

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-07128305-9/1((018601-35623))

FC/ VAN DE LOO NICOLAS Y OT. P/ COHECHO PASIVO (35623) P/
RECURSO EXT.DE CASACIÓN

106296628

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de agosto del año dos mil veintiséis, reunida la Suprema Corte de Justicia en acuerdo pleno, tomó en consideración para dictar sentencia la causa n° **13-07128305-9/1** caratulada “**F. c/ VAN DE LOO OJEDA, NICOLÁS Y STROYPROJECT P/ COHECHO S/ CASACIÓN**”.

En las presentes actuaciones, los Dres. Sebastián Capizzi y Flavio D'amore, en representación del Ministerio Público Fiscal, interpusieron recurso de casación contra la sentencia n° 2.453 y sus fundamentos, oportunamente emitida por el Tribunal Penal Colegiado N.º 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto allí se resuelve, en los Apartados I y II, absolver a Nicolás Hernán Van De Loo y a Stroyproject Weather Modification S.A. del delito de cohecho activo por el que fueran oportunamente acusados (art. 258, primer supuesto, en función del art. 256, ambos del C.P.) en el marco de la causa n° P-35.623/20.

En función de la calificación legal del hecho atribuido, la imputación efectuada sobre una persona jurídica y la trascendencia institucional y social de la materia a resolver –se trata de un caso de corrupción–, los recurrentes solicitaron que, para la resolución del recurso, se convoque a esta Suprema Corte en Pleno, petición que fue refrendada por el señor Procurador General en oportunidad de contestar la vista conferida. En uso de las facultades conferidas por el art. 9 de la ley n° 9.423, la solicitud incoada por la parte recurrente fue concedida por el Tribunal y, a fs. 7, se resolvió convocar a la Suprema Corte de Justicia en Pleno.

De conformidad con el art. 9 de la ley n° 9.423, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, la **DRA. MARÍA TERESA DAY**, segundo, el **DR. OMAR A. PALERMO**, tercero, el **DR. JOSÉ V. VALERIO**, cuarto, el **DR. MARIO D. ADARO**, quinto, el **DR. DALMIRO GARAY CUELI**, sexto, el **DR. JULIO R. GÓMEZ**, y séptimo, la **DRA. NORMA L. LLATSER**.

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, la Suprema Corte de Justicia en Pleno se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N.º 1 resolvió absolver al acusado Nicolás Van De Loo Ojeda –y, en consecuencia, también a STROYPROJECT WEATHER MODIFICATION S.A.– del delito de cohecho activo (art. 258, primer supuesto, en función del art. 256, ambos del C.P.) que le fuera endilgado en el marco de la causa n.º P-35.623/20.

En oportunidad de esgrimir los fundamentos que sustentan la decisión referida, es dable poner de relieve que el tribunal de la instancia precedente no ha puesto en duda la credibilidad del testigo fundamental de la acusación –el entonces gerente general de AEMSA, Mario Ábrego–, ni la existencia de la plataforma fáctica que da sustento a la misma. En efecto y según se afirma en los fundamentos de la sentencia recurrida, el tribunal ha tenido por acreditada la plataforma fáctica que compone el objeto procesal del hecho denunciado, a saber, que el día 4 de mayo de 2020, siendo aproximadamente las 15:00 horas, en la puerta de su domicilio personal sito en calle Cipolletti n.º 1.212, Nicolás Van de Loo Ojeda le hizo un ofrecimiento de USD 100.000 a los fines de que revirtiera el dictamen negativo de AEMSA y que desaconsejaba la realización de una operación comercial de alquiler de aeronaves, pilotos y radaristas entre la empresa que representaba el acusado y la Provincia de Mendoza (ver, al respecto, fundamentos, p. 12).

No obstante, el tribunal de la instancia previa consideró que el ofrecimiento señalado, atento a las circunstancias fácticas y de contexto en las que fue realizado, no reúne las características necesarias para alcanzar el umbral de la tipicidad del cohecho activo (fundamentos, p. 15). En este sentido, manifiesta el referido tribunal que, en todas aquellas figuras delictivas cuyo verbo típico consiste en ofrecer o prometer algo, las acciones susceptibles de ser allí subsumidas, para sobrepasar el umbral de la tipicidad penal, requieren una mínima idoneidad y posibilidad de éxito. Así, de forma similar a lo que sucede con las amenazas, no cualquier promesa u ofrecimiento puede considerarse objetivamente típico del injusto de cohecho activo pues, por ej., aquellos que son de cumplimiento imposible no pueden considerarse vinculantes para el funcionario ni el particular.

