

CRONICAS EXTRANJERAS

Cohecho y soborno

DR. ANTONIO CAMARO ROSA
Fiscal del Crimen, de Uruguay

SUMARIO.— I. *Introducción*: 1. Ubicación.—2. Derecho comparado.—3. Código Penal Uruguayo de 1889.—4. Código Penal Italiano de 1889.—5. Código Penal Italiano de 1930.—6. Código Penal Español de 1870.—7. Código Penal Argentino de 1921.—8. Administración pública y bien jurídico protegido. Doctrina uruguaya.—9. Doctrina italiana moderna.—10. Doctrina argentina.—11. Calidad de funcionario público.—12 Diferencias con el Código Italiano.—13. Derecho uruguayo.—14. Cesación de la calidad de funcionario público.—15. Historia y denominaciones.—16. Paralelismo del cohecho.—17. Coparticipación y codeinfluencia.—18. Clasificación de Levi.—19. Clasificación de Manzini.—20. Clasificación de Maggiore.—21. Clasificación de Soler. II. *Cohecho (o corrupción) en general*: 22. Plan y clasificación.—23. Elementos comunes: a) acuerdo; b) acto del cargo; c) relaciones. III. *Cohecho (o corrupción) pasivo*: A) Calificado o propio; a) antecedente: 24. Advertencia.—25. Texto y concordancias.—26. Bien jurídico.—27. Sujeto activo.—28 Elemento material.—29. Ejecución.—30. Elemento síquico.—31. Circunstancias agravantes.—b) Subsiguiente: 32. Envío.—B) Simple o impropio; a) antecedente: 33. Texto y concordancias.—34. Bien jurídico.—35. Sujeto activo.—36. Elemento material.—37. Ejecución.—38. Elemento síquico.—b) Subsiguiente: 39. Texto y concordancias.—40. Bien jurídico.—41. Sujeto activo.—42. Elemento material.—43. Ejecución.—44. Elemento síquico. IV. *Cohesión (o corrupción) activa*: A) Consumado: 45. Generalidades.—46. Síntesis de un fallo.—47. Texto guía.—48. Bien jurídico.—49. Sujeto activo.—50. Elemento material.—51. Ejecución.—52. Elemento síquico.—B) Tentado o soborno o instigación a la corrupción: 53. Texto y coincidencias.—54. Bien jurídico.—55. Sujeto activo.—56. Elemento material.—57. Ejecución.—58. Elemento síquico.

I. INTRODUCCION

1. *Ubicación*.—El Código Penal Uruguayo de 1933, adoptando el sistema combinado del bien jurídico protegido y del titular del mismo, agrupa los delitos contenidos en su Libro II en trece Títulos. El criterio objetivo es el elemento sistemático esencial, pero a veces la clasificación objetiva está subordinada a un criterio de prevalencia, para poder ubicar los tipos que contemplan diversos bienes jurídicos. Por otra parte, los bienes jurídicos protegidos por los diversos Títulos pueden agruparse en tres grandes órdenes, según se relacionen con los intereses sociales, familiares o individuales. Dentro del primer orden se encuentran los delitos que afectan al Estado o a la sociedad. Conviene aclarar que el

Estado es el sujeto pasivo mediato de todos los delitos, ya que todos lo afectan como órgano de tutela de los derechos en general. Pero unas veces aparece como sujeto pasivo único y directo; otras, a través de sus órganos.

Esto permite distinguir, en primer término, los delitos que afectan la personalidad del Estado en sus bienes fundamentales y políticos (Títulos I y II), de los que afectan la administración pública (Títulos IV y V). Como categoría aparte, muy discutida, figuran los delitos que atentan contra la paz pública (Título III), cuyo sujeto pasivo es la sociedad.

En segundo término, nuestro Código Penal vigente ha separado los delitos contra la administración pública propiamente dichos (Título IV), de los delitos contra la administración de la justicia (Título V), según las funciones prevalentemente tuteladas, siguiendo el sistema tradicional. La diferencia no es tajante como puede suponerse. Así, el prevaricato de jueces, que antes figuraba entre los delitos contra la administración de la justicia, cae ahora entre los delitos contra la administración pública (cohecho, abuso de funciones, relevación de secretos).

Los delitos de *cohecho* y *soborno* (arts. 157 a 159 CP), que vamos a estudiar, están colocados bajo el Título IV, "De los delitos contra la administración pública", Capítulo I. Entre estos delitos, hay algunos que sólo pueden cometerlos los funcionarios (arts. 153 a 156, 160 a 166 inc. 2.º CP), y otros que pueden cometerlos cualquiera (arts. 159, 166 inc. 1.º a 168, 171, 173 CP). Pero la perturbación funcional puede provenir también de una situación especial, como la del secuestro (art. 169 CP), o de una acción bilateral (arts. 157, 158 CP). Más adelante aclararemos esta última hipótesis, que particularmente nos interesa. Los delitos que no requieren la calidad de funcionario pueden, sin embargo, cometerse por tales sujetos, en cuyo caso la responsabilidad se agrava (arts. 47 inc. 8.º o 14.º, 168 inc. 2.º CP). Por último, bajo el capítulo VI, "Disposiciones comunes a los capítulos precedentes", están fijados con carácter general, el concepto de funcionario público y la influencia de la cesación de tal calidad (arts. 175, 176 CP), que también merecen un tratamiento previo y separado.

2. *Derecho comparado.*—Como en anteriores trabajos, limitaremos las referencias a los Códigos Penales Uruguayo de 1889, Italiano de 1889, Italiano de 1930, Español de 1870 y Argentino de 1921. En buena proporción nuestro Código antiguo, enseñado por IRURETA GOYENA, debe considerarse como fuente inmediata del vigente. Si los Códigos Italianos son necesarios por su influencia científica y el texto madre Español interesantes desde el punto de vista histórico, el Argentino se torna útil por razones de proximidad geográfica. Concretaremos también estas referencias a los delitos y definiciones materia de nuestro estudio, puesto que resultaría excesiva la comparación del sistema clasificador general en las diversas legislaciones. Las diferencias de detalle se verán en los lugares correspondientes, al comentar cada figura.

3. *El Código Penal Uruguayo de 1889* ubicaba los delitos en estudio bajo el Título III, "De los delitos contra la administración y la autoridad pública", destinándoles especialmente la Sección III, "Del cohecho y el soborno" (arts. 173 a 175). Bajo la Sección X, "Disposiciones generales", se definían los funcionarios públicos (art. 194). No estaba prevista la influencia de la cesación de la calidad de funcionario. Pasaron a la Parte General del Código vigente las dispo-

siciones relativas al comiso (art. 176) y a la causa de justificación de la obediencia al superior (art. 195). Después de tipificar en los arts. 173 y 174 el cohecho simple y calificado, con fórmulas semejantes a las actuales, preveía diversamente el soborno del funcionario público, consumado y tentado (art. 175).

Son poco ilustrativos al respecto los comentarios de VÁZQUEZ ACEVEDO (*Concordancias i anotaciones del Código Penal*, Montevideo, 1893, p. 168), que se limita a suministrar las fuentes y a transcribir algunos párrafos de la "Exposición de motivos" de ZANARDELLI. En cambio, tendremos en cuenta las lecciones de IRURETA GOYENA sobre estos delitos, según apuntes tomados por ROS DE OGER y revisados por el profesor (*Revista de Derecho y Ciencias sociales*, t. I, año 1914, p. 406).

4. *El Código Penal Italiano de 1889* agrupaba los delitos en estudio bajo el Título III, "De los delitos contra la administración pública", Capítulo III, "De la corrupción", y los estructuraba en forma muy semejante a nuestro Código de la misma fecha (arts. 171 a 174). La razón es obvia, pues los Proyectos ZANARDELLI-SAVELLI de 1883 constituyeron la fuente común de ambas legislaciones. En cambio, bajo el capítulo XII, "Disposiciones comunes a los capítulos precedentes", se definían los funcionarios públicos en forma muy diferente (artículo 207), pues nuestro Código antiguo siguió aquí al Chileno de 1874. El artículo 208 regulaba en forma análoga la influencia de la cesación de la calidad de funcionario. Y el art. 209 establecía como agravante prevalerse de las funciones, salvo que la calidad de funcionario público ya fuera considerada por la ley, lo que nuestro Código antiguo solucionaba estableciendo una circunstancia agravante análoga en la Parte General.

La notable doctrina elaborada sobre este Código todavía tiene vigencia para nosotros. Cabe aquí citar a ZERBOGLIO, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, etc., t. III del antiguo tratado de FLORIAN, sin perjuicio de otros autores mencionados por IRURETA GOYENA al comentar la legislación anterior.

5. *El Código Penal Italiano de 1930* contiene estos delitos bajo el Título II, "De los delitos contra la administración pública", Capítulo I, "De los delitos de los funcionarios públicos contra la administración pública" (arts 318 a 322). La calidad requerida está bien señalada en la clasificación italiana, basada en la diferente situación del funcionario público, según sea sujeto activo o víctima material del delito, aunque por necesidad sistemática hubo que contemplar en el Capítulo I la "instigación a la corrupción", que es un delito del particular contra la administración pública.

Están estructuradas en forma análoga las figuras de corrupción para un acto del cargo, nuestro cohecho simple (art. 318), la corrupción para un acto contrario a los deberes del cargo, nuestro cohecho calificado (art. 319), y la instigación a la corrupción, nuestro soborno (art. 322). En cambio, otras figuras no tienen concordancia con nuestro Código vigente y acusan las diferencias más notables entre ambas legislaciones. Así, el art. 320, bajo el rubro de corrupción de personas encargadas de un servicio público, extiende diversamente la aplicación de las disposiciones anteriores, según tengan o no dichos sujetos activos la calidad de funcionario público. Como veremos, nuestra ley no distingue entre funcionarios públicos propiamente dichos y funcionarios encargados de un servicio público, ni aplica las disposiciones sobre cohecho a los particulares encargados de un ser-

vicio público. El art. 321 equipara el castigo de la corrupción activa y pasiva bajo el rubro de penas para el corruptor. Nuestro Código, siguiendo el Proyecto Rocco, no prevé la corrupción activa como delito autónomo.

Bajo el capítulo III, "Disposiciones comunes a los capítulos precedentes", sólo resulta análoga la relativa a la cesación de la calidad de funcionario público (art. 360), pues es diferente el concepto de funcionario público (art. 357) y nuestro Código no suministra las nociones de persona encargada de un servicio público (art. 358), ni de personas que ejercen un servicio de necesidad pública (art. 359).

Este Código, inspirado en las mejores enseñanzas de la ciencia italiana y de la técnica legislativa, asume la máxima importancia para nuestro estudio. Seguimos con preferencia a LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, tratado de FLORIAN, 4.^a ed., Milano, 1935, nos. 121 a 193, y a MAGGIORE, *Derecho penal*, trad. esp., Bogotá, 1955, t. III, p. 189.

