

**1** Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Córdoba, Argentina

**2** Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina  
<https://orcid.org/0000-0001-5460-9207>



# ¡FELIZ CUMPLEAÑOS, SEÑOR FUNCIONARIO! SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACEPTACIÓN Y EL OFRECIMIENTO DE REGALOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

HAPPY BIRTHDAY, MR. PUBLIC OFFICER! ABOUT THE JUSTIFICATION OF THE CRIMINALIZATION OF ACCEPTING AND OFFERING GIFTS IN THE PUBLIC FIELD

FELIZ ANIVERSÁRIO, SENHOR FUNCIONÁRIO PÚBLICO! SOBRE A JUSTIFICATIVA DA CRIMINALIZAÇÃO DA ACEITAÇÃO E DA OFERTA DE PRESENTES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Bruno Rusca<sup>1,2</sup>

## Resumen

El trabajo argumenta que resulta legítimo castigar a los funcionarios públicos por aceptar regalos en el ejercicio de sus funciones, y a los particulares por ofrecérselos; esto es, cuando la dádiva es otorgada por mera consideración al cargo, pero no involucra un compromiso por parte del funcionario de realizar cierto acto como contraprestación –quid pro quo–. Concretamente, se sostiene que por la función expresiva que desempeñan los regalos, en la medida en que favorecen el surgimiento de relaciones estrechas entre los agentes, los regalos tienen la capacidad de interferir en las decisiones de los funcionarios y, de este modo, pueden afectar el normal funcionamiento de la Administración pública. Asimismo, a partir de ciertas herramientas desarrolladas por la teoría del delito, el trabajo propone pautas para determinar en qué casos la aceptación y el ofrecimiento de regalos deben considerarse atípicos. Por último, se plantea una serie de parámetros que pueden ser útiles en la práctica para distinguir la aceptación y el ofrecimiento de regalos de los sobornos.

## Palabras-clave

Regalos; sobornos; lesividad; adecuación social; principio de *ultima ratio*.

## Abstract

*The paper contends that it is legitimate to punish public officers for accepting gifts in the course of their functions, and individuals for offering them to them; that is to say, when the benefit is given for mere consideration of the office, but does not involve a commitment on the part of the functionary to perform a certain act in return -quid pro quo-. Specifically, it is argued that because of the expressive function played by gifts, insofar as they favor the emergence of close relations among agents, they have the capacity to interfere with public officers' decisions and thus can affect the normal functioning of the government. Furthermore, based on certain tools developed by the Continental theory of crime, the paper proposes guidelines for determining in which cases the acceptance and the offer of gifts fall outside the scope of the criminal offence. Finally, it poses some criteria that may be useful in practice to distinguish the acceptance and the offer of gifts from bribes.*

**Keywords**

*Gifts; bribes; harmfulness; social appropriateness; last resort principle.*

**Resumo**

*O trabalho argumenta sobre a legitimidade de punir funcionários públicos por aceitar presentes no exercício de suas funções, e aos particulares por oferecê-los, isto é, quando a dádiva é outorgada por mera consideração ao cargo, porém, não envolve um compromisso por parte do funcionário de realizar certo ato em contrapartida – quid pro quo. Especificamente, argumenta-se que, devido à função expressiva dos presentes, na medida em que favorecem o surgimento de relações estreitas entre os agentes, os presentes têm a capacidade de interferir nas decisões dos funcionários e, portanto, podem afetar o funcionamento normal da administração pública. Além disso, com base em ferramentas desenvolvidas pela teoria do crime, o artigo propõe diretrizes para determinar em quais casos a aceitação e a oferta de presentes devem ser consideradas atípicas. Por fim, apresenta-se uma série de parâmetros que podem ser úteis na prática para distinguir a aceitação e a oferta de presentes de subornos.*

**Palavras-chave**

*Presentes; subornos; nocividade; adequação social; princípio do último recurso.*

## INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la legislación de varios países, es delito para un funcionario público aceptar regalos que sean otorgados en consideración a su función, como también la acción de los particulares que realizan tales ofrecimientos.<sup>1</sup> Así lo establecen, concretamente, el Código Penal español,<sup>2</sup> el Código Penal portugués,<sup>3</sup> el Código Penal chileno<sup>4</sup> y el Código penal argentino.<sup>5</sup> También el Código Penal boliviano define como delito la admisión de regalos por parte de funcionarios públicos;<sup>6</sup> empero, no se tipifica penalmente la conducta de entregar u ofrecer dichos beneficios. En todos los casos, la aceptación de una dádiva o regalo en consideración al cargo se reprime con una pena sustancialmente menor que la aceptación de una dádiva

...

- 1 Es común que se utilicen los términos “cohecho de facilitación” o “cohecho relativo al cargo” para hacer referencia a estos delitos. Sin embargo, para evitar confusión con otros tipos penales, se prefiere la denominación “aceptación y ofrecimiento de dádivas” a secas, o “aceptación y ofrecimiento de regalos”.
- 2 El artículo 422 dispone: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”. Por su parte, el artículo 424, en su primer inciso, establece: “El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida”.
- 3 La Ley n° 32/2010 modificó el artículo 372, inciso 1 del Código Penal, el cual tipifica como delito la conducta del funcionario que, en ejercicio de sus funciones o por causa de ellas, acepta cualquier ventaja indebida, sea de naturaleza patrimonial o no patrimonial. El artículo 372, inciso 2, penaliza también la acción del sujeto que da o promete la ventaja al funcionario. En ambos casos, queda excluida del alcance del delito las conductas sociales adecuadas o que se conformen a los usos y costumbre (art. 373 inc. 3). Al respecto, véase SOUSA MENDES (2011, p. 229-240).
- 4 El primer párrafo del artículo 248 expresa: “El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientas unidades tributarias mensuales”.
- 5 El artículo 259 establece: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año”.
- 6 El artículo 147 dispone: “El funcionario público o autoridad que en consideración a su cargo admitiere regalos u otros beneficios, será sancionado con reclusión de uno a tres años y multa de sesenta a doscientos días”.

como *contraprestación* para realizar un acto relativo a la función;<sup>7</sup> asimismo, el ofrecimiento de un regalo o dádiva en consideración al cargo se castiga con una pena significativamente menor que el ofrecimiento de una dádiva *a cambio de* la realización de un acto del funcionario.<sup>8</sup>

A diferencia de lo dispuesto por estos sistemas jurídicos, en prácticamente la totalidad de los países del ámbito continental europeo, no es delito la aceptación y ofrecimiento de dádivas en consideración al cargo, que no se vinculen de alguna forma con la realización de un acto del funcionario (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2011, p. 156). A este respecto, la mayoría de las legislaciones de los países de Europa y Latinoamérica,<sup>9</sup> como también los principales tratados internacionales sobre corrupción,<sup>10</sup> han seguido el denominado modelo germánico, el cual solo penaliza la conducta del funcionario público que acepta una dádiva, y la del particular que se la ofrece, cuando dicho beneficio se relaciona con un acto determinado, o al menos determinable, perteneciente al ámbito de competencia de aquél. De todos modos, en algunos casos, como el del ordenamiento jurídico colombiano,<sup>11</sup> este requisito resulta, por lo menos, flexibilizado.<sup>12</sup>

•••

- 7 En España, la escala penal del cohecho varía en función de si el acto que el funcionario que se compromete a realizar u omitir es contrario sus deberes, o, por el contrario, si resulta un “acto propio del cargo”; mientras que, en el primer supuesto, el delito se reprime con prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de nueve a doce años (art. 419), en el segundo supuesto, la pena es de dos a cuatro años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de cinco a nueve años (art. 420). En Argentina, la escala penal para el cohecho pasivo es de reclusión o prisión de uno a seis años, inhabilitación especial perpetua (art. 256) y multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero o dádiva ofrecida o entregada (art. 259). En Bolivia, el cohecho pasivo se reprime con pena de presidio de dos a seis años y multa de sesenta a doscientos días (art. 147).
- 8 Tanto en España (art. 424, inc. 1) como en Argentina (art. 258), el cohecho activo se castiga con la misma pena que el cohecho pasivo. En Bolivia, en cambio, la pena del cohecho activo es un tercio menor (art. 158).
- 9 Sobre este tema, con amplias referencias al derecho comparado, véanse VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2011, p. 156); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2016, p. 125-127).
- 10 La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su art. 15, recomienda a los Estados Parte tipificar como delito la aceptación o solicitud por parte de un funcionario público de un beneficio indebido para que “actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”; empero, dicho instrumento no contiene ninguna referencia a la aceptación de dádivas por mera consideración al cargo. Del mismo modo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su art. 1, el cual define los actos constitutivos de corrupción, carece de toda alusión a la aceptación de dádivas o regalos por parte de funcionarios públicos.
- 11 El artículo 406 del Código Penal colombiano, en su párrafo segundo, penaliza al funcionario que “reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento (...)”.
- 12 Asimismo, en el caso de Brasil, si bien el artículo 317 del Código Penal no exige que el beneficio indebido aceptado por el funcionario tenga por fin influir en la realización de un acto determinado, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria interpretan que ello es un requisito del tipo penal de cohecho pasivo. Al

Según una opinión bastante extendida, los tipos penales de aceptación y ofrecimiento de dádivas constituyen una especie de *delitos de sospecha*. Este concepto proviene de la denominada pena de sospecha, institución propia del procedimiento inquisitivo, cuyo propósito era castigar al autor, cuando no se había logrado probar su culpabilidad completa, con una pena menor a la que debería haber recibido si se hubiera probado la comisión del delito (SANCI-NETTI, 1994, p. 42). De acuerdo con este argumento, la criminalización de la aceptación y del ofrecimiento de dádivas persigue la misma finalidad, pues no se fundamenta en el hecho de que tales comportamientos sean en sí mismos disvaliosos y merecedores de reproche penal, sino que, se sostiene, responde a la sospecha de que, detrás de la aceptación del regalo por parte del funcionario público, existe un compromiso para favorecer a la persona que lo entrega; es decir, un supuesto de cohecho que no se ha podido probar (DONNA, 2008, p. 252; MACAGNO, 2011, p. 190). Por ello, se concibe a estos delitos como normas penales ilegítimas, ya que, entre otras cosas, involucran una presunción probatoria contraria al principio de inocencia; en última instancia, de la aceptación y del ofrecimiento de la dádiva se *infiere*, sin admitir prueba en contrario, la comisión del delito de cohecho, que es la razón —no manifiesta— por la cual se castiga a quienes llevan a cabo dichas conductas (MACAGNO, 2011, p. 188).

Ciertamente, es probable que la dificultad probatoria que plantea el delito de cohecho sea la razón que explique la decisión de criminalizar algunas conductas vinculadas con la corrupción de funcionarios públicos.<sup>13</sup> De hecho, en ocasiones, ello se admite de un modo bastante explícito. Así, por ejemplo, los comentarios oficiales al Código Penal Modelo de los Estados Unidos reconocen que *una* razón en favor de la tipificación penal del denominado cohecho subsiguiente, consistente en la aceptación y el ofrecimiento de una retribución por un acto ya realizado por el funcionario público, no pactada con anterioridad, reside en la necesidad de evitar la impunidad de los agentes en el caso de que no pueda probarse la existencia del acuerdo previo al cumplimiento de tal acto —*quid pro quo*—.<sup>14</sup> En otros casos,

...

respecto, véanse VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2016, p. 127); SAAD-DINIZ y RODRIGUEZ (2016, p. 151).

