extorsión se encuentra conminado con una pena de reclusión o prisión cuyo monto se establece en una escala que va de cinco a diez años.

Esta notoria superioridad en la escala penal no se condice con la afectación que provocan ambos delitos. La extorsión lesiona el patrimonio de un particular –bien individual- en tanto que la concusión además de la amenaza al patrimonio del particular lesiona un bien social indispensable para el funcionamiento de la sociedad la administración pública.

Este desajuste, se debe a la reforma al monto de la pena del artículo 168 del código penal a partir de la ley 20.642. Se señala que antes de esta reforma, la pena prevista en el artículo 268 equivalía a la sumatoria de la pena prevista para la extorsión y a la establecida para el abuso de autoridad (Rimondi, 1999; Soler, 1992).

1.1 Consecuencias

Tal como se encuentran determinadas las sanciones penales de estos delitos, no se respeta lo que en doctrina se denomina principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es la garantía para que en el Estado de derecho impere la racionalidad en el establecimiento y aplicación de las penas. Es una vaya o límite que debe respetar el Estado para no incurrir en la irracionalidad (De la Rúa y Tarditti, 2014).

Conforme a este principio, a grandes rasgos, las penas deben guardar adecuada proporción –graduarse- conforme la gravedad del delito que sancionan (Mir Puig, 2005).

Uno de los principales parámetros para su establecimiento, es tomar en cuenta los bienes jurídicos a los que brindan especial protección.

Para Mir Puig, la graduación de la pena, tiene por fin no solo persuadir que no se cometan estas infracciones penales. Sino también, principalmente, mantener la vigencia de las normas conforme a su importancia (Mir Puig, 2005).

Los delitos sancionados con mayor severidad evidentemente serán los que se consideren más relevantes socialmente. Por ello, este autor, considera que debe tomarse como criterio para graduar las penas la trascendencia social del delito. La gravedad social de la lesión al bien jurídico tutelado (Mir Puig, 2005).

Siguiendo esta línea de pensamiento, vemos que la extorsión posee una pena desproporcionada en relación con la pena prevista para las exacciones ilegales; o bien, esta se encuentra sancionada de manera muy benigna en comparación con el cohecho pasivo y la extorsión.

2. Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. PEN 678/12).

2.1 Definición legal

El anteproyecto regula la concusión de la siguiente manera: Artículo 261.- Cohecho y Concusión: “Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) días, e inhabilitación hasta veinte (20) años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta exigiere, solicitare, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial, o su promesa, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

El máximo de la pena de prisión será de doce (12) años para el magistrado del poder judicial o del ministerio público que por sí o por persona interpuesta exigiere, solicitare, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, ventaja

patrimonial, o su promesa, para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

2.2 Análisis de la regulación de la concusión en el anteproyecto

El Anteproyecto de Código penal contiene modificaciones en relación al contenido de los tipos que tutelan el bien jurídico administración pública. Ello con el fin de actualizar la legislación en consonancia a los pactos internacionales suscriptos por nuestro país en materia de corrupción (Degoumois y Ghezzi, 2015).

El Anteproyecto viene a dar una respuesta -creemos superadora- de todos aquellos puntos controvertidos que venimos analizando en relación a la actual redacción de los artículos 266 y 268 del Código Penal.

En primer lugar, regula de manera independiente el delito de concusión del delito de exacciones ilegales.

El delito de exacciones se encuentra previsto de la siguiente manera en el anteproyecto: artículo 271.- Exacciones ilegales

Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de treinta (30) a ciento veinte (120) días, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, con destino a la administración pública, por sí o por interpuesta persona, una contribución o un derecho, o cobrare mayores derechos que los que le correspondieren.

Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de terceros las exacciones expresadas en el inciso anterior.

Como se puede ver, las exacciones se circunscriben a un requerimiento abusivo que se efectúa para la administración pública. No solo eso, el objeto delictivo es la exigencia ilegítima de contribuciones y derechos, objetos que solo puede percibir el estado.

Se han suprimido los dos agregados producto de anteriores reformas que originaron la mayor parte de las controversias doctrinarias.

Con el objeto de diferenciar las exacciones del cohecho y la concusión; se suprimió por un lado, la acción típica de solicitar, para que no queden dudas de que la exacción no es fruto de un acuerdo espúreo sino de una exigencia abusiva del funcionario (Degoumois y Ghezzi, 2015).