6. *El Código Penal Español de 1870* agrupaba estos delitos en forma muy diferente bajo el Título VII, "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos", capítulo IX "Cohecho". El sistema puede sintetizarse así: I. Cohecho pasivo: a) por ejecutar un acto relativo al ejercicio del cargo que constituya delito (art. 396); b) ídem un acto injusto que no constituya delito (art. 397); c) por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo (art. 398); d) por admitir regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio (art. 401) o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido (art. 390 vigente); II. Cohecho activo: a) los que corrompieren a los funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que los sobornados, menos la inhabilitación (art. 402) o intentaren corromper (art. 391 vigente), equiparando la corrupción consumada a la tentada; b) soborno en causa criminal a favor del reo, por ciertos parientes, pena atenuada (art. 403).

Además, establecía como pena conjunta la de inhabilitación especial temporal (art. 400), y como efecto civil, el comiso de dádivas o presentes (art. 404). Sujetos activos podían ser: a) los funcionarios públicos, definidos en el Capítulo XIII, "Disposición general" (art. 416); b) los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos o cualesquiera personas que desempeñaren un servicio público (art. 399).

En buena medida este texto madre, seguido por los posteriores de 1932 y 1944, inspiró los Códigos Iberoamericanos, aunque su falta de tecnicismo y su pesada casuística le restan mucha importancia. Una reseña muy clara del derecho español vigente, la jurisprudencia y la legislación comparada contiene CUELLO CALÓN, *Derecho penal, conforme al Código Penal, texto rejunido de 1944*, 9.^a ed., Barcelona, 1955, t. II, p. 400, obra que recomendamos sinceramente a los estudiantes.

7. *El Código Penal Argentino de 1921* trata estos delitos, también en forma diferente, pero más simple, bajo el título XI, "Delitos contra la administración pública", capítulo VI, "Cohecho". El sistema puede sintetizarse así: I. Cohecho pasivo: a) simple, impropio o propio (art. 256), que corresponde a nuestras dos formas de cohecho; b) agravado del juez (art. 257), donde el móvil de lucro lo distingue del prevaricato (art. 269), hipótesis que no contempla nuestro

Código vigente; c) aceptación de dádivas presentadas en consideración al oficio (art. 259), forma impropia, leve, unilateral, que tampoco existe en nuestro Código. II. Cohecho activo (art. 258), figura autónoma semejante a la contenida en el artículo 321 Código Italiano, estableciendo un paralelismo expreso con el cohecho pasivo, con técnica diferente a la seguida por nuestro Código, como ya dijimos.

En la parte general, bajo el título XII "Significación de conceptos empleados en el Código", suministra el de funcionario público (art. 77), similar al nuestro.

Conviene tener presente este Código, de filiación italo-española de formulación breve y sencilla. Seguimos con preferencia la exposición de SOLER, *Derecho penal argentino*, 2.^a ed. Buenos Aires, 1946, t. V, número 142. Pueden consultarse también: GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1941, t. V, núm. 1.349 a 1.356; ODERIGO, *Código penal anotado*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1946, notas 1.239 a 1.309.

8. *Administración pública y bien jurídico protegido*.—Puesto que el cohecho y el soborno son delitos contra la administración pública, en los que los sujetos activos o las víctimas materiales, según los casos, son funcionarios públicos, conviene aclarar previamente los conceptos penales de administración pública y funcionario público, más amplios que los puramente técnico-administrativos.

La antigua definición uruguaya de funcionario público (art. 194) vinculaba estos aspectos al decir: "los que desempeñan un cargo público... en la administración del Estado". En sus lecciones de clase, IRURETA GOYENA se preguntaba: ¿entonces qué es la administración del Estado? Enseñaba luego que, tanto la jurisprudencia como los tratadistas, proponen para esta primera cuestión tres soluciones diferentes. 1.º) Con un criterio amplio, puede decirse que la administración del Estado está constituida por todo el organismo administrativo. Serían, pues, funcionarios públicos, lo mismo los empleados municipales que los nacionales, y caerían dentro de la definición del art. 194, cualquiera que fuese el poder de que dependieren. 2.º) En una segunda interpretación se descartan los empleados municipales y los dependientes del poder legislativo, recibiendo el nombre de funcionarios públicos los que dependen de los poderes ejecutivo y judicial, con exclusión de todos los demás. 3.º) Según esta última opinión, se reserva el nombre de funcionarios públicos a los que dependen del poder ejecutivo, basándose en que este poder es el único del Estado que merezca el nombre de poder administrador.

Según IRURETA GOYENA, de estos tres conceptos debe predominar el primero, puesto que el término *administración del Estado* es muy elástico, pudiendo tener más de un sentido; y, desde que la ley no distingue, deben ser comprendidos en él todos los empleados, desde los porteros y agentes policiales hasta los jueces y legisladores. Respecto del poder legislativo podría presentarse la duda que si es o no administrador, pero la Asamblea Constituyente resolvió implícitamente el punto al declarar, en el art. 26 de la Carta Fundamental (de 1830, reproducido por las Constituciones de 1918, art. 25; de 1934, art. 84; de 1942, art. 84, y de 1952, art. 93, aunque esta última se refiere a "otros delitos graves"), que los miembros de ambas Cámaras pueden ser enjuiciados por malversación de caudales públicos, es decir, por peculado (que es un delito contra la administración pública, como el cohecho y el soborno).

Estas enseñanzas han trascendido a la nueva definición de funcionario público contenida en el art. 175 CP (núm. 11). Cabe anotar que IRURETA GOYENA se refería a la administración pública en su aspecto *subjetivo*, como conjunto de órganos o sujetos, singulares o colegiados o institucionales, de que se sirve el Estado para cumplir sus fines. Desde el punto de vista *objetivo*, se entiende por administración pública el conjunto de actividades materiales mediante las cuales el Estado da cumplimiento a sus fines.

9. *La doctrina italiana moderna* abona la interpretación del maestro uruguayo. Así, MAGGIORE dice que, en sentido amplio, administración pública denota toda la actividad del Estado, excepto la legislación. El Estado —según la tripartición clásica— obra como poder legislativo, ejecutivo y judicial. Todo lo que no entra en el campo legislativo y forma el campo ejecutivo, en sentido lato, limita el terreno de la administración pública. En sentido más estricto y técnico, la administración pública es sólo una parte de la actividad ejecutiva, y propiamente, cuanto de ésta queda al excluir la actividad política o de gobierno. MAGGIORE concluye que el Código Italiano vigente, cuando considera la administración pública como sujeto pasivo de delito, no se atiende ni a una ni a otra acepción del término.

En el primer sentido, hubiera debido incluir también entre los delitos “contra la administración”, los delitos contra la administración de la justicia, de los cuales hace, en cambio, un Título aparte (como nuestro Código vigente, Título V); en el segundo sentido hubiera debido dejar fuera los delitos de desacato y violencia contra cuerpos políticos y judiciales o contra magistrados en audiencia (nuestros delitos de atentado y desacato, arts. 171 a 174 CP), que ofenden el ejercicio de la actividad judicial, y que no tienen por objeto órganos o funciones administrativos en sentido estricto. Pero razones de carácter político y tradicional prevalecieron sobre los criterios estrictamente técnicos, y en ellas se inspiró la clasificación de los delitos comprendidos en el Título II (nuestro título IV), al incluir en los delitos contra la administración pública, no sólo los que van contra la actividad administrativa en sentido propio, sino también los que van contra la actividad legislativa y judicial.

El concepto de administración pública, pues, es amplio en la ley penal. Es comprensivo —como dice Rocco en su *Relación*— de la entera actividad del Estado y de los otros entes públicos, queriendo significar con ello que, con las normas relativas a los delitos contra esa administración, se tutela no sólo la actividad administrativa, en sentido estricto, técnico, sino también la actividad legislativa y judicial. En verdad —expresa Rocco—, la ley penal prevé y persigue hechos que impiden o turban el regular desenvolvimiento del Estado y de los otros entes públicos.

10. *La doctrina argentina* también es interesante. Al ocuparse del bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública, SOLER opina que, en esta parte el Código Argentino ha adoptado un sistema por efecto del cual es posible agrupar una gran cantidad de infracciones bajo una disposición común, siguiendo el ejemplo italiano. Esa designación, sin embargo, apartándose de la regla seguida generalmente por el Código, no menciona un bien jurídico, *sino de manera indirecta*, observa SOLER (la administración no es un bien jurídico en sí mismo). Se hará necesario especificar en cada caso el contenido concretamente

tutelado por cada infracción. Del análisis del material agrupado bajo este Título se desprende inmediatamente que la expresión *administración pública* no está empleada aquí en el sentido técnico corriente propio del derecho administrativo, sino con mucha mayor amplitud. De tal modo, resulta manifiesto que la expresión está empleada más que para designar a la "administración", para referirse al *normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes*. Ese es el bien jurídico protegido.

La observación de SOLER es exacta y nosotros mismos hemos adoptado su concepto sobre la objetividad jurídica de estas infracciones (*Delitos, nota 98*). Sólo que esta noción puede parecer estrecha, contemplando más el aspecto material que el moral de la función. Así, algunos autores italianos, como MANZINI, opinan que estos delitos, más que al desarrollo normal de la actividad, *afectan el decoro y el prestigio de la administración pública*, la confianza que deben merecer los funcionarios y, viceversa, el respeto que le deben los particulares. A nuestro juicio, ambos criterios son complementarios, pues —refiriéndonos concretamente a los delitos en estudio—, si la venalidad de los funcionarios apareja descrédito para la administración pública, también perturba las funciones, y ambos aspectos quedan comprendidos en la tutela penal.

Otro autor argentino —GÓMEZ— aclara muy bien el fundamento de la represión. El funcionamiento de la administración pública —enseña— debe ser tutelado por normas represivas de los hechos que pueden alterar su normalidad o el *prestigio que merece*. Sin esa tutela, correría peligro la existencia misma del Estado. Exige, ésta, el desenvolvimiento regular de las múltiples instituciones que integran el complicado organismo de la administración pública. Decir que semejante normalidad interesa por igual a todos los ciudadanos, implica redundancia, formulado, como ha sido, el aserto de que los hechos que la impiden deben reprimirse obedeciendo a una exigencia perentoria de la propia vida del Estado.

Sin embargo —continúa el citado autor—, *ni la doctrina ni la ley radican en el Estado la objetividad jurídica de tales hechos*, sino en la regularidad funcional del mencionado organismo, mediante la cual el Estado cumple su misión. Los que forman parte de la administración pública tienen a su cargo obligaciones cuyo incumplimiento origina el desquicio. Los ciudadanos, a su vez, están en el deber de prestar a la administración pública la cooperación indispensable para el desenvolvimiento de las actividades que le son propias. Reprimir el incumplimiento de tales obligaciones, cuando de él derivan o pueden derivar peligros de cierta magnitud, y reprimir también la omisión, por actos positivos o negativos, del deber atribuído a los ciudadanos, en el sentido indicado, es de tal manera imprescindible que apenas si cabe insinuarlo.

11. *Calidad de funcionario público.*—La administración pública del Estado se realiza a través de sus órganos, compuestos de individuos o personas físicas que desempeñan cargos públicos y ejercen funciones públicas. ¿Qué se entiende por funcionarios públicos a los efectos penales? "Para los efectos de este Código —decía nuestro antiguo texto—, son reputados funcionarios públicos, todos los que desempeñan un cargo público, retribuído o gratuito, en la Administración del Estado" (art. 194). Hemos visto como IRURETA GOYENA interpretaba dicho texto, en base a un concepto amplio de Administración del Estado (núm. 8). Sin

embargo, esa definición era imprecisa y dió lugar a controversias (por ejemplo, tratándose de funcionarios del Banco República).