13 Sobre las dificultades probatorias del cohecho, puede verse ROSE-ACKERMAN (2010, p. 227 y ss.).

14 En los comentarios al artículo 240.3, se sostiene: “Section 240.3 obviates a difficulty of proof sometimes encountered in bribery prosecutions. Where both the fact of payment to a public servant and an exercise of official discretion favorable to the payor are established, common sense suggests that bribery has occurred. Yet in some cases, prosecution for that offense may fail for lack of evidence that the defendant offered or solicited or agreed to confer or accept the payment in advance of the official action. Where the prior understanding is reached with sufficient secrecy or subtlety, the actors may escape conviction for bribery even though they have acted to undermine the integrity of government in exactly the manner condemned by that offense. Section 240.3 reflects the judgement that complete exoneration from liability is inappropriate,

en cambio, aunque esta estrategia no se admita expresamente, hay razones importantes para suponer que la criminalización de cierta conducta responde a la necesidad de facilitar la prueba de un delito de corrupción. Piénsese, por ejemplo, en el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, mediante el cual se castiga al agente que, luego de ser debidamente requerido, omitiere justificar un aumento apreciable de su patrimonio ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo público.<sup>15</sup> Aunque la cuestión no está exenta de polémica, un sector de la doctrina considera que ni el incremento patrimonial ni la omisión de justificarlo pueden constituir la conducta disvaliosa que se reprocha al agente; en cambio, según esta opinión, el tipo penal establece una presunción probatoria en contra del acusado: concretamente, si el funcionario no justifica su enriquecimiento, se presume que ello se debe a la comisión de *algún* delito de corrupción, que ni siquiera es necesario determinar.<sup>16</sup>

Ahora bien, el problema de la perspectiva que concibe a los tipos penales de aceptación y ofrecimiento de dádivas como delitos de sospecha es que asume, sin más, que tales conductas no involucran la realización de un ilícito merecedor de castigo; es decir, la idea de que, en *ningún* supuesto, el funcionario que acepta un regalo y el ciudadano que lo ofrece deberían ser castigados por ello. Probablemente, la asunción de esta premisa se explique porque, a diferencia de la mayoría de los delitos de corrupción, que sancionan conductas cuyo merecimiento de pena es evidente, como el cohecho, el peculado o el tráfico de influencias, en este caso, se penalizan comportamientos que, en determinados ámbitos de la vida social, son perfectamente legítimos e, incluso, dignos de elogio. Los regalos representan una de las formas más genuinas y nobles de expresar afecto y consideración por los demás, y, de este modo, ayudan a construir y promover lazos de fraternidad entre las personas; en este aspecto,

...

even though conviction for bribery is not obtainable (...)”. The American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* (Official Draft and Revised Comments), Part II, § 240.0 to 251.4, Philadelphia, 1980, p. 60-61. En el mismo sentido, algunos autores españoles coinciden con la idea de que la razón que explica la criminalización del cohecho subsiguiente es fundamentalmente el intento de eludir la dificultad que plantea la prueba del acuerdo previo al acto del funcionario. Al respecto, puede verse OLAIZOLA NOGALES (1999, p. 269).

15 El artículo 268 (2) del Código Penal argentino, en su primer párrafo, dispone: “Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño”. Tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 20) como la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. IX) recomiendan a los Estados Parte tipificar como delito el enriquecimiento ilícito.

16 Al respecto, véase SANCINETTI (1994).

constituyen una de las prácticas sociales más loables (TEACHOUT, 2014, p. 17). Sin embargo, como se intentará demostrar, cuando tienen lugar en la Administración Pública, estas prácticas son especialmente peligrosas y, por tanto, su criminalización resulta justificada.

En líneas generales, el trabajo defiende la tesis de que, en la medida en que sitúen al funcionario en un conflicto de intereses, la aceptación y el ofrecimiento de regalos tienen la capacidad de interferir con las decisiones de la Administración. Si bien esta es una idea que, con diferentes matices, ha sido planteada ya por algunos autores, se intenta mostrar, con el apoyo de investigaciones empíricas, cómo opera en concreto esta práctica y por qué resulta especialmente riesgosa para el buen funcionamiento del Estado. El esclarecimiento de la función que desempeñan los regalos permite entender no solo la necesidad de su criminalización, sino también en qué circunstancias se debe ser más riguroso con tales comportamientos, y, en cambio, cuando existen razones para ser más permisivos. Ciertamente, aunque en la doctrina parece haber consenso de que algunos regalos son socialmente adecuados y, en consecuencia, atípicos, en general, tales planteos no profundizan mínimamente en el tema, más allá de la invocación abstracta de la idea de adecuación social. En el plano dogmático, el trabajo aporta ciertos criterios que pueden ser útiles para orientar a los operadores judiciales en la solución de este problema. A su vez, la perspectiva que se defiende aquí muestra con claridad la sutil diferencia que existe entre los regalos y los sobornos; en este sentido, además de un esfuerzo de clarificación conceptual, se proponen parámetros para determinar, en la práctica, si el ofrecimiento y la aceptación de una dádiva constituyen, en realidad, un regalo o un soborno. Por último, el trabajo aborda críticamente el argumento, planteado con frecuencia en la doctrina, de que la criminalización de estos comportamientos es contraria al principio de *ultima ratio* del derecho penal.

## I. LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE REGALOS Y SOBORNOS

Independientemente de cómo cada legislación traza la línea divisoria entre sobornos y regalos, y aunque en la práctica la distinción puede presentar cierta complejidad, hay una diferencia conceptual clara entre ambos.<sup>17</sup> En un sentido amplio, alguien es sobornado si, en el ámbito de competencia que le otorga cierta función pública, posición o trabajo, recibe algo de valor, o acepta una promesa de recibirlo en el futuro, como *contraprestación* para realizar un acto en favor de otro (GREEN, 2005, p. 148). La aceptación de un soborno presupone, entonces, la existencia de un *acuerdo*: el funcionario se compromete a realizar una

...

17 En contra, Lindgren (1993, p. 1707), quien sostiene que, dada la complejidad que presenta la distinción entre, por un lado, los sobornos y, por el otro, los regalos, propinas y contribuciones a campañas electorales, no es una objeción importante contra su teoría la imposibilidad de dar cuenta de sus diferencias.

conducta relativa a su función a cambio de un beneficio que el sobornador entrega o promete.<sup>18</sup> Si bien no parece haber razones para limitar el concepto de soborno al dinero u otros beneficios de contenido económico (GREEN, 2005, p. 149; HELLMAN, 2017, p. 1972 y ss.), la doctrina y jurisprudencia de algunos países adopta una interpretación restrictiva, que solo considera abarcado por el cohecho la aceptación y el ofrecimiento de objetos de valor patrimonial.<sup>19</sup>

Por supuesto, aunque aquí no es lo que interesa analizar, además de los funcionarios públicos, conceptualmente también los empleados de empresas privadas o los deportistas pueden ser sobornados; de hecho, muchas legislaciones prevén tipos penales de cohecho privado que sancionan estas conductas.<sup>20</sup> De todos modos, lo que importa subrayar es que solo tiene sentido hacer referencia a la aceptación de un soborno cuando el beneficio se relaciona con un deber vinculado a cierta función específica del agente. Así, pues, el sicario que, a cambio de una suma de dinero, se compromete a matar a otro, no acepta estrictamente un soborno, ya que el deber de no matar no constituye una obligación que surja de un rol o posición en particular;

• • •

18 Como ya se ha señalado, algunas legislaciones incluyen en la definición de cohecho la aceptación de una retribución posterior a la realización del acto del funcionario, pero no pactada con anterioridad, denominado por la doctrina *cohecho subsiguiente*. Así lo hace, por ejemplo, el Código Penal alemán (§331, §332 StGb). Del mismo modo, el Código Penal español contiene una cláusula expresa (art. 421 CP), la cual dispone que la pena del cohecho también se aplicará “cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos”. En el mismo sentido, el Código Penal chileno equipara la conducta del empleado público que solicita o acepta un beneficio “para ejecutar o *por haber ejecutado* un acto propio de su cargo (...)” (art. 248 CP, 2º párrafo. Las cursivas han sido agregadas por el autor). En cambio, aunque el Código Penal Modelo de los Estados Unidos también tipifica como delito la recompensa por un acto ya realizado por el funcionario, lo considera un delito de menor gravedad que el cohecho (§ 240.3 MPC). Asimismo, la legislación argentina solo incluye en la definición de cohecho la aceptación y el ofrecimiento de dádivas para que el funcionario haga “algo relativo a sus funciones” (art. 256 CP); en consecuencia, los beneficios vinculados a decisiones pasadas, no pactados con anterioridad, se subsumen en el delito de admisión y ofrecimientos de dádivas en consideración al cargo (art. 259 CP). Ahora bien, aunque se acepte la penalización del cohecho subsiguiente, es discutible que su ilicitud sea equiparable a la del cohecho antecedente. Concretamente, podría sostenerse, tal como lo establece el Código Penal argentino, que la aceptación de una dádiva con posterioridad a la realización de un acto funcional, que no responde a un acuerdo previo, conceptualmente constituye un regalo y, por tanto, merece ser tratada con menor severidad que cuando tiene lugar un acuerdo con prestaciones recíprocas —*quid pro quo*—. Sobre esta discusión, véanse OLAIZOLA NOGALES (1999, p. 265 y ss.); LOMBANA VILLALBA (2014, p. 397-398).

19 Sobre la discusión de este problema en la doctrina española, alemana e italiana, véase OLAIZOLA NOGALES (1999, p. 305 y ss.).

20 Así lo hacen, entre otros, el Código Penal español (art. 286 bis CP), el Código Penal alemán (§ 299 StGb) y el Código Penal chileno (arts. 287 bis y 287 ter).



por el contrario, se trata de una obligación que incumbe a todas las personas como agentes morales (PHILIPS, 1984, p. 622).

Ahora bien, los regalos presentan una estructura diferente a los sobornos; concretamente, no involucran un acuerdo con prestaciones recíprocas (PHILIPS, 1984, p. 632; ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 237). A diferencia de quien acepta un soborno, la persona que recibe un regalo no se compromete a realizar una conducta determinada como contraprestación (GREEN, 2005, p. 149; STEIN, 2012, p. 65-66). Este carácter unilateral de los regalos no implica negar que, en ciertos casos, se regala con la *expectativa* de recibir algo a cambio (GREEN, 2005, p. 149). Así, por ejemplo, aunque es común que los museos ofrezcan entradas gratuitas en días y horarios determinados, se espera de los visitantes una “colaboración” voluntaria. La novia que obsequia un presente de aniversario a su pareja muy probablemente espere recibir también un regalo de su parte. De todos modos, como señala Green, no es lo mismo intercambiar regalos que intercambiar bienes o servicios como parte de un acuerdo (GREEN, 2005, p. 149). Sería absurdo, por caso, que quien se entera que una amiga le ha comprado un regalo de navidad, le manifestara: “mira, dime exactamente cuánto has gastado, porque ahora es mi deber darte un presente del mismo valor del que tú me compraste”.<sup>21</sup> Ello se debe a que si bien aceptar un regalo puede generar un deber de ser amable con el dador o de mostrar cierta condescendencia hacia él, no da lugar a la obligación de entregar un objeto de similar valor a cambio.<sup>22</sup> Y, de hecho, si quien regala con la expectativa de recibir algo del otro, fracasa

•••

21 El diálogo ha sido extraído del episodio: “The Bath Item Gift Hypothesis”, número 11 de la segunda temporada de la serie televisiva *The Big Bang Theory*. El físico Sheldon Cooper, al enterarse que su vecina Penny le ha comprado un regalo de navidad, le dice: “The foundation of gift giving is reciprocity. You haven’t given me a gift; you have given me an obligation”. Al no saber con precisión cuánto ha gastado Penny en el regalo para él, Sheldon decide comprarle varios obsequios de diferente valor. De esta forma, llegado el momento de intercambiar regalos, Sheldon planea abrir primero el suyo, para luego entregar a Penny, entre los diferentes obsequios comprados, aquél que posea el mismo valor del recibido. Precisamente, lo que causa gracia de la actitud de este personaje, cuyo rasgo característico consiste en pretender interpretar las reglas sociales con la rigurosidad propia de las ciencias exactas, es que no puede captar la ambigüedad ínsita a la práctica de intercambiar regalos. Sheldon concibe el intercambio de regalos de navidad como si fuera un contrato de compraventa, en virtud del cual el acto de entregar un obsequio funciona como el pago de un precio por lo recibido.