Asimismo, refiere el tribunal de la instancia previa que, para analizar la viabilidad e idoneidad del ofrecimiento realizado y de la cual depende su tipicidad, es necesario tomar en consideración la voluntad y capacidad del agente que lo realiza para llevar a término el cumplimiento del mismo –seriedad del ofrecimiento–, pero también la idoneidad objetiva del mismo para provocar que el funcionario efectivamente lleve a cabo el acto solicitado. Según el tribunal de la instancia previa, ninguna de estas condiciones concurre en el caso concreto.

En relación con la capacidad del particular para dar cumplimiento al ofrecimiento realizado, el tribunal de sentencia consideró que, ni el acusado Nicolás Van De Loo –a título personal– ni la empresa que este representaba –

STROYPROJECT WEATHER MODIFICATION S.A.—, tenían capacidad económica alguna para dar cumplimiento a un ofrecimiento semejante.

Respecto de la idoneidad objetiva del ofrecimiento, el tribunal sostuvo dos cuestiones. Por un lado, una vez que el análisis de viabilidad pasó por todas las instancias técnicas y jurídicas y habiéndose emitido un dictamen negativo, este puede considerarse irrevocable, lo que transforma al comportamiento de Van De Loo en un intento burdamente insensato o absolutamente inidóneo para torcer la voluntad del funcionario. Por otro, destacó que el dictamen negativo emitido por AEMSA no es en absoluto vinculante para las autoridades del Estado que debían decidir sobre el destino de la negociación, de modo tal que tampoco puede afirmarse que dicho ofrecimiento, en caso de tener éxito, pudiera poner en peligro el bien jurídico protegido.

Por esas razones, el tribunal concluyó que el ofrecimiento concreto no puede considerarse un comportamiento típico del delito de cohecho activo y, en consecuencia, absolvió al acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

Los Dres. Sebastián Capizzi y Flavio D'amore, en representación del Ministerio Público Fiscal, interpusieron recurso extraordinario de casación con base en lo dispuesto por el art. 474 inc. 1 del CPP, esto es, por considerar que la sentencia absolutoria reseñada incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva.

En primer lugar, sostienen los recurrentes que la sentencia recurrida evidencia que el tribunal de la instancia precedente, al resolver el caso, ha omitido adoptar la debida perspectiva anticorrupción; esto es, no ha tomado en consideración los intereses sociales comprometidos ni las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en relación con la materia.

En segundo lugar, vinculado con lo anterior, señalan los recurrentes que, precisamente, esa falta de perspectiva ha provocado que el tribunal haya incurrido en un vicio sustancial en la aplicación del Derecho de fondo. En este sentido, afirman que la ausencia de perspectiva anticorrupción se ha materializado, primero, en una errónea interpretación teleológico-restrictiva del tipo de cohecho activo, a saber, una interpretación que adiciona requerimientos no escritos al tipo penal. Una vez agregados esos requisitos, el tribunal extrae la conclusión de que la conducta endilgada no queda comprendida en la figura delictiva, de modo tal que se exhibe así un mayor nivel de tolerancia para el privado que ofrece el soborno que para el funcionario destinatario del mismo. Segundo, afirman los recurrentes que dicha ausencia de perspectiva anticorrupción también ha llevado a que el tribunal de la instancia previa, en su análisis de la tipicidad de la conducta, haya omitido toda consideración estructural del delito de cohecho activo como un delito de mera actividad y de peligro abstracto. En este sentido, se agravan por considerar que la utilización de la teoría de la imputación objetiva por parte del tribunal sólo podría considerarse razonable en la medida en que se tratara de un delito de resultado. Así, los recurrentes sostienen que en ningún caso puede afirmarse que el tipo de cohecho activo constituye un adelantamiento de la punibilidad que requiera de una interpretación restrictiva y, por tanto, afirman la

tipicidad del comportamiento del acusado porque, según la figura legal, se «es autor por la simple conducta de ofrecer [...] al funcionario [...] un monto de dinero [...] para que éste haga algo relativo a sus funciones».