El Codificador la mejoró notablemente en el nuevo texto, que dice así: "*A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público* (art. 175 CP).

Esta definición es similar a las contenidas en los arts. 77 Código Argentino y 416 Código Español, pero difiere del sistema seguido en la materia por los Códigos Italianos, antiguo (art. 207) y vigente (arts. 357 a 359). La doctrina italiana construida sobre este último sistema resulta, en buena parte, inaplicable, por lo que conviene sentar las diferencias.

12. *El Código Italiano de 1930* empieza estableciendo una triple división, en grado decreciente, entre funcionario público (art. 357), persona encargada de un servicio público (art. 358) y personas que ejercen un servicio de necesidad pública (art. 359). Esta última categoría, que se refiere únicamente a particulares, no tiene ninguna correspondencia en nuestro derecho penal. Quedan por confrontar las dos primeras. El art. 175 CP no distingue entre función pública y servicio público, estando asimilados ambos conceptos. (Los empleados u obreros del Estado o del Municipio, encargados de un servicio público son funcionarios públicos, y no cabe argumentar con la derogación del inc. 2.º del art. 165 CP, que se refería a los particulares. Actualmente, el "encargado de un registro público" sólo está contemplado en el art. 359 inc. 1.º CP, como sujeto pasivo del delito de daño agravado). Tampoco distingue entre funcionarios empleados y no empleados, como lo hacen guardando perfecta simetría los arts. 357 y 358 Código Italiano. En primer lugar, considera equivalentes los conceptos de funcionario y empleado público (el art. 77 Código Argentino lo aclara expresamente). Esta separación anticuada entre funcionario y empleado, estaba vinculada a la división de los actos administrativos en actos de autoridad y de gestión, fundada en la existencia a favor del primero, del poder de decisión propia del ejercicio de una función jurídica de derecho público, mientras al segundo se le clasificaba en tareas de preparación o de ejecución administrativas (CARVAJAL VICTORICA).

En segundo lugar, descarta la categoría de no empleados que ejercen funciones públicas, entre los cuales el sistema italiano comprende a los testigos y a los escribanos. En cuanto a los testigos, veremos cual es su situación al ocuparnos del soborno (núm. 53). En cuanto a los escribanos, entre nosotros PRUNELL ha tratado de demostrar que no son funcionarios públicos (*Responsabilidad civil del escribano*, Montevideo, 1947, núm. 38 a 60), cuya asimilación en nuestro Código es a los solos efectos de la falsificación documentaria (art. 245 CP).

13. *Pasando a la legislación nacional*, encontramos que la definición de funcionario público, según el art. 175 CP, no coincide con las contenidas, por ejemplo, en las leyes 9.940 de 2 de julio 1940, art. 5.º y 10.388 de 13 de febrero de 1943, artículo 1.º, diferencias que se explican por las distintas finalidades perseguidas, represiva en la primera, jubilaria y jerárquica en la segunda y tercera, aunque tengan elementos comunes.

El concepto de funcionario público está fijado en el art. 175 CP, no sólo a los efectos del Título IV, pero únicamente a los efectos del Código, o mejor

dicho, de la ley penal (art. 17 CP). Y comprende no sólo a los que "ejercen un cargo", sino también a los que "desempeñan una función" pública, concepto mucho más amplio que el anterior. El cargo requiere una manifestación de voluntad del Estado que designa, creando una relación entre el sujeto y la administración pública dotada de características determinadas. Función pública es toda actividad que realice los fines propios del Estado y demás servicios públicos.

Siendo así, no tiene importancia la *naturaleza* de la función, cuando ésta es pública y queda incluida de alguna manera en la actividad legislativa, administrativa o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público. No tiene valor la *entidad* de la función, que puede ser modesta, humilde y mínima. Es indiferente el *valor económico* de la función, que puede prestarse a título retribuido o gratuito. No interesa la *duración* de la función, que puede ser permanente o temporal.

Muy discutida es la cuestión del llamado *funcionario de hecho*. Desde que es necesario descartar el usurpador, para referirse al caso del funcionario nombrado irregularmente. Para CONSTANTINEU, el concepto de funcionario de hecho entraña las tres condiciones siguientes: 1.º que el cargo ocupado tenga una existencia *de jure* o al menos esté reconocido por la ley; 2.º que esté realmente en posesión del mismo; 3.º detentarlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad (*Tratado de la doctrina de facto*, Buenos Aires, 1945, cap. XXI a XXII).

Aun cuando se entienda que dentro de la noción amplia del art. 175 CP cabe el funcionario de hecho, siempre es necesario que exista *de jure* la función y se llenen los demás requisitos que señala la doctrina, extremos que deberá controlar el juez en cada caso concreto. Con motivo de un proceso de soborno, entre nosotros sostuvo REAL que los secretarios privados de un director de ente autónomo no tienen siquiera la calidad de funcionarios de hecho, porque no están previstos dichos cargos en el presupuesto.

14. *Cesación de la calidad de funcionario público*.—Puede suceder que un delito se cometa por o contra el funcionario público, no sólo mientras inviste la función pública, sino también después de haber cesado en su desempeño. Está claro que el daño o el peligro derivados de la calidad personal del funcionario, subsiste con independencia de tales circunstancias. Nuestro Código antiguo no preveía el caso. Pero el Código Uruguayo vigente, siguiendo el ejemplo de los Códigos Italianos, tutela la administración pública aun en este caso. A tal fin dispone el art. 176 CP: "Cuando la ley considera la calidad de funcionario público, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, no influye en el hecho la inexistencia de esa calidad, en el momento en que se cometa el delito, cuando éste reconoce dicha circunstancia como causa".

Dicho texto se ajusta más al art. 208 Código Italiano antiguo que el art. 360 del Código Italiano vigente. Para este último, como observa MAGGIORE, es condición esencial que el hecho "se refiera al cargo o al servicio ejercidos". *Referencia* no significa *nexo de causalidad*, es decir, no es necesario que el delito haya sido cometido *a causa* de la función o del servicio, como lo requería el Código Italiano derogado (y lo requiere el nuestro vigente), basta un nexo cualquiera entre el delito y la función o el servicio.

Salvando esta diferencia, la doctrina italiana moderna resulta aplicable a nues-

tro derecho. Así, la cesación de dicha calidad puede efectuarse por condena, dimisión, destitución, revocación, caducidad, etc. No es cesación la simple suspensión de la función. Comprobándose la existencia del nexo de causalidad, entre la calidad de funcionario o la función desempeñada y el delito cometido, no tiene importancia el tiempo en que se cometió el delito, con tal que sea anterior a la muerte del funcionario público. El término de la prescripción se cuenta desde el día en que fué cometido el delito, no desde el día en que cesó el cargo del funcionario público.

15. *Historia y denominaciones.*—Advierte MAGGIORE que en la historia del derecho penal se distinguen los delitos cometidos contra la administración por funcionarios públicos, y los cometidos contra la autoridad de estos mismos. Recuerda en derecho romano, el *crimen repetundarum* (crimen de prevaricación), que es como el tronco del cual brotan todas las demás acriminaciones de los abusos de un funcionario público. Nacido como una *quaestio perpetua*, con el fin de recuperar las sumas que el funcionario infiel arrancaba a los particulares por medio de la extorsión, este crimen dió luego origen a las dos figuras distintas de *crimen peculatus* y *crimen concussionis* (crimen de peculado y crimen de concusión).

Este último, introducido *extra ordinem* por las constituciones imperiales, consistía en la extorsión de dinero o de otras utilidades, cometida por funcionarios públicos en perjuicio de personas privadas, con la amenaza de medidas injustas; o también en la extorsión cometida contra otras personas privadas, con amenaza de acusaciones o testimonios falsos. En el *crimen repetundarum* —ampliado a sus límites primitivos— se incluye también la *corrupción* del funcionario público, y precisando más, la aceptación de dinero para realizar o para omitir un acto de jurisdicción civil, o que dependa de la administración, del comando militar, del cargo de senador, del de acusador, de testigo, etc.

También —según el autor citado—, el derecho eclesiástico castigaba la corrupción (el juez que *vendit iudicium*), la exacción indebida cometida por los ministros de la Iglesia, y el tráfico de bienes espirituales (*simonía*).

Los estatutos comunales castigaron el peculado y la concusión; previeron el *crimen corruptelae*: llamaron *barateria* a la corrupción del juez. Las legislaciones de los distintos Estados acriminaron con mayor o menor severidad estos hechos, según el concepto más o menos riguroso que tenían acerca de la autoridad, hasta que las varias figuras delictuosas pasaron al Código Francés de 1810, que fué el modelo de los Códigos posteriores.

16. *Paralelismo del cohecho.*—Tiene importancia destacar como los delitos derivados históricamente del *crimen repetundarum*, adquirieron después fisonomía autónoma. La corrupción, que es nuestro cohecho, consiste, según CARRARA, en la venta concluída entre un particular y un oficial público, de un acto perteneciente al ministerio de éste, que por regla debía ser gratuito. Conforme a nuestro derecho basta con pactar la venta). La palabra concusión deriva del latín *concutere*, y representa la idea de sacudir un árbol para hacer caer sus frutos. De acuerdo con esta idea general, dice CARRARA, la concusión sería el delito de aquellos que emplean la violencia contra otro para extorsionarle dinero. (Primitivamente se designaba con este nombre a todas las extorsiones; hoy sólo se denomina con-

cusión al delito cometido por el funcionario público. La concusión puede asumir también una forma implícita de engaño, semejante a la estafa).

Ahora bien. A diferencia de la concusión, el cohecho es delito *bilateral*, supone el concurso necesario de dos sujetos: corruptor y corrompido. Desde la terminología, ya se advierte un paralelismo o correspondencia entre los delitos de cohecho y soborno, denominaciones españolas, aunque también se usó la de *baratería* (para expresar un comercio ilícito que se hace con la justicia), prefiriendo los franceses e italianos la de *corrupción* y utilizando los ingleses las de *corruption* y *bribery*. Si consultamos el diccionario, cohechar es sobornar, corromper con dádivas, etc., o dejarse cohechar. Sobornar es corromper a uno con dádivas para conseguir de él una cosa. ESCRICHE señala entre las posibles etimologías del cohecho, la voz castellana *conhecho*, como acción simultánea de dos o que ejecuta uno con otro. Esto ha permitido clasificar la corrupción en pasiva (cohecho) y activa (soborno).

Las distinciones doctrinarias han sido consagradas en el derecho comparado, aunque los sistemas legislativos ofrecen diversos matices. Así, el paralelismo entre la corrupción pasiva y la activa es más o menos completo, desde el punto de vista de las acriminaciones o de la pena; la corrupción activa puede estar expresa o tácitamente prevista; las formas incompletas de corrupción activa están diversamente indicadas y penadas.