Por otra parte, se ha suprimido como objeto delictivo la dádiva. Ello, para que no se generen confusiones respecto a que el objeto delictivo se dirige a la administración pública y así poder diferenciarlo del delito de concusión (Degoumois y Ghezzi, 2015).

A continuación, nos centraremos en la redacción de la primera parte del artículo 261 que contempla el delito de concusión de manera conjunta con el delito de cohecho.

De manera poco usual, la nomenclatura del artículo hace referencia a dos delitos que se encontrarían tipificados en un mismo artículo.

Creemos que la dificultad de la prueba de cuando nos encontramos frente a uno u otro delito, pudo haber llevado al legislador a regular ambos delitos en un mismo artículo por cuestiones prácticas. O bien, se ha decidido por asignarles a ambas conductas una misma reprochabilidad penal. Esto, puesto que en ambos casos se lesiona a la administración pública como bien jurídico preponderante y en ambos existe el ánimo de lucro indebido del funcionario al tomar la iniciativa.

Degoumois y Ghezzi (2015), observan que la acción típica de solicitar corresponde al delito de cohecho en tanto que la acción típica de exigir -de carácter coactivo- comprende el delito de concusión. También al aceptar la iniciativa del funcionario, se ha dejado de lado la exigencia de la necesidad de la codelincuencia necesaria en el delito de cohecho pasivo. Pareciera que la propuesta de reforma no lo considera un requisito esencial de la figura. Asimismo, limita el objeto del delito a la obtención de una ventaja de carácter patrimonial, dejando fuera de la punición cualquier otro tipo de objeto que no tenga este carácter.

Por último esta formulación vincula la acción típica de la concusión con la exigencia de una finalidad relacionada con la función (hacer, omitir o retardar un acto propio de la función).

La conexión con un acto propio de la función, circunscribe el ámbito de actuación funcional que es alcanzado por la punición. Consecuencia de ello, y a falta de relación con un acto de la función, el funcionario actuaría como mero particular. De ahí que pueda ser pasible del delito de extorsión -en caso de cumplir con el resto de los elementos típicos que este delito requiere- pero no de concusión.

Conclusiones parciales

Luego de evaluar la conminación penal de estos delitos, entendemos que para alcanzar una relación armónica y una adecuada proporcionalidad de las penas entre los delitos de concusión, cohecho pasivo y extorsión resulta evidente la necesidad de una reforma en este punto.

Se advierte que para mantener una relación lógica entre la conducta delictiva y la consecuencia prevista es imprescindible se adecúen las penas conforme a los bienes jurídicos que lesionan estos delitos.

Sí, tal como lo entiende Mir Puig (2005), para resguardar la vigencia de las normas más importantes y para no conculcar el principio de proporcionalidad, las sanciones penales más graves deben correlacionarse con los delitos que ocasionan una proporción mayor de daño social. Entonces, los delitos que afectan a la administración pública y que atentan contra el orden democrático se encontrarían dentro de los más lesivos socialmente. No obstante, se puede observar que se conminan con sanciones benignas tomando en consideración lo expuesto.

En consecuencia, en el caso que tomásemos como válido que el delito de concusión se encuentra tipificado en el artículo 266 o bien en el artículo 268 del código penal, en lo que hace a la sanción y en virtud de las observaciones realizadas consideramos que debería elevarse la pena de este delito. Por otra parte readecuarse la pena del delito de extorsión y cohecho conforme a este.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se ha pronunciado respecto de las penas que corresponde a los delitos descriptos en ella en el artículo 30 en su primer párrafo.³⁰

En lo que se refiere a la regulación de la concusión en el anteproyecto; se advierte que se han incorporado muchos cambios en los puntos que han generado mayor controversia respecto a este instituto.

Señalamos a continuación algunas de las reformas que consideramos un avance en esta problemática y un acierto de la comisión redactora:

³⁰ Artículo 30 Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del 2003. Convención incorporada por ley 26097 del 10 de mayo de 2006. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Proceso, fallo y sanciones: 1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

- La regulación de manera independiente del delito de concusión respecto al delito de exacciones ilegales. Quedando claramente establecido que en la exacción se realiza una exigencia indebida para la administración y su objeto solo corresponde a algo a lo que está autorizado a percibir la misma. Vale decir, impuestos, contribuciones derechos, multas, etc.

- Una penalidad mayor en el delito de concusión en relación al delito de exacciones ilegales acorde con los bienes jurídicos en juego y la intencionalidad del funcionario público –satisfacer su ánimo de lucro-.