En tercer lugar, se agravan los recurrentes en razón de considerar que el tribunal de la instancia previa ha incurrido en una valoración arbitraria del plexo probatorio al afirmar que el ofrecimiento realizado carece de seriedad y que, ni el acusado ni la empresa que este representa, tienen capacidad económica alguna para afrontar un pago de semejantes características a título de soborno. En concreto, sostienen los recurrentes que tal conclusión debe considerarse una «señal de un arrebató cognoscitivo» y que, si el acusado hizo el ofrecimiento, es porque tenía la astucia y el incentivo de las que dependen las «posibilidades reales en el mundo de los negocios».

En cuarto y último lugar, sostienen los recurrentes que, como consecuencia de lo anterior, el tribunal ha aplicado de manera errónea el tipo penal del art. 258 del CP en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica imputada, STROYPROJECT WEATHER MODIFICATION S.A. En este sentido, afirman que la conducta de Nicolás Van De Loo resulta típica del delito de cohecho activo y, por tanto, corresponde que, a la luz de lo dispuesto por la ley 27.401, se formule reproche penal también contra la persona jurídica en función de los actos de su representante. Ello, porque dichos actos fueron realizados en su interés y beneficio, consumados y vinculados a defectos propios de la organización que motivaron el incumplimiento de los deberes de prevenir y detectar la posible comisión de hechos ilícitos.

En función de las razones precedentemente expuestas, solicita a este Tribunal que case la sentencia recurrida y condene a Nicolás Van De Loo a la pena de un año y seis meses de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional (art. 258, 40 y 41 y 26, todos del CP) y a la persona jurídica STROYPROJECT WEATHER MODIFICATION S.A. a la pena de suspensión por un año para participar en concursos o licitaciones estatales, o de obras y servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, y a una publicación formal, a su cargo, dentro de los treinta días de firme y ejecutoriada la sentencia, en un diario local y otro de alcance nacional, del 1) número de causa, 2) carátula, 3) delito cometido 4) extracto de los hechos 5) parte resolutive de la sentencia (arts. 7 y 8 de la Ley Nacional 27.401).

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto y, en honor a la brevedad, remite a los argumentos allí ofrecidos por los representantes del Ministerio Público Fiscal.

4.- Audiencia de informe oral

Reunido el tribunal correspondiente, se cedió la palabra a las partes en el siguiente orden.

En primer lugar, al representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Sebastián Capizzi, quien reiteró –en lo sustancial– los agravios y posiciones oportunamente planteadas en su recurso.

En segundo lugar, a la defensa del acusado, quien argumentó de forma detallada las razones por las que considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en función de ello, solicitó a este Tribunal que se confirme la sentencia absolutoria recurrida.

5.- La solución del caso

Puesta a resolver el recurso de casación interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, adelanto aquí que, en virtud de las consideraciones que a continuación se detallan, el mismo debe ser acogido.

En relación con los motivos de agravio, cabe recordar aquí que la ley procesal no establece un orden de procedencia que de modo imperativo deba seguirse en el examen de las causales de impugnación. Constituye entonces, una atribución de este Tribunal tratar el motivo de agravio que considere más directamente conducente a la solución del caso. Me dedicaré, entonces, al análisis del agravio sustancial que considero procedente y decisivo para dar curso favorable a la pretensión recursiva. Se trata, en definitiva, del agravio según el cual el representante del Ministerio Público afirma que la sentencia absolutoria, al considerar atípica la conducta del acusado, ha incurrido en una errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Para fundamentar la conclusión precedente se esgrimirán, en lo que sigue, dos bloques de argumentos principales. El primero, es de carácter interpretativo-metodológico; el segundo, sistemático-legal.