GARRAUD reconoce dos sistemas legislativos opuestos en el modo de concebir la corrupción: a) para unos, es una infracción compleja que supone el concurso necesario de dos personas, igualmente culpables y punibles; b) para otros comprende dos infracciones distintas y, en cierto sentido, independientes.

El primer sistema apareja un paralelismo absoluto, que puede quedar expresa o implícitamente formulado; el segundo sistema permite un paralelismo relativo, aunque también puede ser absoluto y supone disposiciones expresas de la ley.

17. *Coparticipación y codeincuencia*.—Aquí es preciso detenerse porque, aunque en el fondo todos los Códigos coinciden al tipificar estos delitos, la técnica legislativa es diferente. Sobre todo es necesario aclarar lo relativo a la unidad y pluralidad de delinquentes, que en esta materia asume especial importancia. Como es sabido, el delito puede ser obra de una sola persona o de varias. En nuestro *Derecho penal* (núm. 216) exponemos que la pluralidad de sujetos activos puede presentar tres formas: A) Asociación u organización permanente para cometer o planear delitos indeterminados, cuyo ejemplo típico es la asociación para delinquir (art. 150 CP); B) Concierto momentáneo para cometer un delito determinado: a) *coparticipación*, cuando intervienen eventualmente varias personas en un delito que también puede cometerse por una sola, situación prevista de manera general por la ley (arts. 59 a 64 CP); b) *codeincuencia*, cuando la intervención de varias personas es elemento constitutivo o circunstancia agravante del delito, como en el cohecho (arts. 157, 158 CP), el duelo (art. 200 CP), la bigamia (art. 263 CP), el hurto (art. 341 inc. 4.º CP, etc.); C) Simple pluralidad, cuando intervienen varias personas no concertadas: a) por decisión individual e independiente, respondiendo cada una de ellas de su propio hecho; b) por impulso colectivo súbito, cuyas hipótesis previstas son la participación en muchedumbre (art 65 CP) y la riña (art. 323 CP). En cuanto a la coparticipación y la codeincuencia, las clasificaciones no son pacíficas en la doctrina.

18. Así, LEVI encara por un lado los delitos *individuales* y por otro agrupa todos los casos de *concurso necesario*. En los delitos individuales se considera normalmente la acción u omisión de una sola persona y excepcionalmente, en base a las disposiciones sobre el concurso de personas en el delito, la actividad de varias personas. Entre los delitos de los funcionarios públicos son individuales el peculado (arts. 153 a 155 CP), el abuso de funciones (art. 162 CP), la omisión contumacial (art. 164 CP), etc.

En cambio, hay delitos en que es esencial el concurso de varias personas (a veces constituye una circunstancia agravante) y estos son los delitos de concurso necesario. Según la actividad desplegada por los diversos sujetos, LEVI distingue tres hipótesis de concurso necesario: *unilateral*, *bilateral* y *recíproco*. En esta última hipótesis cada sujeto contribuye a la relación delictuosa única con una actividad distinta, por ejemplo, en el cohecho. También distingue los delitos de concurso necesario, según el tratamiento del concurrente necesario, unas veces exculpado (como en la concusión) y otras veces inculpaado (como en el cohecho). Cuando la actividad del correo necesario está inculpaada puede serlo en dos formas: o admitiendo una *correatá sui generis* del concurrente necesario (como en el adulterio, castigado en Italia), o creando un delito autónomo como en la corrupción activa italiana).

19. Según MANZINI, hay delitos que se cometen por una sola parte subjetiva (*unilaterales*), y otros que, por el contrario, no pueden cometerse más que por dos partes (*bilaterales*). Los primeros consisten en un hecho delictivo unitario; los segundos están constituidos por una relación delictiva. Luego divide los delitos unilaterales en *individuales* o *colectivos*. Como ejemplos de estos últimos cita la asociación para delinquir (art. 150 CP) y el abandono colectivo de funciones (art. 165 CP).

Delitos *bilaterales* o *recíprocos* son aquellos cuya noción exige desde luego indispensablemente la intervención de varias personas, pero en los cuales el hecho es considerado, en lugar de unitariamente como en los delitos colectivos, bilateralmente, de manera que las varias personas operantes u omitentes se presentan como dos partes de una relación delictiva, y no como una colectividad. Estas dos partes pueden ser opuestas entre sí (*delitos recíprocos* propiamente dichos), o también estar de acuerdo (*delitos bilaterales* propiamente dichos), como, por lo demás ocurre también en las relaciones conformes al derecho. Las violaciones jurídicas cometidas por las dos partes son distintas y separadamente imputables, de manera que, a diferencia de los delitos colectivos, el delito puede existir para una parte, y no también para la otra, como cuando esta última resulte incapaz de derecho penal, o de otra manera no imputable. Así ocurre, por ejemplo, en los delitos de incesto (art. 276 CP), bigamia (art. 263 CP), aborto consentido (art. 325 bis CP), duelo (art. 200 CP), cohecho (arts. 157, 158 CP), etc.

20. En sentido diferente, MAGGIORE habla de delitos individuales y colectivos, que corresponden a las categorías lógicas de uno y de muchos. Delitos *colectivos* o *plurisubjetivos* son los que, por su estructura, no pueden ser cometidos sino por varias personas, agentes en concurso *necesario*, es decir, por una colectividad.

Se dividen en delitos de *conducta convergente*, si la actividad de los sujetos se despliega en una misma dirección, de modo que se mueven el uno hacia al otro (como en la asociación para delinquir). de *conducta antitética*, si la actividad de

los sujetos tiende a opuestas direcciones, de modo que se mueven el uno contra el otro (riña, duelo). Se dividen también en *bilaterales*, si sólo requieren la participación de dos personas (incesto, bigamia); en *plurilaterales*, si las personas concurrentes son más de dos (abandono colectivo de funciones).

21. SOLER a su vez distingue entre delitos de *acción doble* y de *acción bilateral*. Algunas veces —dice—, la ley traza una figura que se compone, en realidad, de dos definiciones de acción, recíprocamente integrantes (en la falsificación de documento privado, la confección y el uso del documento, art. 240 CP).

Pero, a veces, la duplicidad de la acción no depende de la misma persona, sino de otra. Es decir, para integrar la figura, se requiere necesariamente la participación de la acción de otro, algunas veces, dentro del mismo nivel de culpabilidad, pero sin que ello sea necesario. Estas figuras no se identifican con la participación propiamente dicha. Cuando se trata de dos autores culpables, la ley suele llamarlos no ya coautores sino *codelincuentes*, como en el duelo. En estos casos no se trata de *participación*, porque la intervención de los dos sujetos hace a la existencia misma de la figura.

II. COHECHO (O CORRUPCION) EN GENERAL

22. *Plan y clasificación*.—Siguiendo a LEVI bajo el título común de cohecho o corrupción pueden comprenderse las diversas hipótesis previstas en los artículos 157 a 159 CP, sin perjuicio de tratarlas después por separado, conforme al esquema siguiente:

Cohecho (o corrupción) pasivo:	
calificado o propio:	
formas simples:	
antecedente	
subsiguiente	
formas agravadas	
simple o impropio,	
antecedente	
subsiguiente	
Cohecho (o corrupción) activo:	
Consumado	
tentado o soborno o instigación a la corrupción	

Para mayor claridad nos limitaremos aquí a confrontar nuestro sistema vigente con el italiano de 1930, empleando el término corrupción como sinónimo de cohecho. Ante todo se impone la distinción entre corrupción *pasiva* y corrupción *activa*. La primera se refiere al hecho del intraneus funcionario público, que se deja corromper. la segunda se refiere al hecho del *extraneus*, que corrompe. Nuestra ley contempla expresamente la primera en los artículos 157 y 158 CP, y sólo la segunda en grado de tentativa, que denomina *soborno*, en el artículo 159 CP. (El Código Italiano contempla principalmente la primera en sus artículos 318, 319 y 320, mientras que para la segunda se limita en

el artículo 321 a extender la pena de dichos artículos a quien da o promete, tratándolo aparte en el artículo 322 la instigación no acogida.)

La corrupción pasiva se distingue en *propia e impropia*, según que el acto realizado por el funcionario sea injusto, o contrario a los deberes de su cargo (art. 158 CP.) o justo, es decir, conforme a esos mismos deberes (art. 157 CP.). Igual distinción cabe para la corrupción activa (implícitamente dentro de nuestro sistema, en cuanto a la consumada, y expresamente siempre dentro del sistema italiano), según se dé o prometa para un acto contrario o conforme a los deberes del cargo.

La corrupción pasiva propia reconoce *formas agravadas*, en función del resultado (dos dentro de nuestro sistema y tres dentro del italiano, que allí encuentran su correspondencia expresa en la corrupción activa).

La corrupción se divide también en *antecedente*, que considera un acto a realizarse o futuro, y *subsiguiente*, dirigida a remunerar un acto ya cumplido o pasado. Nuestro Código sólo contempla en forma expresa la corrupción subsiguiente en el artículo 157 incluido 2.º CP., es decir, con referencia a la pasiva impropia. (En cambio, el Código Italiano contempla la corrupción subsiguiente, tanto con referencia a la pasiva impropia como a la propia, así como con referencia a la activa propia; la instigación a la corrupción sólo puede ser antecedente).

Por lo que respecta a las consecuencias penales, la diferencia entre ambos sistemas es muy sensible. Según el nuestro, las figuras de la corrupción activa han de corresponder exacta e implícitamente a las de la corrupción pasiva, en virtud de las reglas sobre la participación criminal aplicables. Según el italiano, se perfilan cuatro figuras de corrupción pasiva y tres de corrupción activa, consecuencia característica de tratarse allí de dos delitos autónomos, aunque también bilaterales o recíprocos. Ambos sistemas consideran aparte la corrupción activa *tentada*, pero el artículo 322 Código Italiano sólo castiga la antecedente, mientras que el artículo 159 CP. se refiere a los artículos 157 y 158 CP., es decir, a todas las hipótesis previstas en dichos artículos.

Nuestro sistema es defectuoso, tiene lagunas y no ofrece matices, obligando a una penosa tarea de interpretación. El sistema italiano, aunque más casuista, es también más técnico. Así, la autonomía de los diversos tipos de delito, propia del sistema italiano, permite castigar al funcionario público y al particular con independencia, aunque uno u otro no fueran imputables o punibles. Aplicando las reglas del concurso, para el castigo del funcionario público tampoco tiene importancia la imputabilidad ni la responsabilidad del extraño. En cambio es discutible que pueda castigarse al particular cuando el funcionario público no fuera imputable o punible, porque no podría haber corrupción activa si el funcionario público, agente principal, no cometiera el delito de corrupción pasiva.

Con todo, dado que corruptor y corrompido son ambos sujetos activos del delito, siendo a veces difícil saber cuál es el incubo y cuál es súcubo, MAGGIORE considera aconsejable abolir la distinción entre corrupción pasiva y activa, simplificando (en el Código Italiano) las complicadas normas que reglamentan esta materia en una sola que ponga simplemente en un mismo pie de igualdad

la responsabilidad del corrompido y del corruptor. En cambio, encuentra fundadas y oportunas las demás distinciones.

Creemos que entre nuestro sistema y el italiano, es preferible el que aconseja MAGGIORE, sin sacrificar la claridad en aras de la brevedad, ni viceversa, y teniendo como norte la bilateralidad.