No obstante estos aciertos, no consideramos atinado la regulación en un mismo artículo del delito de concusión con el cohecho pasivo. A nuestro juicio deben ser regulados en distintos artículos de manera independiente.

Como ya hemos dicho, participamos de quienes piensan que el cohecho pasivo es un delito de codelincuencia necesaria tal y como se lo encuentra previsto en nuestro actual código penal.

CONCLUSIONES FINALES

Después de haber desarrollado en los capítulos precedentes todos aquellos tópicos atinentes a los objetivos específicos que nos habíamos planteado, nos resta hacer una síntesis de lo más destacado.

Con estos elementos, finalmente, daremos nuestro punto de vista sobre el problema central que trazamos como objetivo de esta investigación.

Comenzamos destacando que hemos observado que conceptualmente los términos exacciones ilegales y concusión no se presentan como equivalentes. Se entiende que se exacciona para el Estado. Si el requerimiento es ilegítimo, la conducta se convierte en delictiva (Breglia Arias y Gauna, 2007; Creus, 1981; Creus y Buompadre, 2007). Por el contrario, se sostiene que la concusión persigue una finalidad lucrativa de carácter particular por parte del funcionario (De Luca, 1999; Ramos Mejía, 1963; Rimondi, 1999).

No obstante, legislativamente ha imperado la confusión.

Para poder determinar el modo en que se encontraría legislado el delito de concusión en nuestro Código Penal tuvimos que acudir a la regulación de los artículos 266 y 268 de este cuerpo normativo.

Algunos autores han intentado subsumir el delito de Concusión dentro de estos artículos.

Ramos Mejía coloca el delito de concusión en el artículo 266 que regula el delito de exacciones ilegales. Recapitulando, en su interpretación a este artículo del código, este autor sostiene que cuando el objeto que se solicita o exige es una dádiva se configura el delito de concusión. Esto en razón de que en su opinión, nunca pueden exigirse dádivas a nombre del Estado y cuando se las exige siempre se lo hace a título propio (Ramos Mejía, 1963).

Si bien su crítica resulta muy atinada en relación a la incorporación como objeto delictivo del término dádivas dentro de la redacción del artículo 266 que regula el delito de exacciones ilegales. Creemos que la validación de su interpretación, en el sentido que se regularía el delito de concusión con su exigencia, atentaría contra el rigor sistemático del código. Esta inteligencia del artículo, se presenta como contradictoria con el artículo 268 establecido como agravante de la conducta descrita en el artículo 266. Aun cuando pueda

ser errónea la incorporación del término dádivas como objeto delictivo, la interpretación correcta debe ser la más armónica con la sistemática del código.

Como hemos visto, el artículo 268 del código penal subsume la conducta del funcionario que convierte en provecho propio las exacciones de los artículos 266 y 267 del código. Con lo cual, lo exaccionado en la conducta descrita en el artículo 266 lo sería para el Estado, aún si se tratase de una dádiva. Por estos motivos consideramos que esta interpretación no resulta armónica con la sistemática del código en su conjunto. Consecuencia de ello entendemos que el delito de concusión no se encuentra tipificado en el artículo 266 del actual código penal.

Tampoco consideramos acertada la interpretación de Soler en el sentido de que el delito de concusión se encuentra regulado en el artículo 268. Considerando que desconoce el significado literal del término conversión que claramente hace alusión a una transformación del destino de lo exaccionado que en lugar de dirigirse a la administración se desvía al patrimonio del funcionario o un tercero. Esta figura, entendemos, tal como lo sostiene Creus (1981), no regula la conducta del funcionario que ilegítimamente requiere desde el principio para su beneficio particular.

En nuestra opinión el delito de concusión no se encuentra descrito en el artículo 266 y tampoco en el artículo 268.

Algunos autores como Gonzalo Rua, para salvar este vacío, proponen darle mayor extensión al cohecho pasivo abarcando la iniciativa del funcionario que llegaría a un acuerdo venal con el particular. Ya hemos dado las razones por las cuales pensamos que el cohecho pasivo solo abarca la conducta del funcionario que se limita a recibir y aceptar la oferta del particular (Rua, 2005).

Por último, algunos tribunales calificaron la conducta como extorsión. Hemos sostenido también que en nuestra opinión la concusión es un delito que posee autonomía de la extorsión. La principal razón es que la concusión protege esencialmente como bien jurídico la administración pública. Tanto es así, -tal como lo señalamos en el capítulo tercero- que la conducta objeto de investigación ha sido descrita en los pactos internacionales como corrupción.