22 De hecho, es común que, cuando alguien da un obsequio, tienda a cerciorarse de no entregar también el recibo donde consta el precio pagado. Este carácter no monetario de los regalos explica, a su vez, la dificultad de ciertas explicaciones económicas para dar cuenta de esta práctica. Precisamente, se ha señalado que los regalos, desde el punto de vista económico, son ineficientes. En este aspecto, se entiende por *ineficiencia* la brecha entre la utilidad que proporciona el obsequio y la utilidad que habría obtenido el receptor si, con el dinero gastado, se hubiera comprado lo que él quería. En la medida en que, difícilmente, lo que otro decida comprar pueda proporcionar la misma satisfacción que obtendría el destinatario del regalo si él mismo hubiera gastado el dinero según sus preferencias, los regalos involucran una destrucción de

en lograr lo que pretendía, no puede afirmarse que haya sido defraudado, como sí es defraudado quien paga el precio de venta de una cosa y no recibe lo que compró (PHILIPS, 1984, p. 634).

Fundamentalmente, con ello se quiere destacar que, en la vida cotidiana, aun cuando un obsequio se otorgue con la expectativa de influir en la conducta de otro, no deja de ser, por esa razón, un regalo. De hecho, tampoco deja de serlo cuando el que lo recibe es consciente del propósito del dador. La persona que acepta una invitación a cenar de alguien que quiere seducirlo/a, puede razonar, justificadamente o no: “iré a la cena, seré amable con él/ella, pero no haré nada”. Y aunque, al final, las cosas puedan resultar diferentes y ocurrir la seducción, esto no implica que él/ella haya “pagado” por sexo ni que él/ella se haya “vendido”. Lo que diferencia esta situación del acto de prostituirse es, precisamente, la inexistencia de un *acuerdo* para intercambiar sexo por bienes materiales.<sup>23</sup>

Pues bien, la distinción entre regalos y sobornos se fundamenta exactamente en el mismo principio. En este sentido, aunque un ciudadano otorgue un obsequio a un funcionario con la finalidad de influir en su decisión, y aun cuando éste sea consciente del propósito de aquél, a menos que exista un acuerdo para realizar cierta conducta a cambio, el funcionario no ha aceptado un soborno, sino un regalo. Y, por supuesto, tal distinción se mantiene a pesar de que, *ex post*, el obsequio sea eficaz e influya en la decisión del funcionario. Naturalmente, el acuerdo no necesariamente debe ser expreso, sino que puede ser también tácito. Así, por ejemplo, el hecho de que, luego de cometer una infracción de tránsito, un automovilista introduzca un par de billetes en el bolsillo de la camisa del funcionario, quien, a su vez, inmediatamente autoriza a aquél a retirarse, sin registrar la infracción, permite concluir que se ha alcanzado un acuerdo entre ambos, aun cuando nunca se haya formulado expresamente. Por ello, en los hechos, puede ser complicado diferenciar los sobornos de los regalos. De todos modos, más allá de las dificultades probatorias, existe una diferencia conceptual entre aceptar algo de valor como contraprestación para realizar acto relativo al cargo —*i.e.*, un soborno—, y aceptar

...

valor. En vez de comprar obsequios, continúa el argumento, sería económicamente más eficiente darle al otro directamente el dinero, para que lo gaste como mejor le parezca. Empero, la idea misma de “regalar” dinero resulta extraña; de hecho, especialmente cuando tiene lugar entre personas cercanas, puede ser visto como un acto frívolo y desconsiderado. Y tal reacción, lejos de constituir una respuesta irracional, se debe a que los regalos cumplen una función expresiva: transmiten sentimientos de afecto y estima por los demás. La intervención del dinero, por su aspecto netamente monetario, corrompe dicha función. Por ello, aunque fuera cierto que regalar dinero maximiza la utilidad, también tiene la capacidad de pervertir la dimensión expresiva del regalo. Sobre este problema, véase SANDEL (2013, pp. 99 y ss.).

23 Expresado con palabras de Philips (1984, p. 633): “There is a distinction between accepting a drink with the understanding that one is agreeing to be seduced and accepting a drink with the knowledge that so doing will make one’s seduction more likely. To be bribed is to be bought, not merely to be influenced to do something”.

algo de valor simplemente con la consciencia de que, de esa forma, el dador pretende influir en la realización de un acto funcional —*i.e.*, un regalo—.

La clarificación de esta distinción es relevante, pues, en la doctrina, tiende a asumirse la idea de que, cuando la entrega del regalo pretende influir en una decisión específica del funcionario, y cuando éste se representa la posibilidad de que el obsequio ejerza dicha influencia, se trata necesariamente de un caso de cohecho. Esta interpretación otorga al tipo penal de ofrecimiento y aceptación de dádivas un alcance limitado: solo tendría lugar la comisión de este delito cuando el beneficio se ofrece sin ninguna consideración a una decisión futura del funcionario, ya que, cualquier intento por influir en un acto posterior, desplazaría la conducta al delito de cohecho (CREUS, 1981, p. 304).<sup>24</sup> En favor de este modo de delimitar el alcance de ambos ilícitos suelen invocarse fundamentalmente razones pragmáticas, en tanto permitiría hacer más sencilla la aplicación del derecho. Si hubiera que diferenciar entre las dádivas otorgadas con una mera expectativa de *influir* en un acto del funcionario y las dádivas otorgadas como *contraprestación* por un acto del funcionario, se sostiene, el parámetro de distinción dependería de un sutil análisis de la subjetividad de los agentes, lo cual llevaría a que, en la práctica, fuera imposible delimitar consistentemente el alcance de ambos delitos.<sup>25</sup>

Sin embargo, este argumento no puede convencer. Por más que existan dificultades para trazar la distinción, si lo que hace del cohecho un comportamiento más grave es la celebración de un acuerdo con prestaciones recíprocas —*quid pro quo*—,<sup>26</sup> entonces debe diferenciarse entre la dádiva que se ofrece con la expectativa de influir en una decisión futura —*i.e.*, un regalo— y la dádiva que se ofrece con el propósito de lograr un acuerdo para que el funcionario tome una decisión a cambio —*i.e.*, un soborno—. La postura que propone tratar todos estos casos como cohecho, en cambio, acepta castigar a los agentes que ofrecen y aceptan regalos como si hubieran cometido un ilícito más grave, lo cual, evidentemente, implica una violación al

...

24 La misma discusión tiene en lugar en la doctrina norteamericana en relación al alcance del delito de *unlawful gratuity* y su delimitación respecto del cohecho. Sobre este problema, véase KLEIN (1999, p. 116-133).

25 KLEIN (1999, p. 130).

26 La justificación de la escala penal más severa que, en las distintas legislaciones, se prevé para el cohecho en comparación con el delito de aceptación y ofrecimiento de dádivas puede explicarse según diferentes teorías. De acuerdo con cierto enfoque, cuando un funcionario acepta un soborno, en la medida en que se *compromete* deliberadamente a favorecer los intereses del sobornador por encima de los principios a los cuales debe fidelidad, incurre en un comportamiento *desleal*, lo cual no ocurre cuando simplemente acepta un regalo. Con arreglo a otra perspectiva, en cambio, el acuerdo mediante el cual se intercambian decisiones estatales por otros bienes constituye una forma de *mercantilización* del gobierno, esto es, la compra y venta de algo que debería estar fuera de las reglas del mercado. Para una defensa de la teoría de la deslealtad, véase GREEN (2005, p. 153-163). Sobre la teoría de la mercantilización, véase ALLDRIDGE (2000, p. 287-322).

principio de culpabilidad. La solución al problema consiste, entonces, no en abandonar la distinción, sino en proponer criterios que, con el mayor grado de precisión posible, permitan orientar a los operadores judiciales para aplicar correctamente ambos tipos penales.

## 2. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existen diferentes planteamientos en relación con el bien jurídico que lesionan las conductas de aceptación y ofrecimiento de dádivas en el ámbito de la Administración Pública. Según cierta perspectiva, estos comportamientos atentan contra la moralidad e integridad de los funcionarios públicos; es decir, constituyen la violación de un deber de que los agentes estatales tienen con respecto a la Administración (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2011, p. 166 y ss.). En un Estado republicano, se afirma, los funcionarios deben ejercer su trabajo sin otra retribución que el sueldo que reciben (DONNA, 2008, p. 237); la aceptación de una dádiva, por tanto, aunque no esté vinculada a la realización de un acto funcional, involucra el incumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, como han sostenido diferentes autores, el mero incumplimiento de un deber de integridad o probidad no puede constituir estrictamente el objeto de protección penal (DE LA MATA BARRANCO, 2006, p. 95 y ss.; LOMBANA VILLALBA, 2014, p. 181). En un Estado democrático, la relación interna de los funcionarios con la Administración, y los deberes de obediencia que surgen de ese vínculo, importan, no como un bien en sí mismo, sino en la medida en que sirvan para satisfacer necesidades de los administrados (DE LA MATA BARRANCO, 2006, p. 98; ARTAZA, 2016, p. 321). Desde el punto de vista jurídico-penal, la relevancia de la infracción de tales deberes reside, entonces, en la posibilidad de que afecten el funcionamiento de la Administración Pública y, de esta forma, lesionen intereses valiosos de los ciudadanos. De lo contrario, se asume una perspectiva formalista, que protege el cumplimiento de deberes por el hecho mismo de ser deberes, y sin ninguna referencia al bienestar de la población.

Según otra perspectiva, la aceptación y el ofrecimiento de dádivas en el ámbito de la Administración lesionan la *confianza* de los ciudadanos en la imparcialidad e integridad de los funcionarios.<sup>27</sup> Así, por ejemplo, se ha sostenido que la criminalización de estas prácticas tiene por finalidad proteger: “la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios públicos”,<sup>28</sup> o la confianza en la “objetividad” de sus decisiones (RUA, 2011, p. 603). En líneas generales, con ello se afirma que no solamente es necesario resguardar la imparcialidad de la Administración, sino que deben sancionarse también los comportamientos que, aunque estrictamente no la afecten, pueden crear dudas o sospechas de parcialidad respecto de la actuación de los agentes

• • •

<sup>27</sup> Sobre la receptación de esta idea en la jurisprudencia española, véase ARRIBAS LÓPEZ (2009, p. 4 y ss.).

<sup>28</sup> En la doctrina argentina, entre otros, defienden esta idea: BUOMPADRE (2011, p. 508); RUA (2011, p. 603).

estatales. De acuerdo con este argumento, la existencia de un mínimo grado de confianza en la imparcialidad de la Administración es una condición indispensable para su funcionamiento adecuado, pues, de otro modo, los ciudadanos se resistirían a obedecer sus decisiones; en este sentido, la merma de la confianza en la objetividad de los funcionarios, al amenazar la disposición del público a acatar los actos administrativos, entorpecería el funcionamiento del Estado, con el consiguiente perjuicio a los intereses de los administrados.<sup>29</sup>

La tesis de la confianza tiene la virtud de identificar el bien jurídico protegido correctamente en relación con los intereses de los ciudadanos, y, de este modo, evita caer en una perspectiva formalista. Empero, también es susceptible de cuestionamientos importantes. Por un lado, se ha señalado que la definición del objeto de protección como un sentimiento de confianza en la Administración resulta demasiado abstracta y, en consecuencia, no puede cumplir la función de limitar el alcance del tipo penal que normalmente se atribuye al bien jurídico (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2016, p. 131). Además, si lo que importa es la desconfianza que crea en la población la aceptación de dádivas por parte de funcionarios públicos, debería concluirse que cuando estas prácticas ocurren en secreto, en condiciones en las que el resto de los ciudadanos no tienen posibilidades de conocer su existencia, no hay ninguna lesión a un bien jurídico. Y, sin embargo, tal conclusión es difícil de admitir, porque no se advierte cómo el hecho de que la aceptación de un regalo sea desconocida por la población puede eliminar completamente la ilicitud del acto.<sup>30</sup>

De todos modos, el problema central de conceptualizar el bien jurídico protegido como la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad o integridad de los funcionarios, en definitiva, consiste en que la cuestión relevante no es la confianza, sino el objeto en el que ella se deposita. Expresado de otra forma, si la aceptación de regalos crea un sentimiento de desconfianza en la población acerca de la imparcialidad de la Administración Pública es porque, en última instancia, se presupone que tales actos pueden afectar dicha imparcialidad, que es lo verdaderamente importante. En consecuencia, el sentimiento de confianza no agrega nada a la determinación del bien jurídico (VIZUETA FERNÁNDEZ, 2003, p. 209). En efecto, supóngase, hipotéticamente, que se demostrara que los funcionarios públicos son más imparciales, eficientes y productivos cuando reciben regalos que cuando no lo hacen; si ello fuera cierto, el sentimiento de desconfianza de la población sería irracional, y antes que criminalizar tales comportamientos, habría que convencer a los ciudadanos de que confíen en los

• • •

29 Con diferentes matices, esta perspectiva también se defiende con relación al bien jurídico protegido por el delito de cohecho. Al respecto, véanse LOOS (2009, pp. 156 y ss.); OLAIZOLA NOGALES (1999, p. 101 y ss.).