23. *Elementos comunes.*—Los elementos comunes a toda forma de cohecho son: a) un acuerdo; b) un acto de cargo; c) una relación entre la dación o promesa y el acto. Sintetizaremos con preferencia la exposición de LEVI, adaptándola a nuestro derecho.

a) *Un acuerdo* (en cuya formación radica el elemento material del cohecho), que se concreta en el hecho de recibir o aceptar por un lado, dar o prometer por otro. El dinero u otro provecho se dan cuando pasan de un sujeto a otro, con la conciencia de dar por un lado y de recibir por otro; sin ésto no hay acción alguna y, por lo tanto, tampoco donación o recepción. No se da si de la otra parte no se recibe (así, cuando se desliza dinero en el bolsillo de un funcionario distraído); por lo tanto, cuando es esencial que se reciba, como en la corrupción subsiguiente, ese hecho no integra el delito. La dación y la recepción deben ser voluntarias, no espontáneas, sin que interesen sus motivos, salvo que medie un error de hecho (arts. 22, 24 inc. 2.º, CP). No se requiere una tradición material, basta con una transferencia simbólica. (LEVI exige la trasmisibilidad, resolviendo implícitamente la disputa sobre si constituyen provecho los placeres sensuales, etc., criterio que no siguen otros autores.)

Mientras es inconcebible que uno dé si el otro no recibe, es bien posible que uno prometa dar sin que el otro acepte la promesa. (LEVI pone el acento en el acuerdo —que va a distinguir el cohecho de la concusión— y prescinde de la iniciativa.) Haya habido o no una sollicitación anterior del funcionario público, lo que cuenta es que la promesa sea aceptada. Por ejemplo, cuando por una razón cualquiera, aun de mayor codicia, el que solicitó la promesa después no la acepta, no hay promesa aceptada. En todo caso, la demanda anterior podrá constituir un elemento de hecho para presumir una aceptación tácita.

Es indiferente que el pacto ilícito se haya efectuado directamente con el funcionario público o por intermedio de otra persona, como sucede a menudo, siempre que el tercero obre con el consentimiento y en interés del funcionario; de otra manera podría caer en el delito de estafa (art. 347 CP), como simulación de influencias (núm. 28). También es indiferente que el funcionario pacte en beneficio propio o de tercero. Pero si la utilidad recayera a favor de la administración pública, ya no habría cohecho, sino, a lo sumo, abuso de funciones (artículo 162 CP). A los fines especificados *sub b*, el acuerdo está perfecto con el dar-recibir, prometer-aceptar.

b) *Un acto del cargo*, conforme (corrupción impropia), retardada o a retardar, omitido u omitir, o contrario (corrupción propia) a los deberes del cargo; a cumplir (corrupción antecedente) o cumplido (corrupción subsiguiente).

Por "acto de su empleo" o "relativo a su cargo" se entiende el que cae en la esfera de actividad funcional. LEVI opina que en ningún caso acto del cargo equivale a acto legítimo, en sentido de derecho administrativo. MAGGIORE y otros autores italianos opinan que debe ser legítimo cuando se trata de corrupción impropia.

Sea conforme o contrario al deber, siempre ha de tratarse de deberes inherentes a la función. El deber puede estar fundado en una norma jurídica escrita o consuetudinaria, o en una orden particular de la autoridad

Puede verificarse dentro de la actividad vinculada o dentro de la discrecional; en este último caso es más difícil establecer la contrariedad a los deberes del cargo. Y resulta imposible cuando se trata de un acto incensurable, como el voto de los legisladores (art. 112 Const.).

El acto del cargo, conforme o contrario a los deberes, puede ser efectivo o virtual, no es necesario que esté cumplido. Está cumplido cuando agota la actividad funcional inherente al cargo.

El Código habla de "acto de su empleo" refiriéndose a un acto positivo. El acto negativo es definido siempre como omisión "de un acto relativo al cargo". LEVI opina que tanto el retardo como la omisión deben ser *contrarios a los deberes del cargo*, formulando un argumento de rúbrica. No lo siguen MAGGIORE y otros, que se atienen al texto legal italiano, semejante al nuestro vigente, cuya redacción difiere de la anterior. En efecto, al artículo 174 Código Uruguayo antiguo decía: "hiciera, retardare u omitiere algún acto con infracción de los deberes de su cargo", mientras que el artículo 158 CP dice: "por retardar u omitir un acto relativo a su cargo, o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo".

En todo caso es necesario que se trate de un acto determinado (aunque no fuera expresamente indicado), como se deduce de la objetividad jurídica común a estos delitos y como surge claramente de la letra de la ley.

c) *Debe existir una cierta relación* entre la recepción o aceptación y el acto del cargo, que en la corrupción propia antecedente es de medio a fin, en la impropia antecedente y subsiguiente es de retribución, y en la propia subsiguiente (no prevista en nuestro derecho) es de causalidad psicológica.

Observa agudamente LEVI que estas distinciones son importantes, por ejemplo, en cuanto al problema de la *entidad del donativo*. Como veremos, en la corrupción impropia el interés protegido se refiere a la gratuidad de la prestación del cargo, mientras que en la propia es el desarrollo normal de los deberes funcionales. De donde resulta que, si el funcionario público recibe un donativo de poco valor por un acto conforme a los deberes de su cargo, no puede decirse que haya corrupción mientras no asuma carácter de retribución, pero si el agente recibe aun el más insignificante donativo por ejecutar un acto contrario a los deberes del cargo, el delito está perfecto. En efecto, el artículo 157 CP habla de "retribución que no fuera debida", mientras que el artículo 158 CP no la menciona, porque no se concibe una compensación debida por actos contrarios a los deberes del cargo.

Conviene decir una vez por todas que, al hablar de dación, dálica, donativo, etc., la doctrina se refiere a la acción concreta del corruptor, que no importa una verdadera donación, aunque se pretenda cubrir con ese velo un pago y, por ende, una compraventa ilícita.

III. COHECHO (O CORRUPCIÓN) PASIVO

A) CALIFICADO O PROPIO

a) *Antecedente.*

24. *Advertencia.*—Siguiendo a LEVI, tratamos antes de la corrupción pasiva propia, puesto que el tipo de la corrupción impropia (art. 157 CP) se presenta, en la consideración recíproca de los elementos indicados *sub* 23, sea desde el punto de vista exegético, sea de la política criminal, como un tipo complementario y supletorio del primero.

25. *Texto y concordancias.*—El inc. 1.º del artículo 158 CP establece: “*El funcionario público que, por retardar u omitir un acto relativo a su cargo, o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, dinero u otro provecho, o acepta su promesa, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión e inhabilitación especial de dos a seis años.*” Sigue la redacción del artículo 319, inc. 1.º, Código italiano, añadiendo “por sí mismo o por otro”. En el texto italiano vigente se establecen penas conjuntas de reclusión y multa, en vez de prisión e inhabilitación. También concuerda con el artículo 172, inc. 1.º, Código italiano antiguo, salvo en cuanto éste decía “se hace prometer”, en vez de “acepta su promesa”. En cambio, difiere del artículo 174, inc. 1.º, Código Uruguayo antiguo, que decía “*hicriere, retardare u omitiere*”, motivando la crítica de IRURETA GOYENA, ya que antes en el cohecho calificado no bastaba el simple concierto para la consumación del delito.

26. *El bien jurídico* protegido, cuya noción general ya dimos (núms. 8 a 10), aquí se encuentra particularmente afectado; ya no se trata de venalidad, sino de verdadera corrupción (SABATINI); aquí el funcionario público no sólo falta a sus deberes de probidad y corrección, sino que traiciona su mandato, e infringe la obligación de fidelidad, al realizar un acto contrario a los deberes del cargo (MAGGIORE). Indudablemente, se trata de un delito más grave que el previsto en el artículo 157 CP, y por eso nuestro Código lo denomina “cohecho calificado”, castigándolo con mayor rigor.

27. *Sujeto activo* de este delito, dentro de nuestro sistema, sólo puede ser el funcionario público, sobre cuya calidad y cesación de la misma ya nos hemos ocupado (núms. 11 a 14). En cuanto a los ex funcionarios públicos, no puede haber corrupción antecedente por imposibilidad lógica y material, aunque sí subsiguiente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 176 CP. Tampoco puede ser tenida en cuenta la calidad futura de funcionario público.

Si un particular, haciéndose pasar por funcionario público, obtiene una utilidad, surge otra figura jurídica que suplanta al cohecho, estaríamos frente a una estafa en virtud de lo dispuesto por el artículo 347 CP (IRURETA GOYENA).

28. *El elemento material* consiste en: a) recibir dinero u otro provecho; b) aceptar su promesa. Ya se reciba el provecho efectivamente, ya se haya aceptado su promesa, en ambos casos el delito está consumado. La ley no distingue y castiga al funcionario con las mismas penas.

Ambos verbos, recibir y aceptar, exteriorizan generalmente una conducta pasiva del funcionario público. Esto permite diferenciar el cohecho pasivo del activo, pero no el cohecho pasivo de la concusión (art. 156 CP), como algunos pretenden).

IRURETA GOYENA ya planteaba este problema. Ambos delitos son ontológicamente diversos —enseñaba—, pero en la práctica no siempre pueden distinguirse, puesto que intervienen para dificultar su aclaración intereses encontrados. Al funcionario público le interesa que se le castigue como culpable de cohecho, puesto que la pena es menor que para la concusión, y al particular le interesa que se declare que ha habido concusión, puesto que de ese modo, no sólo no recibe castigo ninguno, sino que tiene derecho a repetir contra el funcionario público por las sumas entregadas indebidamente. Si la prueba no arroja un resultado claro, ¿qué debe resolver el juez? A continuación el maestro suministraba diversos criterios a título ilustrativo:

a) Averiguar los antecedentes del funcionario; si es venal, habrá concusión; en caso contrario, cohecho; b) si la cosa ha sido dada o prometida en calidad de debida, habrá cohecho; si de indebida, concusión; c) si el acto favorece al particular, habrá cohecho; en caso contrario, concusión; d) CARRARA, en caso de duda, se pronuncia por la concusión (con razón ROS DE OGER en nota estima antojadiza e ilegal esta presunción del maestro italiano).

Estos viejos criterios están superados y actualmente existen dos tesis para distinguir la concusión del cohecho: 1.º) *iniciativa*: si la toma el funcionario hay concusión, si la toma el particular hay cohecho (MANZINI, SALTELLI-ROMANO DI FALCO); 2.º) *acuerdo o consentimiento*: si el particular da o promete compelido o inducido, hay concusión; si lo hace libremente, hay cohecho, no interesando de quién parta la iniciativa; el delito de concusión es unilateral, la actuación del particular no es punible porque su consentimiento está viciado; el de cohecho es bilateral, porque concurren voluntades libres (LEVI, MAGGIORE, SABATINI, CONTI, SOLER; jurisprudencia italiana moderna; *La Justicia Uruguaya*, caso 2.794).