A los fines de exponer el argumento interpretativo, resulta útil poner de relieve la normativa constitucional e interna sobre el fenómeno de la corrupción, así como también los lineamientos y compromisos político-criminales que ha asumido nuestro país a través de la suscripción de instrumentos internacionales, para afrontar dicho fenómeno. En relación con esto último, cabe destacar tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción –adoptada por la O.E.A. el 29 de marzo de 1996 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 24.759, promulgada el 13 de enero de 1997–, como también la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción –aprobada el 31 de octubre de 2003 por Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada por la República Argentina mediante la ley 26.097, promulgada el 6 de junio de 2006–, coinciden en señalar que este fenómeno socava la legitimidad de las instituciones públicas, pone en peligro la estabilidad y la seguridad de la sociedad civil, menoscaba los valores de la democracia y atenta contra el desarrollo social, económico y político de los pueblos. Por esa razón incluyen, entre sus propósitos fundamentales, que los Estados Partes promuevan todas las medidas que resulten necesarias para prevenir y sancionar de modo eficaz los actos de corrupción específicamente mencionados en su contenido. Asimismo, en las Resoluciones 1/17 y 1/18, la Comisión IDH expuso la relación directa que existe entre un adecuado ejercicio y disfrute de los derechos humanos con la adopción concreta de medidas político-criminales destinadas a prevenir y sancionar los hechos de corrupción en la región. Esta vinculación fue también señalada por la Corte IDH en el caso «*Ramírez Escobar vs. Guatemala*».

Respecto de la necesidad de interpretar los tipos penales de corrupción a través del prisma constitucional, cabe destacar que ya he tenido oportunidad de expedirme en el precedente CUIJ 13-05418979-0/1 «*Incidente*

por solicitud de sobreseimiento por prescripción en favor de Salgado Sergio Hernán». Según he afirmado allí, frente a la realización de las conductas delictivas contempladas en el Título XI del CP, bajo la rúbrica de «Delitos contra la Administración Pública» y comúnmente denominados «delitos de corrupción», el abordaje jurisdiccional no puede prescindir de aquellos preceptos de orden constitucional y convencional referidos a esta materia.

En ese marco y con el objetivo de dar cumplimiento a las medidas para prevenir y sancionar la realización de actos de corrupción, el legislador argentino ha creado delitos de peligro –con una lógica anticipatoria de la punibilidad–. Estas figuras permiten castigar penalmente al funcionario público que actúa de forma desleal y ataca «*desde dentro*» a la Administración Pública, pero también perseguir aquellas conductas de los ciudadanos o privados que, si bien no están obligados por el haz de deberes propios de la actividad funcional –y, por tanto, su comportamiento no infringe un deber relativo a una posición o cargo–, pueden lesionarlo «*desde fuera*», perjudicando también el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Ambas clases de conductas están contempladas de forma independiente en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto, a través de los tipos penales contenidos en los arts. 174 inc. 5, 256, 258, 265 y 266 del CP.

Con base en el escenario anteriormente referido, asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que el tribunal de la instancia previa ha realizado una aplicación errónea del Derecho penal sustantivo al calificar como atípica una conducta que, en mi opinión, resulta subsumible en el texto legal respectivo. En este sentido, a los fines de concluir que la conducta realizada por el acusado es atípica, el tribunal ha efectuado una interpretación teleológico-restrictiva del tipo de cohecho activo, en función de la cual se restringe el campo de aplicación del tipo penal respectivo a través de la incorporación pretoriana o jurisprudencial de un elemento que no ha sido establecido por legislador en el texto. Así las cosas, según afirma el tribunal de la instancia previa, el elemento no escrito, pero intrínsecamente contemplados en la descripción de la conducta que se considera prohibida, viene dado por el carácter idóneo y serio del ofrecimiento del particular.

En mi opinión, esta particular interpretación restrictiva, al menos en el caso concreto, no resulta compatible con los fines y objetivos asumidos en los compromisos internacionales signados por el Estado en relación con la prevención y sanción de las conductas constitutivas de delitos de corrupción. Por supuesto, lo anterior no quiere decir que, en términos generales, la restricción del campo de aplicación de la ley penal por vía interpretativa sea en todo caso inviable; de hecho, no sólo considero que es perfectamente posible, sino también una herramienta útil y necesaria para el aplicador del Derecho. Sucede que, en este caso concreto, considero que tal proceder pone en cuestión el cumplimiento de los fines y funciones que, a través de los instrumentos internacionales, se les han asignado a las instituciones estatales en materia de anticorrupción. Esto, por cuanto la restricción del campo de aplicación del tipo, en este caso particular, habilita la adopción de una postura relativamente laxa o permisiva en beneficio del particular que ofrece el soborno al funcionario. En mi opinión, dicha restricción eleva los índices de impunidad frente a los casos de cohecho activo y, con ello, puede contribuir a fomentar y perpetuar esta clase de conductas. Lo anterior porque, bajo el paradigma