30 Sobre la crítica a la tesis de la confianza en relación con el bien jurídico protegido por el cohecho, véase VIZUETA FERNÁNDEZ (2003, p. 208 y ss.).

funcionarios que reciben regalos. Precisamente, el hecho de que la desconfianza sea considerada una reacción *sensata* frente a la aceptación y el ofrecimiento de dádivas se debe a la suposición –razonable– de que dichos actos son nocivos para el buen funcionamiento de la Administración Pública.

En este aspecto, las teorías que definen el bien jurídico protegido en relación con la capacidad de los regalos para afectar las decisiones de los funcionarios se orientan en la dirección correcta. Según cierta opinión, cuando un agente estatal recibe un obsequio, aunque no se comprometa a realizar un acto como contraprestación, se convierte en un sujeto corruptible, pues ya surge una relación de dependencia respecto de la persona que lo entrega (GIMBERNAT ORDEIG, 2010, p. 23). Ahora bien, si se entiende por “corruptible” la posibilidad de que, ulteriormente, el funcionario esté dispuesto a aceptar sobornos, la teoría involucra una clara violación al principio de culpabilidad (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2011, p. 169-170); ello se debe a que no se puede inferir de la aceptación de un regalo que el funcionario, en el futuro, acordará recibir beneficios *a cambio de* actos relativos a su función, como tampoco se puede presumir que el sujeto que comete un hurto, posteriormente, cometerá un hecho de robo.

La peligrosidad de aceptar un regalo no consiste, entonces, en la facilitación de futuros sobornos, sino en que tal hecho, *por sí mismo*, tiene la potencialidad de influir en decisiones relativas al cargo.<sup>31</sup> Fundamentalmente, esto es así porque la recepción de una dádiva, normalmente, sitúa al funcionario en una situación de contradicción entre los intereses que, por su cargo, está obligado a resguardar y los de la persona que entrega el obsequio (KINDHÄUSER, 2007, p. 9-11; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2011, p. 171). Tal conflicto de intereses constituye, en general, una conducta riesgosa para el funcionamiento de la Administración Pública, porque aunque los funcionarios no se comprometan deliberadamente a favorecer a alguien, existe el peligro de que, al carecer de imparcialidad,<sup>32</sup> *finalmente*, los

...

31 Por tal razón, no se debe exigir, como lo hace Vazquez-Portomeñe, que al aceptar el regalo el funcionario se represente, además, la posibilidad de que el ciudadano formule futuras exigencias. Por el contrario, es suficiente, en el plano subjetivo, que el agente estatal advierta que el regalo proviene de alguien cuyos intereses pueden razonablemente colisionar con el interés en el correcto ejercicio de su función. Esto es así, porque aun cuando el que otorga el regalo posteriormente no formule ninguna petición, la propia aceptación del obsequio puede generar una distorsión en la decisión del funcionario. Sobre este planteo, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2016, p. 135-136).

32 En líneas generales, el concepto de imparcialidad, en su dimensión negativa, hace referencia al deber de los funcionarios de no comprometerse con ninguno de los intereses particulares involucrados en determinado procedimiento. En su dimensión positiva, refiere a la obligación de identificar y valorar todos los intereses implicados en el proceso de modo previo a la toma de una decisión, y, con posterioridad, resolver de acuerdo con lo que se considera más conveniente desde la perspectiva del interés público. Al respecto, puede verse: GUERRINI y GUIDI (2013, p. 101).

intereses particulares influyan en sus decisiones. Por supuesto, esto no implica que todas las veces que un agente se sitúa en un conflicto de intereses adopte una decisión incorrecta, como tampoco toda persona que conduce un automóvil bajo los efectos del alcohol ocasiona siempre accidentes; empero, sí basta para afirmar la existencia de un riesgo, al menos en abstracto, de que el contenido de las decisiones de la Administración no se adecúe a la legalidad ni refleje los intereses generales que ésta debe promover y, en consecuencia, se afecte el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado.

Precisamente, el peligro más serio de estas prácticas, como demuestra un *corpus* importante de literatura empírica,<sup>33</sup> radica en el sesgo inconsciente que introducen en la toma de decisiones, ya que, al aceptar regalos, es frecuente que los agentes tiendan a interpretar lo que deben hacer de un modo que coincide con los intereses de aquellos que se los ofrecen (DANA y LOWENSTEIN, 2003, p. 253). En líneas generales, tal sesgo opera *indirectamente*, al modificar la forma en que los sujetos analizan y valoran la información necesaria para la toma de decisiones (DANA y LOWENSTEIN, 2003, p. 253); esto es, la percepción acerca de lo que constituye la decisión correcta, en definitiva, es modelada por el interés personal en compensar al dador del regalo. De acuerdo con lo que sugieren diferentes estudios experimentales, a menudo, ello ocurre incluso cuando el sujeto intenta verdaderamente mantener un juicio objetivo, lo cual refuerza la idea de que la distorsión que introducen estas prácticas en el proceso decisorio funciona fundamentalmente a nivel inconsciente (DANA y LOWENSTEIN, 2003, p. 253).

En este contexto, además, debe tenerse en cuenta que la aceptación y el ofrecimiento de regalos carecen de un fuerte estigma social; es decir, constituyen comportamientos que los miembros de la sociedad, en comparación con los sobornos, perciben como menos reprochables.<sup>34</sup> La relevancia de la percepción social sobre el grado de ilicitud de una conducta reside en su capacidad para influir en los mecanismos internos que regulan la acción individual. Así, pues, como demuestran investigaciones en el campo de la psicología social, las personas que valoran positivamente la honestidad y se ven a sí mismas como honestas, obtienen una recompensa o satisfacción interna al actuar conforme a sus estándares morales; por consiguiente,

•••

<sup>33</sup> En el ámbito de la medicina, se han realizado diferentes investigaciones sobre la influencia de los regalos que las empresas farmacéuticas ofrecen a los médicos. Sobre este tema, véanse SAH y LOWENSTEIN (2017, p. 155-175); DANA y LOWENSTEIN (2003, p. 252-255).

<sup>34</sup> En un experimento realizado por Green y Kugler (2012, p. 47), se les pidió a los participantes que calificaran, en una escala del 1 al 7, el grado de reprochabilidad de diferentes comportamientos. La aceptación de un regalo por parte de un funcionario público fue valorada como menos reprochable (5,12) que la aceptación de un soborno (6,67). Asimismo, solo un 63 por ciento de los participantes opinó que la acción de aceptar un regalo debería ser criminalizada, mientras que, con respecto a la aceptación de un soborno, un 96 por ciento se manifestó en favor de la criminalización.

tales individuos tienden a evitar incurrir en comportamientos que, por apartarse de esos estándares, pueden alterar radicalmente la imagen que tienen de ellos (MAZAR, AMIR y ARIELY, 2008, p. 634). En este sentido, ante situaciones que les posibilitan obtener beneficios económicos de manera deshonesto, los agentes se encuentran sujetos a motivaciones contrapuestas: o bien llevan a cabo una conducta que los beneficia, pero que los obligaría a modificar su auto-percepción como personas honestas, o bien mantienen la imagen positiva que tiene de sí mismos, pero renuncian a beneficiarse con la realización de esa acción (MAZAR, AMIR y ARIELY, 2008, p. 634). Esta tensión motivacional, frecuentemente, es resuelta mediante una adaptación o equilibrio entre ambas fuerzas, de modo tal que las personas *solo* realizan comportamientos deshonestos cuando, a su vez, poseen ciertos mecanismos internos que les permiten conservar su imagen de honestidad (MAZAR, AMIR y ARIELY, 2008, p. 634).

Una vez que esto se tiene en cuenta, puede advertirse por qué los regalos son especialmente peligrosos para el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Mientras muchos funcionarios no estarían dispuestos a aceptar sobres llenos de billetes a cambio de realizar actos propios de su cargo —sobornos—, porque ese comportamiento los haría verse a sí mismos como corruptos, en cambio, la aceptación de ciertos obsequios, en la medida que constituye una acción que carece de una carga moral negativa tan intensa, les permite obtener beneficios sin modificar su propia imagen de personas respetables. La potencialidad de los regalos para expandirse en el ámbito de la Administración reside, justamente, en su carácter ambiguo, o sea, en el hecho de que los beneficios que proporcionan se presentan revestidos de sentimientos de desinterés y estima, lo cual hace que incluso funcionarios honestos puedan sucumbir a su influencia. Si, además, como se ha señalado, resulta que esta práctica es un medio idóneo para interferir en las decisiones de los agentes, no hay dudas de que representa una amenaza para el correcto funcionamiento de la Administración Pública: el riesgo consiste en la posibilidad de que los intereses privados de las personas que ofrecen regalos prevalezcan sobre los intereses generales que deben orientar la actuación del Estado.

Ahora bien, un sector de la doctrina exige, para la consumación del delito, que la conducta ocasione un peligro concreto, lo que ocurriría solamente cuando, al momento de aceptar la dádiva, el funcionario tuviera un asunto pendiente que resolver, en el cual estuviera interesado el sujeto que realiza el ofrecimiento.<sup>35</sup> Empero, esta interpretación es demasiado restrictiva, porque excluye del ámbito de aplicación del delito, sin razones atendibles, comportamientos idóneos para afectar el bien jurídico (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2011, p. 172). Así, pues, el juez con competencia comercial que acepta sucesivos regalos de un importante abogado de ese fuero, aunque en ese momento no tenga pendiente de resolver ningún caso en el cual éste intervenga, ya queda condicionado para tomar decisiones en los asuntos

...

<sup>35</sup> Al respecto, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2011, pp. 171 y ss.).



que, muy probablemente, serán patrocinados por dicho letrado en el futuro. Del mismo modo, según esta perspectiva, tampoco se subsumiría en el tipo penal la conducta del mafioso que ofrece regularmente obsequios a los fiscales de la ciudad, con el fin de condicionar a cualquiera de ellos que, posteriormente, pudiera intervenir en una investigación por sus actividades ilícitas. En definitiva, el problema con esta interpretación es que permitiría a los agentes eludir fácilmente la aplicación de la norma en situaciones que, no obstante, constituyen conflictos de intereses capaces de interferir en las decisiones de la Administración.

En cambio, para que la conducta se subsuma en el tipo penal, *sí* es preciso que exista una verdadera contradicción entre los intereses que el funcionario debe resguardar y los intereses de la persona que ofrece la dádiva; es decir, aunque al tiempo del ofrecimiento no exista ninguna decisión pendiente, al menos, debe ser *ex ante* probable que los asuntos en los que está interesado el dador del regalo, posteriormente, se conecten con decisiones del ámbito de competencia del funcionario. Ello no ocurre, por ejemplo, cuando en una visita a la casa de gobierno del equipo que recientemente ha ganado el campeonato local de fútbol, se le entrega como obsequio al presidente una réplica del trofeo recibido. Tampoco tiene lugar un conflicto de intereses si una jueza recibe de parte de una entidad académica reconocida un premio por su destacada trayectoria profesional (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2016, p. 135). En principio, en tales casos, la aceptación de la dádiva no sitúa al agente en una posición que podría *razonablemente* interferir con la toma de decisiones futuras relativas a su función.