La cuestión se plantea más bien en el área de la concusión implícita. Pero no basta con cualquier iniciativa del funcionario para transformar el cohecho en concusión, debe ser la causa determinante de la prestación. Por cierto, que en la inducción, la voluntad del paciente, aunque no se sienta coartada, no debe tampoco sentirse libre. Pero cuando se adhiere espontáneamente a la persuasión del funcionario infiel, no habrá concusión, sino cohecho (MAGGIORE). Inversamente, la ausencia de iniciativa del funcionario puede no excluir la concusión, como, por ejemplo, cuando el funcionario usa medios tortuosos o larvadamente amenazantes para inducir al particular a formular la propuesta (CONTI). El sujeto pasivo de la corrupción es siempre y exclusivamente el Estado; en la concusión hay siempre un particular perjudicado (SOLER).

Es indiferente que se reciba el dinero o se acepte su promesa "por sí mismo o por otro, para sí o para otro" (núm. 23 a).

El precio del tráfico puede consistir en "dinero u otro provecho". Dinero son, además de las monedas nacionales o extranjeras, de curso legal o comercial, en el país o fuera de él (art. 227 CP), también los documentos de crédito público equiparados (art. 231 CP). El concepto de "provecho" es más amplio, comprende cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial, que tenga algún valor para el funcionario (regalos, préstamos, descuentos, concesión de créditos, empleos, misiones, licencias, traslados, promociones, honores, etc.). Es discutido si comprende también lo que tiende a satisfacer deseo: eróticos, estéticos y otros semejantes

Tratándose de cohecho propio, cuya relación es de medio a fin, no influye la mayor o menor entidad de lo dado o prometido (núm. 23 c).

En el cohecho calificado o propio el funcionario debe recibir o aceptar la promesa por: a) retardar u omitir un acto relativo a su cargo; b) ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo.

“Retardar” equivale a no realizar un acto debido dentro del término prescrito, o, a falta de término, siempre en tiempo oportuno, para que el acto produzca sus efectos.

“Omitir” significa no hacer, dejar de hacer un acto del cargo, que debe realizarse sin solicitud ni mandato. La negligencia genérica no basta.

Debe considerarse como omisión o retardo el obstruccionismo (MAGGIORE). Hasta que un acto pueda ser cumplido hay retardo, cuando ya no puede ser cumplido hay omisión (LEVI).

Ejemplo de retardo: el juez que no libra mandamiento de embargo, cuando el demandante lo solicita en forma, dando largas al asunto; de omisión: el alguacil que dejase de trabarlo cuando se le comete (IRURETA GOYENA). Pero el maestro destacaba que estos retardos u omisiones tenían que obedecer a *finis de lucro*, para distinguir esta figura de la omisión contumacial de los deberes del cargo (art. 164 CP), o del atentado a la libertad personal cometido por el funcionario público encargado de una cárcel (art. 285 CP).

“Acto contrario a los deberes del cargo”, se refiere al acto positivo ilegítimo por incompetencia, exceso de poder o violación de la ley, pero siempre perteneciente a la función (SALTELLI-ROMANO DI FALCO). Es todo lo que va contra alguna norma jurídica o alguna instrucción de servicio que regule la actividad administrativa. Dicho acto es, por definición, *ilegítimo*; por lo tanto, es inútil cualquier indagación acerca de su juricidad. Todavía menos se requiere que el acto cometido, retardado u omitido, constituya por sí mismo un delito (ver, en cambio, Derecho español, núm. 6).

Con el fin de determinar si un acto es “contrario a los deberes del cargo”, es inútil toda indagación sobre la competencia (indagación obligatoria en el cohecho impropio); la incompetencia misma del funcionario constituye un hecho antijurídico. La violación de un deber del cargo es posible en el acto *discrecional*, cuando éste no se inspira en corrección, objetividad y justicia, o entraña alguna desviación o exceso de poder (MAGGIORE).

Puede suceder que un funcionario público, violando los deberes de su cargo, ordene la detención de una persona con propósito de lucro. Según IRURETA GOYENA, cuya solución es aplicable a nuestro Derecho vigente, sólo habría privación de libertad agravada (arts. 281, 282, incs. 1.º y 3.º CP), si lo hiciera “para utilizar coercitivamente los servicios del secuestrado”; en los demás casos, siempre habría cohecho calificado (art. 158 CP).

En todo caso, los actos del funcionario que aquí se consideran, deben ser relativos al cargo o pertenecientes a la función. Si un funcionario promete un acto que no está en su mano realizar, o no habrá cometido delito o será pasible de estafa (art. 347 CP), según los casos. Es frecuente encontrar personas que fingen una influencia que no tienen para obtener tales o cuales actos de determinada persona mediante una recompensa. Un funcionario público puede traficar con su influencia para con un juez o un diputado. Por no ser un acto de su empleo, no es

cohecho; y escapa también, a veces, a las características de la estafa (IRURETA GOYENA). En efecto, debe tratarse de "influencia mentida", como decía el artículo 382 Código Uruguayo antiguo, para que haya estafa. Es lo que se llama *venta de humo*, prevista en el artículo 346 Código Italiano, bajo sus dos formas de simulación y venta de influencias.

29. *Se consuma* el delito simplemente al recibir el dinero o aceptar su promesa. Es indiferente que el funcionario público haya obrado o no conforme al arreglo; el cumplimiento del acto, su retardo u omisión están fuera del proceso ejecutivo. Tampoco importa que el hecho haya producido algún daño, pues el daño ya va implícito en el cohecho, que es delito de daño y de peligro juntamente. Hasta aquí la doctrina es pacífica.

Según unos, el incumplimiento de lo pactado puede dar lugar a distintas responsabilidades (LEVI); según otros, en tal caso, el funcionario responderá solamente de cohecho, y no también de estafa, porque no se le puede hacer el cargo de no haber llevado el delito a ulteriores consecuencias (MANZINI).

No cabe la tentativa. La proposición para cometer un delito sólo se castiga en casos excepcionales; la proposición del funcionario público no es punible, mientras que la del particular se pena como soborno (IRURETA GOYENA). En los delitos bilaterales no se concibe la tentativa sino en presencia de la actividad correspondiente del otro sujeto; en tal hipótesis podría haber abuso de funciones (LEVI). Algunos la admiten en el caso de que el corrompido interrumpa la ejecución por desacuerdo sobre el precio, o por otra causa (MANZINI, MAGGIORE, SABATINI). Sólo podría encararse como tentativa de concusión cuando mediara una verdadera inducción y no una simple propuesta.

Aparte del concurso necesario, este delito es compatible con la coparticipación. Es decir, que cada uno de los sujetos activos o codeincentes puede, a su vez, tener coautores o cómplices. Ejemplo de coautoría: un tercero que no recibe provecho, sugiere a un juez en la miseria la idea de proponer a un litigante la venta de la sentencia; de complicidad: un tercero decide al funcionario público a recibir lo que otro le ofrece (IRURETA GOYENA). Esta posibilidad se despende, por otra parte, de la referencia expresa de la ley a una persona interpuesta.

Acerca del concurso de delitos, valen las reglas generales (art. 54 y ss. CP). Así, el cohecho puede concurrir con el abuso de funciones (art. 162 CP), la revelación de secretos (art. 163 CP), la omisión de denunciar delitos (art. 177 CP), el contrabando (art. 257 CP), etc.

30. *El elemento siquico* consiste en la voluntad y en la conciencia del funcionario público, de recibir dinero u otro provecho o de aceptar su promesa, por retardar u omitir un acto relativo a su cargo, o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo. MANZINI exige la conciencia de comprometerse para cumplir el acto contrario al deber; según LEVI, basta con el conocimiento que tenga el funcionario sobre la naturaleza del acto.

El error del funcionario público sobre alguno de estos elementos puede cambiar la figura. El delito se acrimina, pues, a título de dolo específico. Faltando el móvil de lucro, pueden configurarse otros delitos (núm. 28).

31. *Circunstancias agravantes*.—El inc. 2.º del artículo 158 CP establece: "La pena será aumentada de un tercio a la mitad, si el hecho tuviere por efecto: 1.º) La concesión de un empleo público, estipendios, pensiones, honores, o la celebración de un contrato en que estuviere interesada la repartición a la cual

pertenece el funcionario; 2.º) El favor o el daño de las partes litigantes en juicio civil o criminal". Las mismas agravantes figuran en el Código Uruguayo antiguo y en los Códigos Italianos pero, a diferencia de éstos, no está previsto que el efecto, ya considerado en el número 2.º, se concrete en determinadas sentencias de absolución o de condena. De todos modos, tal circunstancia, todavía más grave, queda insumida en la extensión de la penalidad. Otra diferencia fundamental consiste en que, según nuestro texto antiguo, las agravantes se configuraban cuando el hecho tuviere "por objeto" alcanzar alguno de los fines previstos, mientras que el texto vigente, al decir tuviere "por efecto", exige una realización concreta.

Estas circunstancias son reales u objetivas, porque su carácter deriva de los factores que atañen a la ejecución material del hecho (art. 52 CP). De acuerdo con la nueva redacción del acápite, no se requiere, pues, que dichos efectos sean queridos por el culpable, basta que haya una relación de causalidad material entre el cohecho y los efectos. En virtud de tales circunstancias, se computará el efecto del cohecho que, por regla general, es extraño a la ontología del delito (MAGGIORE). Tanto en la hipótesis simple (de cohecho calificado) como en la agravada, el delito se consuma con la recepción o aceptación (las circunstancias sólo influyen en la pena), pero, desde el punto de vista de la política criminal —observa LEVI—, se nota un salto considerable.

"La concesión de un empleo público": estrictamente, no un traslado, un aumento de estipendio o de pensión (IRURETA GOYENA), que caerían en las formas anteriores.

"Estipendio" o sueldo es la retribución pecuniaria que se debe a un empleado por el servicio que presta.

"Pensión" es la asignación fija y continuada que le corresponde al empleado, después de la cesación del empleo. Comprende tanto la jubilación del empleado, como la pensión de los causahabientes, debida o graciable.

El acto de conceder ha de ser indebido. LEVI examina una triple posibilidad: a) que la concesión de empleos, etc, constituya de por sí un acto contrario a los deberes del cargo, y entonces, verificándose este evento, cae en la corrupción propia agravada, no verificándose, en la corrupción propia simple; b) que constituya un acto conforme a los deberes del cargo, y entonces sólo podría haber corrupción impropia; c) que no constituya acto del cargo, y entonces no podría hablarse de corrupción.

MAGGIORE opina que son siempre indebidos los "honorarios" obtenidos mediante corrupción.

Los "contratos" aquí considerados son únicamente aquellos en que está interesada la repartición (antes decía "administración") a la cual pertenece el funcionario; si el contrato se refiere a otra repartición, esa agravante no es aplicable. Puede concurrir formalmente con el fraude (art. 160 CP).

"Juicio" debe entenderse en sentido estricto, es decir, cuando hay contienda y, por consiguiente, partes. "Juicio civil" también es el arbitral. En cambio, es discutible si queda comprendido el "administrativo", problema resuelto expresamente por el Código italiano.