utilizado por el tribunal de la instancia previa, cualquier ofrecimiento de dádivas o sobornos que la judicatura no considere lo suficientemente idóneo o serio, deberá considerarse atípico y, por tanto, una conducta permitida para los ciudadanos o al menos neutral para el Derecho.

En relación con el argumento sistemático-legal, es útil recordar que nuestra legislación sustantiva ha tipificado, en el delito de cohecho, dos conductas distintas. En efecto, si el correcto funcionamiento de la administración pública es agredido «*desde dentro*», mediante la infracción de deberes del funcionario público, se le denomina cohecho pasivo, delito previsto en el art. 256 del CP. Allí, el legislador describe el núcleo de la conducta típica del funcionario como «recibir» o «aceptar promesa» de dádivas. Asimismo, el legislador también sanciona la posible afectación del correcto funcionamiento de la administración pública por parte del privado que, atento a que no infringe deberes especiales relativos a una posición institucional específica, agrede el bien jurídico «*desde fuera*», a través de la comisión del delito de cohecho activo. En este caso, el legislador describe la afectación al bien jurídico a través de la conducta prohibida en el tipo del art. 258 del CP: «dar» y «ofrecer» la dádiva al funcionario público.

Así las cosas, me parece evidente que nos encontramos ante tipos penales en relación de complementariedad intersubjetiva: se criminaliza tanto el *dar* como el *recibir*, pero también, a través de una anticipación de la punibilidad, se criminaliza tanto el *ofrecer* como el *aceptar* el ofrecimiento.

Con base en lo anterior, no es posible negar que la conducta del particular que *ofrece* el soborno –el cohecho activo–, por definición, siempre está destinada a integrarse en el injusto proyectado de un determinado funcionario público –el cohecho pasivo de quien eventualmente *acepte* el ofrecimiento o la promesa–. No obstante, desde el punto de vista sancionatorio, la posibilidad de castigar la realización de las conductas de cohecho activo resulta completamente independiente de aquello que, una vez perfeccionado el ofrecimiento, realice el funcionario. Dicho de otro modo: tanto el carácter materialmente típico y antijurídico de la conducta de ofrecimiento, como también su punibilidad, no dependen del comienzo de ejecución del delito de cohecho pasivo al que dicho ofrecimiento está, por naturaleza, destinado a integrarse. Así las cosas, si bien coincido con el tribunal de la instancia previa cuando manifiesta que, si se adopta una perspectiva fáctico-material del fenómeno de la corrupción, el cohecho activo y pasivo se presentan como indisolublemente vinculados –pues el primero está destinado a integrarse en el injusto proyectado del segundo–, desde el punto de vista formal-normativo, estamos ante figuras delictivas cuyo contenido de injusto y punibilidad deben ser consideradas completamente independientes.

La mentada independencia normativa entre ambas figuras me persuade de que no puede compartirse el argumento del tribunal de la instancia previa y según el cual el carácter inidóneo del ofrecimiento de dinero que el acusado Van De Loo le realizó a Mario Ábrego se deriva, entre otras cosas, del carácter «tardío» de la maniobra; esto es, de la circunstancia de que el último de los mencionados no podía modificar el dictamen ya realizado. Primero, porque la viabilidad fáctica de la tarea que, según el art. 256 del CP, el funcionario se compromete a «*hacer, retardar o dejar de hacer*», es irrelevante para delimitar la idoneidad del ofrecimiento y, con ello, el carácter típico de la