Del análisis que hemos efectuado de estos artículos del código, llegamos a la conclusión de que el delito de concusión no se encuentra legislado de manera expresa. Esta falta de taxatividad en la descripción de esta conducta delictiva, entendemos, afectaría

fundamentales principios constitucionales en caso de su calificación en tipos afines. Como hemos visto esta situación es la que se reitera en los fallos de nuestros tribunales.

En este sentido, la existencia de interpretaciones contradictorias atenta contra la posibilidad de un satisfactorio derecho de defensa. Ante la presencia de una imputación delictiva, el sujeto pasivo no tendría claro cuál es el delito que se le imputa –tampoco podría exigírsele que se motive a actuar conforme a la norma, ante la imprevisibilidad- (Rua, 2005).

Asimismo, se vulnera el principio constitucional de legalidad³¹ que, reiteramos, en materia penal requiere que la enunciación de las conductas delictivas sea taxativa -“númerus clausus”-. La acción delictiva debe encontrarse definida de manera precisa por un acto emanado del poder legislativo para así poder declararse la culpabilidad del sujeto incurso en ella e imponérsele una pena (Rua, 2005).

Como hemos visto en los fallos se estaría vulnerando el principio de legalidad como *lex stricta*. Calificar un hecho de concusión en cualquiera de los otros tipos analizados implica realizar una interpretación analógica perjudicial para el imputado.

El principio de reserva³² también podría ser afectado. La conducta que no está penalmente prohibida, se encuentra autorizada y nunca dará lugar a una pena. Como derivación de este principio, se vulnera también el de igualdad³³—pues ante hechos de similares características se opta por aplicar distintas calificaciones legales- (Rua, 2005).

Por todo ello, desde la interpretación que propiciamos, y para no conculcar estas garantías constitucionales pensamos quedarían dos caminos:

- Considerar que la concusión es atípica y que la conducta del funcionario público no merece reproche penal.
- O bien, a partir de esta conclusión considerar la posibilidad de un cambio legislativo que contemple el delito de concusión como figura autónoma.

³¹ Artículo 18. C.N.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso

³² Artículo 19 C.N.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

³³ Artículo 16 C.N.- Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”

Si por razones de política criminal se decide mantener el statu quo en esta materia, se estaría incumpliendo con los pactos internacionales sobre corrupción a los que hemos hecho referencia, por la inadecuación de nuestra normativa penal a lo que prescribe su normativa.

Por otra parte, esta situación propiciaría la impunidad ante una conducta de extrema gravedad institucional.

Por estas razones, consideramos necesario que se legisle el delito de concusión de manera expresa y autónoma, y se establezca una adecuada proporción de la sanción penal de este delito y los que le son afines. Todo ello para prestar conformidad a los compromisos internacionales asumidos.

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BAIGÚN, D., ZAFFARONI, F. (2011) *Código Penal y normas complementarias (análisis doctrinal y jurisprudencial) Tomo 10* (1° edición). Buenos Aires: Hammurabi.
- BREGLIA ARIAS, O., GAUNA O. R. (2007) *Código Penal y Leyes Complementarias (comentado, anotado y concordado) Tomo II*. (6° Ed. Actualizada y ampliada). Buenos Aires: Astrea.
- BUOMPADRE, J. E. (2009) *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*. (3° Ed. Actualizada y Ampliada). Buenos Aires: Astrea.
- CREUS, C. (1998) *Derecho penal parte especial Tomo II* (6° Ed. Actualizada 1° reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- CREUS; C. (1981) *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires: Astrea
- CREUS, C., BUOMPADRE J. E. (2007) *Derecho Penal parte especial Tomo II* (7° Ed. Actualizada y Ampliada). Buenos Aires: Astrea.
- D'ALESSIO, A. J. (2004) *Código Penal comentado y anotado*, (1°Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- DEGOUMOIS, M. G.; GHEZZI A. G. (2015) Los actos de corrupción en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación. *Revista Derecho Penal* 3(9), 49-83. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- DE LUCA, J. A. (1999) *Cohecho y concusión*, La Ley t.1999-D, 333.
- DE LUCA, J. A. (2008, octubre). *La responsabilidad penal de los funcionarios públicos*. Ponencia presentada en el VIII encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina. La Plata. Provincia de Buenos Aires.
- DE LA RÚA, J., TARDITTI, A. (2014) *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1*, (1° ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- DONNA, E. A. (2008) *Delitos contra la administración pública*. (2° Ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- FONTAN BALESTRA C. (2004) *Tratado de Derecho Penal, Tomo VII* (3° Ed. Actualizada). Buenos Aires: Lexis Nexis (Abeledo-Perrot).