### 3. LA ADECUACIÓN SOCIAL DE LOS REGALOS

Un parámetro que suele invocarse para limitar el alcance de este delito es la adecuación social (WELZEL, 1964, p. 87; CREUS, 1981, p. 308; OLIVER, 2004, p. 98 y ss.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2016, p. 124 y ss.; RUA, 2011, p. 609). Con ello se pretende excluir el castigo de comportamientos que, aunque formalmente se subsumen en la norma, por su escasa gravedad, no tienen entidad suficiente como para dar lugar a un reproche penal. A modo de ejemplo, la doctrina cita, frecuentemente, el caso del cartero que, como regalo de navidad, recibe un pequeño obsequio de alguno de los beneficiarios del servicio que presta (OLIVER, 2004, p. 99; ROXIN, 1997, p. 293.) Ciertamente, sería demasiado severo hacer responsables penalmente a los agentes en circunstancias que, como en el escenario descrito, no revelan la realización de un ilícito merecedor de castigo. La aplicación del estándar de adecuación social permitiría excluir, correctamente, tales situaciones del ámbito de lo punible.

De todos modos, es preciso aclarar que la definición de lo socialmente adecuado no puede fundarse, como a veces se sostiene, exclusivamente en referencias empíricas;<sup>36</sup> o, expresado

...

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, Oliver (2004, p. 98) parece interpretar el principio de adecuación social de esta forma: “En nuestra opinión, a pesar de que la regulación del delito de cohecho contenida en nuestro Código Penal no hace

de otra forma, el comportamiento habitual de las personas, lo que *de hecho* la gente hace y acepta como apropiado, no constituye un parámetro que, desde el punto de vista del derecho, sirva para determinar por sí mismo si una conducta está prohibida por la norma (GRECO, 2017, p. 47). De lo contrario, en contextos de amplia tolerancia social a prácticas corruptas, habría que llegar a la conclusión de que ilícitos graves, capaces de lesionar seriamente el funcionamiento de la Administración Pública, son atípicos, lo cual demuestra con claridad el carácter problemático de esta interpretación. Es por ello que el estándar de adecuación social debe interpretarse *normativamente*, como un criterio que ayuda a delimitar el alcance de la prohibición; a fin de cuentas, lo socialmente adecuado hace referencia a comportamientos que son tolerados, no ya por la sociedad, sino por la *norma* penal, pues no realizan el injusto que ella prohíbe.

Ahora bien, entendido como un criterio normativo, el problema con el principio de adecuación social, como señala Roxin (1997), es que no proporciona un parámetro de interpretación diferente a otros criterios de imputación disponibles, que, a su vez, son más precisos que aquél (ROXIN, 1997, p. 295; GRECO, 2017, p. 47). Concretamente, los casos que suelen presentarse como ejemplos de adecuación social, o bien constituyen supuestos de afectación insignificante del bien jurídico protegido, o bien se trata de comportamientos que se mantienen dentro del riesgo permitido (ROXIN, 1997, p. 295 y ss.). De modo tal que dicho principio no agrega ningún criterio adicional que sea útil para la interpretación del tipo penal. Puede afirmarse, entonces, que una conducta es socialmente adecuada cuando no da lugar a la creación de un riesgo prohibido, o cuando produce una afectación meramente insignificante del objeto de protección penal. El análisis de la adecuación social de la aceptación y ofrecimientos de dádivas requiere, por tanto, recurrir a estos dos parámetros.

Conforme al principio de insignificancia o de bagatela, deben considerarse atípicos los comportamientos que, a pesar de corresponderse con la descripción de la conducta prohibida por la norma, carecen de la intensidad suficiente como para menoscabar el bien jurídico protegido (ROXIN, 1997, p. 296 y ss.; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, 2005, p. 494). Así, pues, se sostiene que los regalos pequeños, como el caso ya mencionado del cartero, son incapaces de producir una lesión significativa al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Ciertamente, sería irrazonable, por ejemplo, castigar al funcionario que se limita a aceptar un cigarrillo que circunstancialmente alguien le ofrece, o al profesor que recibe un caramelo de un alumno. Sin embargo, más allá de estos casos claros, no es posible establecer un límite absolutamente preciso a partir del cual los regalos son insignificantes. De hecho, investigaciones empíricas demuestran que, en ocasiones, incluso los obsequios pequeños

...

alusión alguna a estos aspectos, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social deben ser tomadas en cuenta. En efecto, no puede sostenerse seriamente que sea voluntad de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuados”.

son capaces de influir eficazmente en las decisiones del receptor (DANA y LOWENSTEIN, 2003, p. 252). En este sentido, no parece correcto calificar como insignificantes los agasajos consistentes en comida y/o bebidas que, en algunos lugares, los abogados o estudios profesionales ofrecen regularmente a empleados y funcionarios judiciales.<sup>37</sup> Si tales acciones tienen la capacidad de influir en el comportamiento de los funcionarios y generar un trato preferencial en comparación con otros abogados que no ofrecen regalos —*vgr.*: mayor celeridad en el dictado de ciertas resoluciones judiciales—, entonces, evidentemente, ya no son conductas insignificantes.

Por otro lado, también es necesario analizar en qué casos la aceptación y el ofrecimiento de regalos se mantienen en el ámbito del riesgo permitido. Como es sabido, dicho concepto se fundamenta en la premisa de que resulta imposible, y además indeseable, prohibir la realización de toda actividad peligrosa para terceros. Cualquier interacción social involucra ciertos riesgos, los cuales no podrían eliminarse por completo sin, a su vez, renunciar a los beneficios que esas actividades proporcionan (JAKOBS, 1996, p. 43 y ss.). Paradigmáticamente, siempre que exista tráfico rodado, es inevitable que se produzcan algunos accidentes, aun cuando los conductores observen la mayor precaución posible; de todas formas, dentro de ciertos márgenes, tales consecuencias se ven compensadas por las ventajas que entraña para la población contar con medios de transporte modernos (ROXIN, 1997, p. 371-372). La noción de riesgo permitido refiere, pues, a la determinación del umbral de tolerancia a las actividades peligrosas que son necesarias para la vida en sociedad.

En ciertos ámbitos, hay pautas precisas sobre lo que constituye el comportamiento aceptable, como la regla que establece el límite máximo de velocidad en el tránsito vial o el grado de alcohol en sangre permitido para conducir. La infracción de dichas normas es, por lo menos, un *indicio* de la creación de un riesgo prohibido (ROXIN, 1997, p. 1001-1002). En cambio, en otros espacios de la vida social, no existen reglamentaciones tan específicas para determinar el límite del riesgo permitido y, por tanto, es necesario recurrir a la ponderación. Para ello, se deben tener en cuenta, principalmente, el valor social de la conducta generadora del peligro, el grado de probabilidad de que el riesgo se materialice en el resultado disvalioso y la intensidad del daño que se produciría en tal caso (ROXIN, 1997, p. 1010-1011; FEINBERG, 1984, p. 190 y ss.). La correlación entre estas variables proporciona un criterio útil para determinar el nivel de riesgo jurídico-penalmente relevante.

•••

<sup>37</sup> Sobre la habitualidad de esta práctica en algunos tribunales de la provincia de Córdoba da cuenta ANDRUET (2019). El autor considera que tales obsequios, en razón de que se “extinguen” con su consumo, no dan lugar a un problema ético: “En tal espectro, se ubican los frecuentes sándwiches, masas, empanadas y algún otro insumo gastronómico de las características anteriores que —por lo general— implican un consumo rápido y un costo en términos generales no desmedido y que —al ser ofrecidos al conjunto del tribunal, sin especificidad de una persona u otra— en principio no generan ninguna perturbación ética”.

Con respecto a la aceptación y el ofrecimiento de regalos, se requiere analizar, en primer lugar, si existen circunstancias en las que tales conductas contribuyen a la consecución de fines valiosos para la Administración. Ello no debe descartarse, pues, como ya se ha señalado, los regalos cumplen también una función expresiva; esto es, transmiten sentimientos de afecto y estima por los demás, lo cual favorece el desarrollo de relaciones estrechas entre las personas. Precisamente, en ciertas dependencias de la Administración Pública, el surgimiento de esa clase de vínculos puede redundar en un mejor funcionamiento de la organización. Así, por ejemplo, en algunas oficinas judiciales, es común que empleados, funcionarios y magistrados intercambien regalos con motivo de ciertas celebraciones —*vgr*: cumpleaños, navidad, etc. —. Este tipo de prácticas ayuda a crear un ambiente laboral más confortable y fortalece las relaciones entre los integrantes del equipo de trabajo. Naturalmente, el hecho de que un juez reciba un obsequio de parte de un empleado de su juzgado puede también interferir con su imparcialidad para tomar determinadas decisiones, como recomendaciones para futuros ascensos o distribuir la carga de trabajo entre los miembros del grupo. Empero, estas consecuencias se ven compensadas por los beneficios que los regalos traen aparejados en el desarrollo de relaciones humanas más cercanas y cordiales;<sup>38</sup> en definitiva, por el valor social que adquiere dicha práctica, en este caso, el nivel de riesgo permitido es más alto.

En cambio, cuando la aceptación y el ofrecimiento de regalos carecen de todo valor, el umbral de tolerancia a estos comportamientos es más bajo. Repárese, por ejemplo, en las relaciones entre jueces y abogados. A diferencia de lo que ocurre al interior de una dependencia estatal, cuyos miembros deben trabajar coordinadamente, en este caso, no hay razones para promover el desarrollo de vínculos cercanos entre los agentes. Por el contrario, es conveniente que las relaciones entre ambos sean distantes, ya que la función principal de los jueces consiste en resolver objetivamente asuntos en los cuales los abogados están interesados. En este escenario, entonces, los riesgos que ocasionan los regalos de distorsionar las decisiones judiciales no son compensados por beneficio alguno para el funcionamiento de la Administración Pública. Por ello, el nivel de riesgo permitido en el contexto de interacciones entre jueces y abogados es mínimo; o, lo que es igual, prácticamente cualquier regalo implica ya un peligro penalmente relevante.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta también la gravedad del daño que podría ocasionar la distorsión de la decisión del funcionario. Mientras mayor sea la relevancia de los intereses involucrados en los actos que son competencia del agente, menos razones para tolerar riesgos de interferencia en el proceso decisorio. Repárese, de nuevo, en el conocido ejemplo del cartero. Si, a fin de año, él recibe regalos —no insignificantes— de algunos ciudadanos, también

• • •

38 Sobre este argumento, véase PHILIPS (1984, p. 634).

existe el peligro de que ello afecte la prestación del servicio postal; concretamente, el cartero podría entregar más rápidamente la correspondencia de las personas que le ofrecen obsequios y con mayor demora la de los demás. Sin embargo, dado que estas consecuencias son bastante leves, el umbral de tolerancia a la aceptación de regalos puede ser elevado. En otros ámbitos de la Administración Pública, en cambio, las decisiones erróneas de los funcionarios son susceptibles de ocasionar daños severos. Los jueces penales, por caso, tienen la responsabilidad de resolver conflictos en los que están implicados intereses muy valiosos, como la libertad y la reputación del imputado, las pretensiones de la víctima o el interés de los miembros de la sociedad en evitar la comisión de futuros delitos. Las consecuencias que puede acarrear una sentencia penal contraria al derecho son muy graves. Por tal razón, en este caso, el nivel de riesgo permitido debe ser extremadamente bajo.