Como "partes" en el proceso penal deben tenerse, además del imputado, el querellante, la parte civil y el obligado civilmente; no el Ministerio Público, que

no puede ser sujeto de daño o perjuicio ni de favor, aun cuando sea parte en sentido formal. (El artículo 172 Código italiano antiguo se refería tan sólo al "imputado", mientras que nuestro texto vigente se refiere a las "partes litigantes", planteando el problema.) Tampoco son "partes" el denunciante, ni el que ha deducido instancia como ofendido, ni mucho menos el defensor.

"Partes" en el proceso civil son el actor, el demandado, el tercerista, el fiador.

Cae en la agravante "el juez que maliciosamente expida sentencia injusta". Si no es con ánimo de lucro, comete abuso de funciones, antes hipótesis de prevaricato.

b) *Subsiguiente.*

32. *Envío.*—Como hemos dicho (núm. 22), nuestro Código no contiene la figura de cohecho pasivo calificado subsiguiente, o sea cuando "el funcionario público recibiere dicho dinero o utilidad por haber obrado contra los deberes de su cargo o por haber retardado u omitido un acto de su cargo", como establece la parte final del artículo 319 Código italiano.

Aunque nuestro sistema sea defectuoso, entendemos que todas las hipótesis de cohecho subsiguiente deberán castigarse de acuerdo con el artículo 157, inciso 2.º, CP, porque sería absurdo castigarlo cuando el acto ya cumplido fuera conforme a los deberes del cargo y no hacerlo cuando fuera contrario.

CARRARA estimaba que la corrupción subsiguiente no modifica la cantidad política del delito, compartiendo las siguientes razones de GIULIANI: 1.º) porque la doctrina contraria daría un demasiado fácil velo para la baratería pactada durante el desempeño del cargo; 2.º) por la fácil esperanza que podría concebir el magistrado de obtener donativos del litigante rico, aunque no fuesen explícitamente prometidos; 3.º) por la facilidad de generar en el público la opinión de que el acto se hizo en la expectativa del donativo futuro, lo cual trae la desconfianza y el descrédito de la justicia. (Los autores antiguos se referían a la corrupción del juez, pero su doctrina vale para todos los funcionarios públicos.) Sin embargo, esta figura se sigue castigando más levemente. Sobre la misma nos remitimos al número 39.

B) SIMPLE O IMPROPIO

a) *Antecedente.*

33. *Texto y concordancias.*—El inc. 1.º del artículo 157 CP establece: "*El funcionario público que, por ejecutar un acto de su empleo recibe por sí mismo o para un tercero, una retribución que no le fuera debida, o aceptare la promesa de ella, será castigado con multa de trescientos a dos mil pesos e inhabilitación especial de dos a cuatro años.*" Sigue la redacción de los artículos 173 Código Uruguayo antiguo y 318, inc. 1.º, Código Italiano, aunque no especifica que la retribución sea "en dinero o en otra cosa cualquiera", "o en otra utilidad". En el texto italiano vigente se establecen penas conjuntas de reclusión y multa, en vez de multa e inhabilitación. En cambio, difiere del artículo 171 Código Italiano antiguo, que decía "por un acto", en vez de "por ejecutar un acto", diferencia cuyos alcances eran más sensibles bajo la legislación anterior (núm. 39).

Atento a su penalidad, esta figura queda comprendida ahora en el ámbito del

artículo 1.º, inc. B, de la ley de 29 de diciembre de 1959, es decir, que tratándose de cohecho pasivo simple antecedente, "no se dispondrá la prisión preventiva ni se mantendrá el arresto del inculpado". Sea por el mecanismo de las penas derivadas, sea por el paralelismo absoluto que guarda el cohecho activo con el pasivo, también caen en el ámbito de la mencionada ley las figuras de cohecho pasivo simple subsiguiente (en cuanto al calificado subsiguiente, ver núm. 32) y de cohecho activo simple, consumado o tentado (ver ampliamente: CAMAÑO ROSA, *La ley sobre prevención sin prisión de 29 diciembre 1959*, La Justicia Uruguaya, t. 41, sección doctrina, p. 1/12).

34. *El bien jurídico* protegido es el inherente a la gratuidad de la prestación del cargo con relación a los particulares. Según CARRARA, todos enseñan que también los premios dados *ad accelerandum* constituyen baratería. Cuando el acto era injusto en sí mismo, existe la ofensa a la justicia en la *sustancia*. Pero también cuando el acto era en sí *justo* y debía cumplirse, y cumplirse de aquel modo, existe siempre una ofensa a la justicia en la *forma*, porque se ha vuelto *venal* (y, por tanto, desacreditado) el ejercicio de la potestad pública (lo dicho para la justicia vale para toda la administración pública).

LEVI opina que el bien jurídico también puede ser el referente a la legalidad de la retribución, cuando ésta fuera permitida, para evitar una compensación diversa y mayor que la prevista. Aquí también la perturbación es solamente potencial (núms. 26, 38).

35. *Sujeto activo* de este delito es el mismo del cohecho pasivo calificado o propio; nos remitimos, pues, al núm. 27.

36. *El elemento material* consiste en: a) recibir una retribución que no fuera debida; b) aceptar su promesa. Obviamente, debe tratarse de una retribución en "dinero u otro provecho". Sobre estas nociones, nos remitimos a cuanto hemos dicho en el núm. 28.

Tratándose de corrupción impropia, cuya relación es de retribución, puede influir la mayor o menor entidad del donativo (núm. 23 c). Según MAGGIORE, quizá tenían razón los prácticos al distinguir entre *munus et minusculum* (regalo y regalillo). Ninguno pensará que ofrecer a un funcionario público un cigarro, un pocillo de café, o la pequeña propina acostumbrada, sea corrupción. MANZINI enseña que la retribución debe apreciarse con criterio objetivo, para ver si existe proporcionalidad entre el acto y el provecho, mas también con criterio subjetivo, indagando cuál fué la intención de los sujetos activos.

Según ANTOLISEI, puede ser legítima la retribución por un *servicio extraordinario*, siempre que el funcionario no esté obligado a cumplirlo y que su cumplimiento no perturbe las funciones normales.

En el cohecho simple antecedente el funcionario debe recibir o aceptar la promesa por ejecutar un acto de su empleo, es decir, a realizar, legítimo, dentro de su competencia funcional.

Si se trata de un acto ajeno a las atribuciones del funcionario público, como solicitar algún favor de otro funcionario, no habrá corrupción, aunque por dicho acto se reciba dinero u otro provecho.

37. *Se consuma* el delito al recibir la retribución, o simplemente al aceptar su promesa. La ofensa a la justicia (o a la administración pública) está consumada y perfecta en la forma —incluso sin lesión alguna en la sustancia— cuando

se ha puesto a precio el acto del oficio (CRRARA). En lo demás, ver núm. 29. No cabe la tentativa.

38. *El elemento siquico* consiste en la voluntad y en la conciencia del funcionario público de recibir una retribución indebida, o de aceptar su promesa, por ejecutar en el futuro un acto de su empleo. Se requiere, pues, no sólo la voluntad consciente de recibir o aceptar, sino también la de hacerlo a título de retribución por un acto determinado, sabiendo que es un acto del cargo y que la retribución no es debida. Por tanto, el delito se acrimina a título de dolo específico.

La antijuricidad de este delito está, en general, en el hecho mismo —observa MAGGIORE—, pues siendo obligatorio para el funcionario el acto del cargo, la retribución es sin causa, y por lo mismo, intrínsecamente ilícita. Por excepción, una norma jurídica (aun consuetudinaria) y un acto administrativo pueden legitimar la retribución (como la autorización para recibir premio por descubrir un delito, etc.). En esos casos sería ilícito todo lo que se recibiera además de la suma establecida (núm. 34).

b) *Subsiguiente.*

39. *Texto y concordancias.*—El inc. 2.º del artículo 157 CP establece: “*La pena será reducida de la tercera parte a la mitad, cuando el funcionario público acepta la retribución, por un acto ya cumplido, relativo a sus funciones.*” Su fuente es el artículo 318, inc. 2.º, Código Italiano. Concuera parcialmente con los artículos 401 Código Español y 259 Código Argentino, que castigan la simple aceptación de dádivas, presentadas al funcionario en consideración a su oficio, aunque allí se trata de un delito unilateral con características propias (núm. 44). No estaba previsto por el artículo 173 Código Uruguayo antiguo, cuyas diferencias con el artículo 171 Código Italiano antiguo señalaba IRURETA GOYENA. El primero fué tomado del proyecto de ZANARDELLI de 1883; en el proyecto de 1887 se suprimió la palabra “ejecutar”, y así pasó al Código Italiano de 1889, permitiendo dicha redacción castigar tanto la corrupción antecedente como la subsiguiente. La fórmula fué discutida, tanto por su falta de claridad como por estimar exagerado castigar con las penas de la corrupción actos que otras legislaciones consideraban como una figura independiente o se hallaban reprimidos en vía disciplinaria. Sobre el beneficio de la prevención sin prisión, ver núm. 33.

40. *El bien jurídico* protegido es preferentemente el interés del Estado en la irreprochabilidad e insopechabilidad de los funcionarios en el prestigio y el decoro de la administración pública.

41. *Sujeto activo:* como es el mismo en todas las figuras de cohecho pasivo, nos remitimos al número 27.

42. *El elemento material* consiste en aceptar una retribución, como explicamos en los números 28 y 36. No es admisible el cohecho subsiguiente mediante aceptación de promesa. Debe entenderse: acepta “por sí mismo o por un tercero para sí mismo o para un tercero”. En el cohecho simple subsiguiente el funcionario debe aceptar la retribución por un acto ya cumplido relativo a sus funciones (núm. 23, b, c).

43. *Se consuma* el delito al aceptar la retribución. No cabe la tentativa (números 29, 37).

44. *El elemento síquico* consiste en la voluntad y en la conciencia del funcionario público de aceptar una retribución por haber realizado un acto de su empleo. Como expresión de gratitud, aclara LEVI. Si el agente creyese aceptar por otras razones, o por su calidad, sin referencia a un acto determinado, no podría hablarse de cohecho, sino de un ilícito disciplinario. Esto constituye otra diferencia entre nuestra figura y las española y argentina citadas en las concordancias.

IV. COHECHO (O CORRUPCION) ACTIVO

A) CONSUMADO

45. *Generalidades.*—Nuestro Código vigente, siguiendo al proyecto preliminar de Rocco, no prevé el cohecho activo consumado (núm. 1 a 7, 16 a 22). Contestando a una observación de CERDEIRAS, que propuso equiparar las penas del soborno a las del cohecho, dijo IRURETA GOYENA: "Entiendo que la reforma no es aceptable. Cuando el soborno surte efecto y el delito se comete, la pena del sobornante y la del sobornado es la misma" (*Revista de Criminología*, núm. 10, página 129).

El Código Italiano siguió otra técnica por las razones siguientes: "El delito de corrupción activa que no estaba previsto en el proyecto preliminar, habiéndose reputado aplicables las normas sobre el concurso de personas en el delito, es objeto, en el presente texto, de una disposición expresa. He preferido prever expresamente la hipótesis, teniendo en cuenta la índole del delito de corrupción, que se presenta como delito bilateral, de modo que, respecto de los sujetos necesarios a la relación criminosa, no sería técnicamente exacta la remisión a las leyes generales sobre el concurso" (*Relación*, comentario del art. 321).