oferta realizada por el particular y constitutiva del delito de cohecho activo previsto por el art. 258 bis del CP. Segundo, porque dicho razonamiento no ha sido suficientemente fundado por el tribunal de la instancia previa. En concreto, no existe ninguna razón de peso que permita sostener que el funcionario destinatario del ofrecimiento hubiera estado impedido de realizar un nuevo dictamen, modificando las apreciaciones realizadas en relación con las condiciones de viabilidad del negocio ofrecido, ni tampoco puede descartarse que ese nuevo dictamen tuviera algún efecto en la Administración Pública.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal, adelanto aquí que, en relación con la primera cuestión, coincido con la solución propuesta al acuerdo por mi colega preopinante. Así las cosas, considero que corresponde acoger sustancialmente la impugnación oportunamente deducida contra la sentencia absolutoria dictada en favor de Nicolás Hernán Van de Loo Ojeda; y ello, porque también coincido en que resulta procedente el agravio según el cual se afirma que el tribunal de la instancia previa, al considerar atípica la conducta del acusado, ha incurrido en una errónea aplicación de la ley penal sustantiva. No obstante, las razones que fundamentan la conclusión precedente son distintas a las expresadas en el voto preopinante, de modo tal que estimo pertinente dejarlas aquí expresadas.

a.- Breve exposición de los argumentos utilizados por el tribunal de la instancia previa

El punto de partida del razonamiento esgrimido por el tribunal radica en poner de manifiesto la debilidad de la *ratio legis* del delito de cohecho activo. Así, en los fundamentos de la sentencia, el tribunal pone de relieve que la figura delictiva en cuestión constituye una expresión característica del adelantamiento de la punibilidad a estadios muy previos a la lesión del bien jurídico –aquí, la Administración Pública–. En el delito de cohecho activo previsto en el art. 258 del CP, se busca solventar, por vía legislativa y estableciendo un tipo propio de autor, los problemas que plantea, a nivel de intervención delictiva, la participación –mediante instigación– del *extranei* en los delitos especiales. En definitiva: a través de la criminalización del cohecho activo, el legislador ha tipificado de manera autónoma un comportamiento realizado en fase pre-ejecutiva, característico de instigación y que, para cualquier otra figura delictiva en la que el *intraneus* no comience la ejecución del delito, permanece impune.

Una vez que se ha puesto de manifiesto que el tipo penal de cohecho activo no es más que la criminalización autónoma de las conductas de sujetos *extranei* que, si bien son incapaces por sí mismas de poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido, son constitutivas de instigación al posterior delito del *intranei*, el tribunal de la instancia previa entiende que ello hace posible afirmar que «las reglas de interpretación del alcance del tipo deben ser restrictivas en comparación a la actuación del funcionario público, garante del

bien jurídico 'Administración Pública', por la posición institucional que ocupa». Por esa razón, «*para cumplimentar el injusto típico del delito de cohecho no vale cualquier promesa, sino que ésta ha de estar dotada de cierta objetividad, entidad e idoneidad para colmar las exigencias típicas de aquel delito*» (ver, al respecto, Fundamentos, p. 16).

Así las cosas, el tribunal de la instancia previa asegura que el ofrecimiento típico de cohecho activo debe consistir en una promesa que tenga capacidad para ser cumplida pues, de lo contrario, no es posible afirmar que esta resulta idónea –por supuesto, desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*– para torcer la voluntad del funcionario y, de ese modo, poner en peligro el bien jurídico protegido. Según el tribunal de juicio, es precisamente eso lo que está ausente en este caso: atento a las circunstancias en las que habría tenido lugar el ofrecimiento, se trata de una promesa completamente inidónea y no puede considerarse una conducta típica de cohecho activo.

La conclusión precedente encuentra sustento, según el tribunal de la instancia precedente, en cinco argumentos distintos.

El primer argumento, alude a las circunstancias económicas propias del acusado: el análisis patrimonial de Van De Loo demuestra que este sujeto no podía afrontar el pago de semejante dádiva pues, al momento del hecho, los ingresos mensuales del imputado no superaban los \$100.000, residía junto con su pareja y su hija menor de edad en el garaje de la casa de su padre, el cual había sido acondicionado para vivienda, pues no podía costearse otra vivienda.