Los criterios que se mencionan aquí proporcionan algunas pautas orientadoras para determinar en qué casos la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública se mantienen dentro de lo penalmente tolerable. Si bien constituyen parámetros flexibles, cuya aplicación requiere de la interpretación judicial y del análisis de las características particulares de la situación concreta, parece difícil que una regla estricta pueda ofrecer una solución más conveniente. En este aspecto, algunos autores proponen establecer un límite cuantitativo, en virtud del cual se considerarían necesariamente atípicos todos los regalos cuyo valor no supere determinado monto dinerario (GIMBERNAT ORDEIG, 2010, p. 23). Sin embargo, la adopción de una regla tan rígida no permitiría dar cuenta de las distintas variables que deben tomarse en cuenta para delimitar el nivel del riesgo permitido. Como se ha señalado, en ocasiones, tanto por la relevancia de los intereses involucrados en la decisión como por las características del vínculo entre los agentes, hay razones para prohibir incluso regalos de poco valor.<sup>39</sup>

#### 4. PARÁMETROS DE DISTINCIÓN ENTRE REGALOS Y SOBORNOS

Un problema importante, especialmente por su relevancia práctica, es cómo distinguir, en los hechos, el ofrecimiento y la aceptación de regalos de los sobornos. Como se explicó previamente, un ciudadano puede ofrecer un obsequio con la expectativa de influir en una decisión del funcionario, y éste puede aceptarlo con consciencia del propósito de aquél; con todo, a menos que exista un *acuerdo* para que el funcionario realice cierto acto como contraprestación, no se trata de un soborno, sino de un regalo. En la práctica, sin embargo, la distinción

•••

<sup>39</sup> También se cuestiona a la propuesta de establecer un límite en función de la cuantía del regalo porque excluiría de la norma las situaciones en las que, a lo largo del tiempo, se entregan sucesivamente obsequios de poco valor, lo que, finalmente, genera un vínculo de dependencia capaz de influir en las decisiones de los funcionarios. Al respecto, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2011, p. 162).

resulta difícil de trazar, pues la *voluntad* de concertar el acuerdo, muchas veces, no se manifiesta de forma expresa, sino que surge tácitamente del comportamiento de los individuos. Piénsese, por ejemplo, en el abogado que, momentos antes de que se dicte la sentencia en la cual está interesado, y sin formular ninguna declaración, deja sobre el escritorio de la jueza una caja de costosas botellas de champán; la funcionaria, a su vez, sin decir nada, guarda la caja en el armario de su oficina. ¿Ofreció el abogado la dádiva con una mera expectativa de influir en la decisión judicial o, en cambio, lo hizo con el propósito de concertar un acuerdo con prestaciones recíprocas? Por otro lado: ¿aceptó la jueza la dádiva simplemente con conciencia de que pretendían influenciarla o, en cambio, lo hizo con el compromiso de tomar una decisión a cambio?<sup>40</sup> Para responder a estas preguntas, previamente, es necesario establecer criterios que permitan determinar en cuáles circunstancias debe atribuirse a los agentes dolo de aceptación y ofrecimiento de sobornos, y en cuáles, en cambio, dolo de aceptación y ofrecimiento de regalos.

Ahora bien, aun cuando el dolo se entienda como un dato psíquico,<sup>41</sup> se debe partir, como con el tipo subjetivo de cualquier otro delito, del análisis de las condiciones objetivas en las que tiene lugar la conducta.<sup>42</sup> Así, pues, si un sujeto de condiciones psíquicas normales, con un revólver cargado, apunta a la cabeza de otro desde de una distancia muy cercana y aprieta el gatillo, en principio, es correcto atribuirle dolo de homicidio, porque de tales circunstancias puede inferirse razonablemente su *voluntad* de matar, o, en todo caso, el *conocimiento* del elevado grado de riesgo contra la vida que conlleva la realización de esa acción, según como se defina el dolo.<sup>43</sup> En cambio, si alguien golpea a otro con un palo en una pierna, debe adjudicarse *prima facie* dolo de lesiones, pues de esas circunstancias objetivas solo puede inferirse

...

<sup>40</sup> Además de la dificultad para esclarecer la voluntad de los agentes en ausencia de una manifestación expresa sobre el carácter de la dádiva, otro factor que añade complejidad al análisis de los hechos es que, muy probablemente, para atenuar su responsabilidad penal, las partes tiendan siempre a sostener que los beneficios ofrecidos o aceptados eran regalos y no sobornos. Al respecto, véase ROSE-ACKERMAN (2001, p. 135).

<sup>41</sup> En general, el dolo suele entenderse como un estado mental (voluntad, conocimiento, etc.). De todos modos, una corriente minoritaria defiende la idea de que, al igual que la imprudencia, el dolo consiste en un juicio de reproche objetivo a la conducta del autor. Para una defensa de esta perspectiva, véase PÉREZ BARBERÁ (2012, p. 169-211).

<sup>42</sup> Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se reconoce la relevancia de los datos externos para la prueba del dolo. Así lo hace, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: “En la medida en que los aspectos subjetivos del delito no pueden ser aprehendidos a través de la percepción directa del Juzgador, pueden y deben ser derivados a partir de la conducta desenvuelta por el agente que forma parte de la imputación” (TSJ Córdoba, Sala Penal, 12.2.2010, (Aída Tarditti)). Para un análisis pormenorizado de los criterios para la prueba del dolo, véase RAGUÉS I VALLÈS (1999, p. 379 y ss.).

<sup>43</sup> Sobre las teorías volitivas y cognitivas del dolo, puede verse RAGUÉS I VALLÈS (1999, p. 59-81).

la voluntad, o el conocimiento del riesgo, de atentar contra la integridad física, más no un dolo homicida. La situación es similar con respecto a la distinción entre el tipo de cohecho y el tipo de admisión y ofrecimiento de dádivas: en ausencia de una manifestación expresa de las partes, el dolo debe inferirse de los datos externos.

En primer lugar, un factor importante a considerar es el valor de la dádiva. Mientras más valioso es lo que se da al funcionario, más razones para pensar que se trata de un soborno. Evidentemente, ello se debe a que es poco probable que alguien entregue algo de mucho valor con una simple *expectativa* de influir en la decisión del funcionario. En efecto, si un ciudadano ofrece un beneficio importante, es razonable suponer que pretende la reciprocidad de su funcionario; es decir, que solo se desprendería de un objeto de ese valor si tiene garantizado, al menos, el *compromiso* de que recibirá una contraprestación. Por supuesto, la consideración de algo como valioso presenta cierto grado de indeterminación, ya que se trata de un concepto graduable. De todos modos, para su concreción, debe tenerse en cuenta el carácter *bilateral* de los sobornos, o sea, el hecho de que, desde el punto de vista económico, constituyen un *precio* que se paga al funcionario para obtener cierto beneficio (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 224). Dicho de otra forma, si algo es suficientemente valioso como para ser un soborno, depende de lo que se pretende recibir a cambio. Así, por ejemplo: si lo que el funcionario debe decidir es la concesión de un importante contrato de obra pública, difícilmente la entrega de una costosa botella de champán pueda ser el precio que se paga para la adjudicación de dicho contrato; más bien, en tal caso, es razonable pensar que se trata de un regalo. En cambio, si el beneficio a obtener es la eximición de una multa de tránsito, esa misma dádiva sí podría configurar un soborno.

Asimismo, otro factor relevante para interpretar el dolo de las partes es la eventual conexión temporal entre el otorgamiento de la dádiva y la ejecución del acto funcional en el cual el ciudadano está interesado. En este sentido, cuando existe *inmediatez* temporal entre la recepción de algo de valor por parte del funcionario y la adopción de una decisión relativa al cargo, hay importantes razones para suponer que las partes entienden tales actos como contraprestaciones en el marco de un acuerdo bilateral. Piénsese, de nuevo, en el inspector de tránsito que, inmediatamente después de recibir un par de billetes de un automovilista, le ordena a éste que se retire sin labrar el acta de infracción. Precisamente, aunque no haya existido una manifestación expresa de las partes, lo que hace pensar que ambos entienden la dádiva como un soborno es la conexión temporal estricta que existe entre el ofrecimiento de la dádiva y la decisión de no imponer una multa; dicha *inmediatez* permite inferir que hay una correspondencia mutua entre tales conductas, y no una mera *expectativa* de influir sobre un acto del agente.

Por último, también debe analizarse qué es lo que se ofrece al funcionario, es decir, si la dádiva consiste en dinero o en un objeto de otra naturaleza. Como se ha señalado, en la medida en que transmiten sentimientos de afecto por los demás, los regalos cumplen una función expresiva; y, justamente, esa característica los convierte en una práctica peligrosa para el

funcionamiento de la Administración Pública, pues tienen la capacidad de influir en las decisiones de los funcionarios. Empero, mientras que ciertos objetos pueden cumplir esa función adecuadamente, como tickets para eventos deportivos, invitaciones a almorzar o una caja de botellas de champán, la intervención del dinero, en cambio, por su carácter de instrumento monetario, tiende a pervertir la dimensión expresiva de los regalos;<sup>44</sup> dicho de otra forma, “obsequiar” dinero difícilmente puede ser una vía apropiada para transmitir sentimientos de consideración y estima. Por ello, cuando antes de la toma de una decisión por parte del funcionario, éste recibe dinero de un ciudadano, es razonable suponer que las partes entienden dicho beneficio como un soborno, no como un regalo.

Los parámetros descriptos constituyen solo algunos indicadores para determinar si las partes obran con dolo de aceptación y ofrecimiento de *regalos* o de *sobornos*. Es posible, a su vez, que otras circunstancias puedan también ayudar a distinguir ambos comportamientos. De todos modos, importa reiterar que aun cuando la distinción sea sutil, ello no implica, como sugieren algunos autores, que deba abandonarse. Por el contrario, como sucede con cualquier delito, el dolo debe inferirse del análisis de la conducta desplegada por los agentes.

## 5. SOBRE EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACEPTACIÓN Y EL OFRECIMIENTO DE REGALOS

A grandes rasgos, el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* afirma que la criminalización de una conducta solo está justificada cuando, con medios menos lesivos, no se pueden alcanzar resultados satisfactorios en materia de prevención (ROXIN, 1997, p. 65 y ss.). Básicamente, ello exige realizar un balance de costos y beneficios entre los distintos medios institucionales de control (GÓMEZ POMAR y ORTIZ DE URBINA, 2005, p. 159). De acuerdo con esto, el recurso a la legislación penal es ilegítimo si con medidas menos costosas que la pena se logra el mismo grado de prevención, como también si se alcanza un nivel de prevención menor, pero a un costo significativamente más reducido (GÓMEZ POMAR y ORTIZ DE URBINA, 2005, p. 159). En definitiva, la idea de que el derecho penal es subsidiario implica que el legislador no debería utilizar dicha herramienta si la función de protección del bien jurídico se puede cumplir *eficientemente* con medios no penales (indemnización civil, sanción administrativa, etc.).

El principio de *ultima ratio* también suele ser invocado para cuestionar la criminalización de ciertas conductas relacionadas con la corrupción administrativa. Concretamente, algunos tribunales han entendido que la existencia de un régimen disciplinario sancionador sería suficiente para brindar protección frente a determinadas infracciones penales cometidas por

• • •

<sup>44</sup> Al respecto, véase la nota 27.



funcionarios públicos, y, en consecuencia, han decidido no aplicar los delitos en cuestión.<sup>45</sup> En la doctrina, a su vez, ciertos autores afirman que, a pesar de que la aceptación y el ofrecimiento de regalos son comportamientos idóneos para afectar el funcionamiento de la Administración Pública, por razones de eficiencia, debería limitarse la sanción al ámbito administrativo (OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 109).

Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, es necesario señalar que, como sostiene parte de la doctrina, el principio de *ultima ratio* debe entenderse más bien como una directriz político criminal, antes que como un mandato vinculante (ROXIN, 1997, p. 67; FERNÁNDEZ CABRERA, 2019, p. 23). Esto significa que, respecto de comportamientos merecedores de reproche penal, el legislador tiene cierto margen de discrecionalidad para decidir cuál vía de protección es más adecuada (GRECO, 2017, p. 163); o, expresado de otra forma, ante la duda sobre cuál es el medio institucional más conveniente para proteger ciertos intereses, le corresponde al legislador una “prerrogativa de estimación” (ROXIN, 1997, p. 67).<sup>46</sup> Por ello, resulta cuestionable que, especialmente ante la ausencia de estudios empíricos serios que

• • •

<sup>45</sup> Sobre la situación en España, véase FERNÁNDEZ CABRERA, 2019, p. 1-43.