- LAJE ANAYA, J. R., GAVIER E. A. (2001) *Delitos contra la Administración Pública*. Córdoba. Argentina: Lerner.
- LEDESMA, G. A. C. (jul.-sep. 1971) *Sobre las exacciones ilegales y su comparación con otras figuras delictivas*, Buenos Aires: La Ley (Revista de Derecho Penal y Criminología, n°3).
- MIR PUIG, S. (2005) *Derecho Penal. Parte General*. (7° Ed. Reimpresión). Buenos Aires: Julio César Faira-Editor.
- NUÑEZ, R. (1975) *Tratado de Derecho Penal Argentino, Tomo VII*. Córdoba: Lerner.
- PERALTA J. M. (2003) *Las consecuencias lógicas de una interpretación judicial en un Estado constitucional (un caso de tentativa de extorsión devenido en exacciones ilegales)*. Actualidad jurídica, 25(1), 1475-1480.
- PIÑA, R., (2005) Cohecho, Exacciones Ilegales y Concusión. En E. A. Donna (Ed.) *Delitos contra la Administración Pública, Tomo II* (pp 99-115). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- RAMOS MEJÍA, E. (1963) *El delito de concusión*. Buenos Aires: Depalma.
- REYNA ALFARO, L. M (2005) *Nociones de Derecho Penal Económico Argentino*, Córdoba, Argentina: Lerner.
- RIMONDI, J. L. (1999) *La problemática actual de la concusión. ¿Puede ser la calidad de funcionario público un atenuante en la extorsión?* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- ROXIN, C. (1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. (1° ed.) Madrid: Civitas, S.A
- RUA, G. S. (2005) En Busca De Los Límites Perdidos Entre Los Tipos Penales De Cohecho y de Concusión. En E. A. Donna (Ed.) *Delitos contra la Administración Pública, Tomo II* (pp 203-249). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- SOLER, S. (1992) *Derecho Penal Argentino, Tomo V*. (10° reimpresión total). Buenos Aires: TEA (Tipográfica Editora Argentina).
- SOSA, O. J. (2012) *Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción :el rol de la Oficina Anticorrupción*. (1° Ed.). Buenos Aires: Contartese gráfica S.R.L.
- TERRAGNI, M. A. (2003) *Delitos propios de los funcionarios públicos*. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo.
- VIDAL H. S. (oct.-dic. 1968) *Cohecho*, Boletín de la Facultad de Der. y C. Soc. N° 4-5 Universidad Nac. de Cba. año XXXII. 221-252.

LEGISLACIÓN

- Código Penal Argentino, Arts. 168, 256, 266, 267 y 268.
- Convención Interamericana contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996. Incorporada por ley 24759 el 4 de diciembre de 1996 por el Honorable Congreso de la Nación Argentina
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre del 2003. Incorporada por ley 26097 el 10 de mayo de 2006 por el Honorable Congreso de la Nación Argentina
- Ley 25188 del 26 de octubre de 1999. Ética en el ejercicio de la función pública.
- Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Decreto Poder Ejecutivo Nacional 678/12).

JURISPRUDENCIA

- C.Nac. de Casación. Penal. Sala IV, “Varela Sid”, J.A 2002-I-479.
- T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “Ontivero, José Alberto” Sent. N°64 (1998).
- T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “Chavez, Jorge Abas” Sent. N°22 (2001).
- T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “García Bruno Roberto”, Sent. N°23 (2005).
- T.S.J de Córdoba, Sala Penal, “Albornoz Raúl Armando”, Sent. N°14 (2006).
- Cám. de Acusación de Córdoba, “Balastegui Juan” Auto N° 263 (2010).

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O
GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Oxandaburu, Luis Roberto
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27.249.500
Título y subtítulo <i>(completos de la tesis)</i>	El problema de las exigencias ilegales de los funcionarios públicos a título propio en el derecho penal argentino ¿Se encuentra debidamente tipificado el delito de concusión en nuestra actual legislación penal?
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Oxanda3@yahoo.com.ar
Unidad académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)¹</i>	Si
Publicación parcial <i>(informar que capítulos se publicarán)</i>	X

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor- tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

¹ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.