El segundo argumento, alude a la difícil situación económica que atravesaba la persona jurídica *STROYPROJECT W. M. S.A.*, de la cual el acusado Van de Loo era vicepresidente. Esta situación económica acuciante de la empresa se debía a que la provincia de Mendoza era su único cliente de cierta envergadura –si bien tiene otro cliente, en la provincia de Jujuy, este era de mucho menor entidad– y, además, se había atrasado de forma considerable en el cumplimiento de los pagos. En concreto, la provincia de Mendoza le debía a la empresa una suma de U\$D 549.000 (liquidables al valor del dólar oficial), de modo tal que esta última se encontraba, prácticamente, en una situación de cesación de pagos respecto de sus empleados. Con base en lo anterior, el tribunal de la instancia previa afirma que el ofrecimiento o promesa de entrega de dinero tampoco podría ser eventualmente cumplido por dicha unidad económica y, además, esta circunstancia era perfectamente conocida por Mario Ábrego y el resto de los funcionarios que prestaron declaración testimonial en juicio.

El tercer argumento, está relacionado con la posibilidad de que dicho pago fuera realizado por *STROYPROJECT EOOD*, empresa constituida en Bulgaria y representada en la Argentina por el acusado Van de Loo. Según el tribunal de la instancia precedente, si el pago de la suma eventualmente ofrecida debía ser materializado por dicha empresa búlgara o su presidente –Krusharski–, entonces el Ministerio Público Fiscal debió incorporar prueba o indicio alguno que permitiera respaldar esa conclusión. El tribunal de la instancia previa destacó en este punto que, pese al análisis del contenido de las computadoras y teléfonos secuestrados en el domicilio del imputado, no se pudo hallar elemento alguno que permitiera sustentar esta hipótesis.

En cuarto lugar, el tribunal afirma que la falta de idoneidad objetiva de la maniobra para provocar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, puede fundarse en dos circunstancias concretas. Por un lado, en que, al momento del ofrecimiento de la dádiva, el informe técnico negativo elaborado por Mario Ábrego –y en el que habían intervenido diversos técnicos de AEMSA– ya había sido firmado y notificado al resto de las áreas de la empresa que tenía en comodato los aviones cuyo alquiler y traslado se pretendía con el negocio, de modo tal que este debía considerarse prácticamente irrevocable. Por el otro, dicho informe tampoco es condición suficiente para la contratación, ni tampoco su contenido es de carácter vinculante para el órgano de la administración pública con quien debía celebrarse el contrato. En efecto, los funcionarios públicos que prestaron declaración en el juicio explicaron que AEMSA utiliza los aviones en cuestión a título de mera comodatoria, de modo tal que, para el caso en que el informe técnico hubiera sido positivo –o se hubiera revertido posteriormente el informe negativo–, todavía era necesario que, para la viabilidad del negocio ofrecido, se expida la asesoría letrada del Ministerio de Economía y otras áreas del Gobierno, pues la titular de la propiedad de los aviones era la provincia de Mendoza.

Por último, el tribunal de la instancia previa argumenta que el ofrecimiento tampoco podía considerarse serio debido a que la suma eventualmente prometida en dádiva, atento al monto total del negocio que se pretendía realizar, da cuenta de una operación económicamente irrisoria. En este sentido, afirmó el tribunal de juicio que *«el pago de un soborno debe resultar rentable en la relación costo/beneficio»*, de modo tal que resulta al menos sospechoso que Van De Loo se comprometiera a pagar en soborno un monto que prácticamente representa la mitad de la suma ofrecida en concepto de alquiler del contrato de € 200.000, pues de ese modo *«perdía en el soborno la mitad del contrato, lo que lo hace difícilmente explicable en términos de rentabilidad»*.

b.- Análisis crítico de la argumentación ofrecida por el tribunal

Expuestos los lineamientos centrales de la estructura argumental utilizada en la sentencia absolutoria, corresponde abocarse al análisis crítico de la misma.

En este punto, debo dejar sentado desde un principio que, a diferencia de lo que ha sostenido mi colega en el voto preopinante, comparto el punto de partida metodológico utilizado por el tribunal de la instancia previa en su razonamiento. En efecto, coincido con el tribunal de juicio cuando afirma que la tipificación del cohecho activo constituye un adelantamiento brusco de la punibilidad que pretende solventar, por vía legislativa, la impunidad de la intervención delictiva, en fase pre-ejecutiva y a título de instigación, por parte de un *extranei* en un delito especial propio. Dicho de otro modo, el ofrecimiento de un soborno es siempre y en todo caso, al menos desde un punto de vista material, un supuesto de intervención motivacional en el injusto culpable proyectado del funcionario público capaz de acceder a –y, por tanto, lesionar– el bien jurídico *«Administración Pública»*.