<sup>46</sup> Como es sabido, el concepto de discrecionalidad puede interpretarse de distintas formas. En este caso, no se hace referencia a una discrecionalidad en sentido fuerte, esto es, como una decisión que no se halla sujeta a *ningún* estándar. Por el contrario, en este contexto, discrecionalidad debe entenderse en dos sentidos más débiles. En primer lugar, tal concepto refiere a que el estándar de *ultima ratio* no puede aplicarse mecánicamente, sino que confiere a la autoridad encargada de aplicarlo —en este caso, el legislador— *cierto* margen para ejercer su propio criterio sobre cuál es la medida más conveniente, de acuerdo con la información disponible para decidir. Esto no implica, por supuesto, que ese margen sea *ilimitado*. Piénsese en el ejemplo planteado por Dworkin: si un teniente le ordena a un sargento que escoja a sus cinco hombres más experimentados, la orden deja a éste último un espacio determinado de libre valoración. El sargento podría utilizar el criterio de “antigüedad en el ejército”, o el de “participación en mayor cantidad de batallas” o, asimismo, el de “más reconocimientos honoríficos por hazañas en combate”. Cualquiera de estos criterios constituye un modo razonablemente adecuado de cumplir con la orden de escoger a los cinco hombres más experimentados, aunque se pueda estar en desacuerdo con alguno de ellos en particular. Empero, no es parte del ámbito de libre valoración del sargento el uso de un criterio racial o de pertenencia religiosa para elegir a los soldados más experimentados. Precisamente, lo mismo rige para la discrecionalidad legislativa respecto del principio de *última ratio*. Si existen dudas acerca de si una sanción administrativa grave permitiría alcanzar el mismo grado de eficiencia que la criminalización de la conducta, debe reconocerse al legislador la facultad de optar tanto por una sanción administrativa severa como por una sanción penal de baja intensidad; ambas opciones son modos razonables de cumplir con el estándar de *última ratio* y, por tanto, forman parte del ámbito de libre valoración legislativa. En cambio, en ese caso, no podría el legislador prever para dicha conducta la aplicación de la pena máxima o de una pena de prisión de larga duración; tales medidas excederían su ámbito de discrecionalidad. En segundo lugar, el término discrecionalidad también hace referencia a que una autoridad, que es parte de un conjunto más amplio de órganos

demuestren la mayor eficiencia del régimen administrativo, los jueces resuelvan, con argumentos fundados en el principio de subsidiariedad, la inaplicabilidad de la norma penal (FERNÁNDEZ CABRERA, 2019, p. 23).

La idea de que le corresponde al legislador un margen de discrecionalidad para determinar cuál es la medida más eficiente de protección no implica que posea dicha facultad en todos los casos.<sup>47</sup> Sin dudas, cuando la ineficiencia de la criminalización de cierta conducta resulta manifiesta, la decisión del legislador puede ser impugnada judicialmente (GRECO, 2017, p. 163). Si, efectivamente, existe información empírica confiable sobre la conveniencia de optar por una medida de protección menos severa, en verdad, no se trata de un caso comprendido en la discrecionalidad legislativa y, por tanto, de acuerdo con el principio de *ultima ratio*, los jueces está autorizados a declarar la inconstitucionalidad de la norma penal (GRECO, 2017, p.163).<sup>48</sup> Empero, cuando existen dudas sobre la mayor eficiencia de otras medidas, no puede concederse a las autoridades judiciales la potestad de invalidar la decisión legislativa; en tales casos, la cuestión sobre la necesidad de la criminalización depende de valoraciones ciertamente vagas, que nunca permiten alcanzar una conclusión incontrovertible (GRECO, 2017, p. 163). Una interpretación tan estricta del principio de *ultima ratio*, que otorgue a los jueces incluso en situaciones de duda sobre la facultad de impugnar la criminalización de una conducta, daría lugar a la consecuencia de que la validez de un amplio sector de la legislación penal dependería de valoraciones controversiales de los órganos judiciales.

...

institucionales o jerarquía de funcionarios, tiene la potestad de adoptar la decisión final sobre cierto asunto, la cual no puede ser revisada por *otra* autoridad.

En conclusión, si se tienen en cuenta ambos sentidos débiles del término discrecionalidad, con respecto al principio de *última ratio*, todo lo anterior puede resumirse del siguiente modo: en la medida en que se trate de *un* caso en el que el legislador tiene efectivamente discrecionalidad para decidir, pues no hay certeza sobre la mayor eficiencia de medidas alternativas a la criminalización, y siempre que la medida adoptada esté comprendida en su ámbito *limitado* de discrecionalidad, su decisión es definitiva y no revisable por autoridades judiciales. Sobre el concepto de discrecionalidad, véase DWORKIN (1977, p. 31-39). Agradezco a un árbitro anónimo por un comentario acerca de este problema.

<sup>47</sup> En contra, Sancinetti (2005, p. 100), quien sostiene que la determinación de cuál es la medida de protección más adecuada es de competencia *exclusiva* del legislador y, por tanto, no revisable por los jueces, pues, de otro modo, se “violaría la división de poderes y, con ella, la sujeción del juez a la ley”.

<sup>48</sup> Paradigmáticamente, este parece ser el caso de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en Argentina, según los estudios citados por el máximo tribunal del país en el fallo Arriola. En efecto, uno de los argumentos invocados por la Corte Suprema de Justicia Argentina en contra de la persecución penal de los consumidores se fundamenta en que, según la información que surge de datos estadísticos e informes de diferentes organizaciones internacionales, luego de dieciocho años de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en el país, se incrementó la comercialización, producción y consumo de drogas; por tal razón, sostuvo dicho tribunal, que sería más conveniente dar respuesta a la problemática del consumo de estupefacientes a través de medidas sanitarias. CSJN, 25.08.2009, (Carlos S. Fayt).

Ahora bien, aunque desde un punto de vista dogmático la decisión de criminalizar la aceptación y el ofrecimiento de regalos forme parte del ámbito de discrecionalidad del legislador, desde una perspectiva de política criminal, existen razones para suponer que el traslado de la sanción de estos comportamientos al ámbito administrativo no constituye la alternativa más eficiente. En efecto, si bien siempre cuenta en contra de la criminalización de una conducta los mayores costos derivados del sistema penal en comparación con sanciones no penales en este caso (FEINBERG, 1984, p. 22), tales costos podrían resultar compensados por la mayor capacidad de prevención de la criminalización.

En primer lugar, de acuerdo con un *corpus* importante de literatura empírica, el grado efectivo de disuasión de una conducta depende fundamentalmente de dos variables: la probabilidad de detección y sanción, por un lado, y la severidad de las consecuencias, tanto formales como informales, que debe soportar el infractor en caso de ser descubierto (ROSE-ACKERMAN, 2001, p. 222; ANDENAES, 2002, p. 510).<sup>49</sup> En este sentido, por la capacidad de estigmatización de la pena y las consecuencias negativas que ello produce en la reputación del infractor, como regla general, cabe esperar que, en comparación con una sanción de tipo administrativa, dé lugar a un mayor nivel de disuasión.<sup>50</sup> Empero, respecto de esta situación en particular, debe tenerse en cuenta, además, que aun la sanción más grave disponible en el régimen disciplinario, *-i.e.*, la exclusión de la función pública—, difícilmente pueda ser eficaz para disuadir a los sujetos que tienen un vínculo transitorio con la Administración, como el conjunto de funcionarios políticos de las distintas áreas del Estado (FERNÁNDEZ CABRERA, 2019, p. 30). En tales casos, es evidente que limitar la responsabilidad al ámbito administrativo conllevaría una pérdida adicional de eficacia preventiva.

Asimismo, otro problema de este tipo de procedimientos reside en la ausencia de imparcialidad e independencia de los órganos encargados de imponer las sanciones (FERNÁNDEZ CABRERA, 2019, p. 31). Ciertamente, el hecho de que los que ejercen el poder disciplinario y los sujetos sometidos a tal potestad pertenezcan al mismo ámbito entraña el riesgo de que predomine un espíritu corporativo, y que, finalmente, no se sancionen los comportamientos

•••

<sup>49</sup> Con énfasis en cómo la percepción de tales variables afecta la disuasión, y con cita de numerosos estudios empíricos, véase NAGIN (1998, p. 12-15).

<sup>50</sup> Existen diferentes estudios empíricos que respaldan la hipótesis de que el temor a la estigmatización de la pena actúa como un factor capaz de disuadir a los agentes, en circunstancias en que otro tipo de sanciones, que no producen consecuencias negativas en el estatus social del infractor, carecen de efectos disuasivos. A modo de ejemplo, en relación con la evasión de impuestos, hay evidencia de que, en caso de que las consecuencias legales de la evasión fueran meramente civiles, el porcentaje de sujetos dispuestos a llevar a cabo este comportamiento sería significativamente mayor en comparación con el escenario en que dichas consecuencias involucrarán también el riesgo de imposición de una sanción penal. Sobre este tema, véanse NAGIN (1998, p. 20-21).

ilícitos que son tolerados por los miembros de la organización. Esta preocupación no surge de una especulación infundada, sino que tiene apoyo en indicadores empíricos.<sup>51</sup> Así, por ejemplo, numerosos estudios demuestran que, entre los policías, la aceptación de regalos tiende a ser percibida en general como una práctica escasamente problemática desde el punto de vista de los estándares éticos de la institución; a su vez, tales estudios sugieren que la disposición de los policías para denunciar a sus compañeros por aceptar regalos es significativamente baja.<sup>52</sup> En consecuencia, si los mecanismos de control de estas conductas se reducen al ámbito interno de la institución, existe el riesgo de que ello se traduzca en una disminución de la probabilidad de imposición de sanciones.

Por último, en favor de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública, debe tenerse en cuenta también la función de reprobación que cumple el castigo. En efecto, a diferencia de otra clase de sanciones, la pena expresa censura sobre el comportamiento de quien delinque; es decir, manifiesta que la conducta llevada a cabo por el agente es merecedora de un reproche.<sup>53</sup> Esta característica distintiva de la criminalización, como una herramienta que manifiesta desaprobación moral, permite comunicar a los miembros de la sociedad el carácter particularmente censurable de ciertos actos y, de este modo, influir sobre la percepción de su ilicitud (ANDENAES, 2002, p. 508).<sup>54</sup> En este sentido, especialmente cuando se trata prevenir conductas que no tienen una carga moral negativa tan intensa, como la aceptación y ofrecimiento de regalos,<sup>55</sup> y que se hallan extendidas socialmente (ANDRUET, 2019; GUZMÁN DALBORA, 2020, p. 342-344; PRENZEL y MACKAY, 1995, p. 16), la legislación penal puede ayudar a reforzar la

...

51 Sobre la situación en España, caracterizada por una muy baja frecuencia en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, véase FERNANDEZ CABRERA (2019, p. 30-31). Sobre la situación en Chile, véase GUZMÁN DALBORA (2020, p. 344).

52 Sobre este tema, con cita de investigaciones realizadas en Australia y Estados Unidos, véase PRENZEL y MACKAY (1995, p. 16).

53 Al respecto, véanse SIMESTER y VON HIRSH (2011, p. 11 y ss.); FEINBERG (1965, p. 397-423).

54 Se asume aquí que la pena puede cumplir una función de prevención general positiva. Para un examen por menorizado de esta teoría, con numerosas distinciones analíticas, véase PERALTA (2008, p. 1-32). Aunque se discute cuán importante es la influencia del castigo en las percepciones morales y actitudes de los miembros de la sociedad (ANDENAES, 1968, p. 81), parece difícil sostener que ese efecto educativo no se produzca en absoluto. A modo de ejemplo, con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, se ha demostrado que, en los cinco años siguientes a la imposición de una condena *penal*, las empresas condenadas experimentan disminución de los ingresos y de las ventas en comparación con empresas no condenadas (BAUCUS y BAUCUS, 1997, p. 129-151). Sobre la influencia del derecho penal en las actitudes morales, véanse BALL y FRIEDMAN (1965, p. 216 y ss.); ROBINSON y DARLEY (1997, p. 471-477).

55 Sobre la percepción de la ilicitud del ofrecimiento y la aceptación de regalos, véase nota 52.

conciencia de su incorrección y proporcionarles a los agentes razones adicionales para cumplir con la norma.

De modo tal que, si bien la cuestión de cuál es el medio más eficiente para prevenir la aceptación y ofrecimiento de regalos solo puede ser resuelta definitivamente por medio de estudios empíricos rigurosos, que comparen los costos y beneficios de los distintos medios de control, en principio, existen argumentos para afirmar que la decisión de criminalizar dichos comportamientos es razonable.