46. *Síntesis de un fallo.*—Hemos desarrollado el punto en una expresión de agravios, compartida por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, cuyas conclusiones vamos a sintetizar (*Revista de Derecho Público y Privado*, t. 35, p. 90; *La Justicia Uruguaya*, caso 4.032).

GRISPIGNI enseña que interesa mucho precisar qué sujetos del concurso necesario sean punibles y cuáles no. En general, se dice que, cuando la sujeción a pena del sujeto cuya conducta se requiere para la existencia del delito, no resulta de la norma incriminadora, tal sujeto queda libre de pena, en base al principio del *nullum crimen sine lege*. Este criterio le parece demasiado absoluto. Ciertamente, cuando la ley considera la protección de una de las personas que con su conducta concurren a la existencia del delito, tal persona no es punible, como sucede en la usura, el rapto consentido, etc. En otros casos, el criterio no es seguro, porque la indicación de una sola de las personas concurrentes puede derivar de una imperfecta formulación de la norma. La remisión al dogma sancionado en los artículos 1 y 85 CP no es decisiva, en cuanto no se trata de extender analógicamente la ley penal, sino de establecer que debe aplicarse el principio general de que son responsables del delito todos los que concurren intencionadamente a su ejecución (art. 59 CP). Se trata, pues, de una cuestión de interpretación que debe resolverse caso por caso (y Código por Código, agregamos).

CARNELUTTI destaca la falta de sistematización y de simplificación que acusa la Parte Especial de los Códigos Penales. Según el Tribunal, esta observación es

aplicable a nuestro Código Penal de 1933, aunque con menos rigor acaso, por la tendencia que dicho Código acusa a la simplificación y a la aminoración de los tipos delictuales; resulta enteramente aplicable empero, en lo relativo a los tipos bilaterales: no se ha ajustado nuestro legislador a una concepción sistemática unitaria. Tratándose de delitos bilaterales homogéneos, en que las acciones de ambos sujetos son análogas, el Código se limita a precerlas en una misma norma penal (duelo, riña); en otros delitos, prevé separadamente las conductas (bigamia, aborto).

Tratándose del cohecho ha seguido una técnica diferente (y aquí cobran relieve las ideas de GRISPIGNI), no mencionando más que la conducta del funcionario corrompido (arts. 157 y 158 CP). Pero en este caso, el corruptor determina la comisión del delito, dando o prometiendo remuneración al funcionario (artículo 61, inc. 1.º CP), lo que, además, importa cooperar con el corrupto en el hecho consumativo del delito de éste: la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa (art. 61, inc. 3.º CP).

Esa doble condición jurídica de *autor* de su delito y *coautor del delito de otro*, en los tipos delictivos bilaterales, trae como consecuencia necesaria que sean aplicables a ambos agentes las normas genéricas relativas a la coautoría, toda vez que la actividad de uno y otro agente no haya sido objeto de una previsión especial en la ley penal, sin que pueda obstar a ello la distinción doctrinaria entre participación y codelinquencia. La dificultad derivada de que el particular, coautor de cohecho, no tenga la condición de funcionario público, está resuelta por el artículo 64 CP.

El artículo 64 CP se refiere a la comunicabilidad de los elementos constitutivos del delito y dice así: "*Extensión de la responsabilidad cuando se requieren condiciones personales para la existencia del delito.*—Cuando para la existencia de un delito se requieran condiciones de orden personal, todos los que presten su concurso serán responsables del mismo, según la participación que hayan tenido en él; pero la ausencia de tales condiciones se tendrá en cuenta por el juez para rebajar o aumentar la pena de aquellos en quienes no concurren."

Obviamente las penas conjuntas de inhabilitación especial (art. 76 CP) establecidas en los artículos 157 y 158 CP, resultan inaplicables al particular. Por otra parte, nuestro soborno (art. 159 CP), configura una hipótesis anormal de cohecho activo tentado, de carácter unilateral (núm. 53).

47. *Texto guía.*—Si hubiéramos de redactar un artículo que contemplara el cohecho activo consumado, de acuerdo con nuestro Derecho, lo haríamos en los términos siguientes: "*Las penas establecidas en los artículos 157 y 158, menos las de inhabilitación, se aplicarán también al que dé o prometa dinero u otro provecho a un funcionario público, teniendo el juez la facultad de rebajarlas.*"

El inc. 1.º del artículo 175 Código Uruguayo antiguo establecía. "El que indujere a un funcionario público a cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente establecidas en ellos disminuídas de uno a dos grados". Según IRURETA GOYENA, esta norma entrañaba, en cierto modo, una desviación de los principios generales de la codelinquencia. La pena debía ser la misma para el inductor y el inducido, pero está justificado que no lo sea porque el funcionario viola el sentimiento de probidad

y burla la confianza que el Estado había depositado en él, transgresión más grave que la del particular.

Se trataba, pues, de una forma privilegiada de coautoría, considerando erróneamente que el corruptor infringía menos deberes que el corrompido. Según el artículo 64 CP, ahora esa disminución de pena es facultativa. En cuanto a la facultad de "aumentar" la pena, parece un error del Codificador, como se desprende de la glosa oficial y del artículo 117 Código Italiano, que no la mencionan.

Sobre el beneficio de la prevención sin prisión, ver número 53.

48. *El bien jurídico* protegido es el desarrollo normal de los fines de la administración pública y su prestigio, que pueden ser puestos en peligro con los donativos o promesas hechos al funcionario público, por actos contrarios o conformes a los deberes del cargo, a cumplir o cumplidos (LEVI).

49. *Sujeto activo* puede ser cualquiera, incluso un funcionario público. En este último caso, la agravación deriva puramente de la calidad de funcionario, independientemente de la naturaleza de la función. Si el empleado participa en la función juntamente con el otro funcionario, el primero será autor de cohecho pasivo en cuanto acepta la propuesta del *extraneus* y autor de cohecho activo en cuanto divide la dádiva con el *intraneus*, *en concurso real* (MANZINI, SOLER).

50. *El elemento material* consiste en dar o prometer al funcionario público dinero u otro provecho, para alguno de los fines indicados en los artículos 157 y 158 CP.

El delito supone que el funcionario público reciba la recompensa o acepte su promesa; de lo contrario, se aplicará el artículo 159 CP, que prevé la tentativa *sui generis* de cohecho activo.

En la corrupción activa propia no puede hacerse cuestión del *munuscula* porque la relación es de medio a fin; en la corrupción activa impropia, antecedente y subsiguiente, influye la entidad del donativo porque la relación es de retribución.

Sobre los elementos comunes, las diferencias entre cohecho y concusión, las nociones de dinero u otro provecho acto contrario o conforme a los deberes del cargo, ver números 23, 28 y 36.

51. *Se consuma* el delito al efectuarse la entrega o la promesa, seguida de aceptación de parte del funcionario, haya o no cometido éste el hecho a que la corrupción se dirige.

La tentativa, que se tiene en la hipótesis de entrega o de promesa no seguida de aceptación, es posible, y declarada punible por expresa disposición legal (artículo 159 CP).

52. *El elemento síquico* consiste, según los casos, en la voluntad y en la conciencia de dar o prometer dinero u otro provecho a un funcionario público, por actos contrarios o conformes a los deberes del cargo, a cumplir o cumplidos. El error del agente sobre alguno de estos elementos puede desvanecer o cambiar la figura.

B) TENTADO O SOBORNO O INSTIGACION A LA CORRUPCION

51. *Texto y concordancias*.—El artículo 159 CP establece: "*El que indujere a un funcionario público a cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 157 y 158 será castigado, por el simple hecho de la instigación, con una*

pena de la mitad a las dos terceras partes de la pena principal establecida para los mismos.”—Tanto nuestros Códigos como los Códigos y proyectos italianos, castigan autónoma y excepcionalmente, con una pena menor la instigación al cohecho: “si no hubiese conseguido sobornarlo” (art. 175, inc. 2.º Código Uruguayo antiguo); “por el solo hecho de la instigación” (art. 159 Código Uruguayo vigente); “si el funcionario público no hubiera cometido el delito” (artículo 173, inc. 2.º, Código Italiano antiguo); “si la oferta o la promesa no fueren aceptadas” (arts. 323 proyecto Rocco y 322 Código Italiano vigente).

Al decir “pena principal”, se refiere a la privativa de libertad o a la pecuniaria, porque la de inhabilitación que en el cohecho pasivo también es principal, no reza con los sobornantes.

Debe tenerse presente que, dentro de nuestro sistema, el sobornante del testigo es coautor de falso testimonio si el delito se consuma (rt. 182, inc. 2.º CP); no está acriminada la instigación al soborno del testigo, que el artículo 377 Código Italiano denomina “soborno”, respondiendo allí el sobornado de corrupción como funcionario público no empleado.

Sobre el beneficio de la prevención sin prisión, ver número 33.

54. *El bien jurídico* protegido es el normal funcionamiento de la administración pública y, sobre todo, su prestigio.

55. *Sujeto activo* puede ser cualquiera, incluso un funcionario público.

56. *El elemento material* consiste en intentar inducir a la corrupción propia o impropia, antecedente o subsiguiente, a un funcionario público, mediante oferta o promesa de alguna retribución indebida.

Por excepción al artículo 7 CP se castiga aquí la simple proposición o instigación, atendiendo a la gravedad que el hecho reviste y considerando necesario combatir el mal en sus raíces.

Son de recibo los siguientes comentarios de MAGGIORE:

El intento de inducir supone que la inducción no ha tenido efecto, de lo contrario caería en cohecho activo consumado. Lo que degrada el delito de cohecho al de soborno, es el no aceptar la oferta o la promesa (el soborno es delito unilateral).

Está claro, por otra parte, que la aceptación frustrada no implica una repulsa del funcionario; antes bien, pudiera suceder que estuviera listo a dejarse corromper, pero su intención ha sido frustrada por un acto independiente de su voluntad (intervención de un superior, presencia de testigos indiscretos, etc.).

También en este caso la corrupción puede ser propia o impropia, según se refiera a actos contrarios o conformes a los deberes del cargo. (Dada la distinta redacción, en nuestro sistema la instigación puede referirse tanto a un acto que va a realizarse, como a un acto ya cumplido.)

Debe ser sólo intentada y, por tanto, puede consistir en “ofrecer” o “prometer”, pero no en “dar”; la acción de dar supone la aceptación, y es elemento esencial de este delito que la oferta no sea aceptada.

Objeto de la oferta o de la promesa es el “dinero u otro provecho”, cuya noción ya dimos. En el caso de instigación a la corrupción impropia, es preciso que se ofrezca a título de retribución; y en ésta no quedan incluidos los pequeños obsequios, las propinas, etc.

57. *Se consuma* el delito con la simple instigación, al ofrecer o prometer. Es de los delitos que la doctrina italiana llama de consumación anticipada y allí admite tentativa. Pero dentro de nuestro sistema carece de tentativa, porque no puede haber tentativa de proposición o de acto preparatorio.

58. *El elemento síquico* consiste en la voluntad y en la conciencia de inducir a un funcionario público cometer cualquier forma de cohecho, mediante la oferta o promesa de alguna retribución indebida.