## CONCLUSIÓN

En líneas generales, se ha intentado ofrecer una justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública. En primer lugar, es cuestionable la afirmación de que se trata de un delito de sospecha, o sea, de que la razón (ilegítima) de la prohibición penal de estas conductas reside en castigar a los agentes cuando no se logra probar el acuerdo corrupto *—quid pro quo—* entre el funcionario y el particular. Básicamente, porque como demuestran diferentes estudios empíricos, los regalos tienen la capacidad de influir en las decisiones del receptor; por ello, aun cuando no exista un acuerdo para realizar un acto a cambio, la aceptación de obsequios por parte de funcionarios públicos es una práctica riesgosa, al menos en abstracto, para el normal funcionamiento de la Administración Pública. El peligro consiste en que, al colocarse en un conflicto de intereses, los funcionarios tomen decisiones que afecten el modo en que deben operar las distintas instituciones del Estado.

Por otro lado, se analizaron las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar si la aceptación y el ofrecimiento de regalos se mantienen dentro de lo socialmente adecuado. Además de los obsequios absolutamente insignificantes, que carecen de la capacidad mínima para influir en las decisiones del receptor, en ciertos casos, a pesar de su peligrosidad, tales comportamientos deben ser tolerados. Para establecer el nivel de riesgo permitido, se requiere examinar, fundamentalmente, los beneficios que puede traer aparejado esta práctica en el ámbito de la Administración Pública, como los perjuicios que puede ocasionar la interferencia en la decisión del funcionario. La ponderación en función de estos criterios permite, entonces, al momento de la aplicación de la norma, determinar el umbral de tolerancia a tales comportamientos.

Asimismo, se abordó el problema de cómo distinguir en la práctica la aceptación y el ofrecimiento de *regalos* de los *sobornos*. En líneas generales, la diferencia depende, por un lado, de si el ciudadano ofrece la dádiva con una mera expectativa de influir en una decisión del funcionario o si lo hace con el propósito de concertar un acuerdo con prestaciones recíprocas; y, por otro lado, de si el funcionario acepta el regalo con conciencia de que pretenden influenciarlo o si, además, lo hace con el propósito de retribuir al dador con un acto del cargo. Ante la ausencia de una manifestación expresa de las partes, se debe inferir el dolo

de circunstancias externas, como las características y el valor del objeto que se ofrece, y la eventual conexión temporal entre la entrega de la dádiva y la realización del acto por parte del funcionario.

Por último, con respecto al argumento de que la criminalización de la aceptación y ofrecimiento de regalos es contraria al principio de *ultima ratio*, pues sería suficiente con la sanción en el ámbito administrativo, se ha sostenido que, ante comportamientos merecedores de reproche penal, debe concederse al legislador cierto margen de discrecionalidad para decidir cuál es el medio más adecuado para la protección del bien jurídico. Desde un punto de vista político-criminal, aunque la cuestión solo puede resolverse por medio de investigaciones empíricas, existen razones para entender que la decisión de criminalizar tales conductas está justificada.

#### AGRADECIMIENTOS

*El autor agradece a Hernán Bouvier y María Valeria Trotti por la lectura de una versión preliminar del trabajo y por las valiosas sugerencias realizadas. También desea expresar su agradecimiento a tres evaluadores anónimos por las interesantes observaciones que formularon al artículo, las cuales han enriquecido sustancialmente el producto final.*

#### REFERENCIAS

ALLDRIDGE, P. Reforming the Criminal Law of Corruption. *Criminal Law Forum*, v. 11, p. 287-322, 2000.

ANDENAES, J. Deterrence, en DRESSLER, J. (ed.) *Encyclopedia of crime and justice*, 2º edition. New York: MacMillan Reference USA, 2002. p. 507-514.

ANDRUET, A. Atenciones de “mera cortesía” a los jueces y el decoro judicial para su aceptación. *Comercio y Justicia*, 20 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/atenciones-de-mera-cortesia-a-los-jueces-y-el-decoro-judicial-para-su-aceptacion/>. Acceso en: 15 en. 2020.

ARRIBAS LÓPEZ, E. Sobre el denominado delito de cohecho pasivo impropio. *Diario La Ley*, n. 19352, 13 de noviembre de 2009.

ARTAZA, O. La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Política Criminal*, v. 11, n. 21, p. 307-339, 2016.

BALL, H.; FRIEDMAN, L. The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View. *Stanford Law Review*, v. 17, n. 2, p. 197-223, 1965.

BAUCUS, M.; BAUCUS, D. Paying the Piper: An Empirical Examination of Longer-Term Financial Consequences of Illegal Corporate Behavior. *The Academy of Management Journal*, v. 40, n. 1, p. 129-151, 1997.

BUOMPADRE, J. Cohecho y tráfico de influencias, en BAIGÚN, D.; ZAFFARONI, E. (directores). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Vol. 10. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 443-524.

CREUS, C. *Delitos contra la administración pública. Comentarios de los artículos 237 a 281 del Código Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1981.

DE LA MATA BARRANCO, N. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 17, p. 81-152, 2006.

DANA, J.; LOWENSTEIN, G. A Social Science Perspective on Gifts to Physicians from Industry. *JAMA*, v. 290, n. 2, p. 252-255, 2003.

DONNA, E. *Delitos contra la Administración Pública*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FEINBERG, J. *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 1. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, J. The expressive function of punishment. *The Monist*, v. 49, n. 3, p. 397-423, 1965.

FERNÁNDEZ CABRERA, M. La intervención mínima como argumento para absolver en delitos de corrupción: crítica dogmática y político-criminal. *InDret*, 3/2019, p. 1-43. Disponible en: <https://indret.com/la-intervencion-minima-como-argumento-para-absolver-de-la-comision-de-delitos-de-corrupcion-critica-dogmatica-y-politico-criminal/>. Acceso en: 5 en. 2020.

GÓMEZ POMAR, F.; ORTIZ DE URBINA, I. *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

GUERRINI, R.; GUIDI, D. Bribery in Italy: an outlook on presents laws and perspectives on reform, en HORDER, J.; ALLDRIDGE, P. *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 97-127.

GIMBERNAT ORDEIG, E. El endiablado cohecho impropio. *El Mundo*, 5 de Julio de 2010.

GRECO, L. *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas*. Traducción de LASCANO, C.; PERETTI ÁVILA, D. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

GREEN, S. “What’s Wrong with Bribery”, en DUFF, R.; GREEN, S. (eds.). *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 143-167.

GREEN, S.; KUGLER, M. Public perceptions of white-collar crime culpability: bribery, perjury, and fraud. *Law and Contemporary Problems*, v. 75, n. 2, p. 33-59, 2012.

GUZMÁN DALBORA, J. Integridad ministerial y autonomía de las funciones públicas como bien jurídico del delito de cohecho en razón del cargo, en GUZMÁN DALBORA, J.; ZÚÑIGA FAJURI, A. (eds.). *Delito, naturaleza y libertad. Temas y problemas de Filosofía del Derecho y Filosofía jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 337-368.

HELLMAN, D. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, p. 1947-1992, 2017.

HUSAK, D. The Criminal Law as Last Resort. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 2, p. 207-235, 2004.

JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 1ª ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996.

KINDHÄUSER, U. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. Traducción de GARCÍA CAVERO, P. *Política Criminal*, n. 3, p. 1-18, 2007.

KLEIN, C. What Exactly Is an Unlawful Gratuity after United States v. Sun-Diamond Growers. *George Washington Law Review*, v. 68, n. 1, p. 116-133, 1999.

LINDGREN, J. The theory, history and practice of the bribery-extortion distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, p. 1695-1740, 1993.

LOMBANA VILLALBA, J. *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014.



LOOS, F. Del bien jurídico en los delitos de cohecho, en AMBOS, K.; RADTKE, H. (coordinadores). *Estudios filosóficos-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos*. Homenaje a sus 70 años. Traducción de José Luis Germán Dalbora. Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 143-162.

MACAGNO, M. La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal argentino. *Anales*, n. 41, p. 179-192, 2011.

MAZAR, N.; AMIR, O.; ARIELY, D. The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance. *Journal of Marketing Research*, v. 45, n. 6, p. 633-644, 2008.

NAGIN, D. Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century. *Crime and Justice*, v. 23, p. 1-42, 1998.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

OLIVER, C. Aproximación al delito de cohecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 5, p. 83-115, 2004.

PERALTA, J. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de “prevención general positiva”. *Indret*, 2/2008, p. 1-32. Disponible en: <https://indret.com/prevencion-general-positiva-como-respeto-por-el-orden-juridico/>. Acceso en: 15 dic. 2019.

PÉREZ BARBERÁ, G. Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental. *Pensar en Derecho*, n. 1, p. 169-211, 2012.

PHILIPS, M. Bribery. *Ethics*, v. 94, n. 4, p. 621-636, 1984.

PRENZEL, T.; MACKAY, P. Police Attitudes to the Acceptance of Gratuities. *Criminal Justice Ethics*, v. 14, n. 1, p. 16-25, 1995.

RAGUÉS IVALLÈS, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

ROBINSON, P.; DARLEY, J. The Utility of Desert. *Northwestern University Law Review*, v. 91, n. 2, p. 453-499, 1997.

ROSE-ACKERMAN, S. The Law and Economics of Bribery and Extortion. *Annual Review of Law and Social Science*, n. 6, p. 217-238, 2010.

ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. 1. edición. Traducción de COLODRÓN GÓMEZ, A. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2001.

ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 1ª edición. Traducción de la 2ª edición alemana y notas de LUZÓN PEÑA, D. (Director); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; REMESAL, V. Madrid: Civitas, 1997.

RUA, G. Cohecho y tráfico de influencias, en BAIGÚN, D.; ZAFFARONI, E. (directores). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Vol. 10. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 524-621.

SAAD-DINIZ, E.; RODRIGUEZ, V. Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial. *Revista de Estudios Brasileños*, v. 3, n. 4, p. 147-159, p. 2016.

SAH, S.; LOWENSTEIN, G. Effects of Reminders of Personal Sacrifice and Suggested Rationalizations on Residents Self-Reported Willingness to Accept Gifts: A Randomized Trial, en NICHOLS, P.; ROBERTSON, D. (eds.) *Thinking about Bribery. Neuroscience, Moral Cognition and the Psychology of Bribery*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 155-175.

SANCINETTI, M. *Casos de Derecho penal. Parte general*. 3º edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

SANCINETTI, M. *El delito de enriquecimiento ilícito (art. 268, 2, C.P.)*. Un tipo penal violatorio del estado de Derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.

SANDEL, M. *What Money Can't Buy. The moral limits of markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

SIMESTER, A.; VON HIRSH, A. *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*. Portland: Hart Publishing, 2011.

SOUSA MENDES, P. Os novos crimes de recebimento indevido de vantagem no Código penal português. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 68, p. 238-239, 2011.

STEIN, A. Corrupt Intentions: Bribery, Unlawful Gratuity, and Honest Services Fraud. *Law and Contemporary Problems*, v. 75, n. 2, p. 61-81, 2012.

TEACHOUT, Z. *Corruption in America. From Benjamin Franklin's snuff box to Citizen United*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. El delito de admisión de beneficios en consideración al cargo y la prevención de la corrupción pública en Bolivia. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 22, p. 120-143, 2016.

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

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: Comares, 2003.

WELZEL, H. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, segunda reimpresión de la 1ª edición en castellano. Barcelona: Ariel, 1964. Traducción de CERESO MIR, J. Editorial Bdef: Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho Penal*. Parte General, 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2005.

## JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL, SALA Y FECHA	MAGISTRADO PONENTE	PARTES
TSJ CÓRDOBA, SALA PENAL, 12.2.2010	AÍDA TARDITTI	BARRERA, SILVIA ALEJANDRA Y OTROS P.SS.AA. FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO, ETC. -RECURSO DE CASACIÓN-
CSJN, 25.08.2009	CARLOS S. FAYT	ARRIOLA, SEBASTIÁN Y OTROS S/CAUSA Nº 9080 -RECURSO DE HECHO-

### CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

RUSCA, Bruno. ¡Feliz cumpleaños, señor funcionario! Sobre la justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 1, jan./abr. 2021, e2104. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202104>

*Bruno Rusca*

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA (UNC). BECARIO POSTDOCTORAL DEL CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS (CONICET). PROFESOR AYUDANTE DE DERECHO PENAL I, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA.

*brunorusca@gmail.com*