La correcta caracterización dogmático-estructural que ha realizado el tribunal de la instancia previa sobre el delito de cohecho activo resulta, a mi juicio, de fundamental importancia. En efecto, al describir el delito

en cuestión como un caso que, en términos dogmáticos-estructurales, constituye un supuesto de instigación en el injusto proyectado de otro, es posible focalizar la atención en la macro-categoría dogmática de la intervención motivacional en el delito. Este paso es determinante porque permite delimitar con precisión el contenido de injusto del comportamiento del agente motivador, independientemente de cuál sea la calificación legal que dicha conducta reciba en el concreto ordenamiento. Dicho contenido de injusto radica en que, al hacer nacer o reforzar la resolución al hecho en el agente motivado al delito, el inductor o cómplice psíquico provoca una disrupción comunicativa o interferencia en la función motivacional de la norma de conducta.

Una vez delimitado el núcleo del contenido de injusto de esta clase de conductas, cabe destacar también que, en la dogmática de la intervención motivacional, la figura del *omnimodo facturus* constituye el eje conceptual mayormente utilizado por la doctrina para distinguir entre los casos de inducción –supuestos en los que el agente motivador crea o genera la resolución al hecho delictivo en el sujeto de delante– y aquellos otros casos de complicidad psíquica –supuestos en los que el agente motivador sólo refuerza una resolución al hecho ya existente en el sujeto de delante–. Ahora bien, la distinción precedente responde al título de intervención motivacional según el grado o *quantum* de la motivación que el agente de atrás introduce en el agente de delante; esto es, se trata de una cuestión *cuantitativa*.

No obstante, el tribunal de la instancia previa también ha acertado metodológicamente en su resolución judicial cuando, de forma previa a la consideración relativa a la graduación del *quantum* de intervención motivacional, considera del todo necesario identificar cuáles son las conductas de motivación al delito –en este caso, de cohecho activo– que generan un riesgo penalmente relevante y, por tanto, objeto de un juicio de desaprobación típica –aquí, según el art. 258 del CP–.

Pues bien, a deslindar esa frontera entre lo permitido y lo prohibido se dedicó el tribunal en sus fundamentos y, para ello, utilizó un esquema argumental que también considero sistemáticamente acertado. En efecto, la premisa de partida establecida radica en que la tipificación autónoma del delito de cohecho activo supone que el legislador ha puesto en marcha una estrategia doble de adelantamiento de la punibilidad. Por un lado, se trata de «rebajar el umbral del ataque que se considera penalmente relevante», pues se castiga de forma autónoma la intervención motivacional, sin requerir comienzo de ejecución del hecho proyectado; por otro, dicho adelantamiento de la barrera de punibilidad se produce en delitos contra «bienes jurídicos colectivos», lo cual supone ya, por sí mismo, un desprendimiento del principio de lesividad (ver, al respecto, JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997, pp. 293 y ss.). Frente a ello, la única posibilidad de delimitar de forma racional los comportamientos que se consideran punibles recae en el Poder Judicial, quien debe proceder mediante la interpretación teleológico-restrictiva del tipo en cuestión (en el mismo sentido ver, en detalle, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., BdeF, 2011, p. 195; EL MISMO, *Malum Passionis*, Atelier, 2018, p. 47).

En definitiva, coincido con el tribunal de la instancia previa cuando afirma que, debido a la estructura material del tipo penal en cuestión –que

castiga de forma autónoma un supuesto de intervención motivacional a título de inducción, sin requerir el comienzo de ejecución en el injusto proyectado del funcionario—, es necesario proceder mediante una interpretación teleológico-material que establezca, desde un inicio, cuáles son las conductas objeto de desaprobación. Así las cosas, con base en dicha interpretación y a los fines de considerar el comportamiento del agente como una conducta típicamente desaprobada de cohecho activo, es necesario concluir ya de entrada que no toda clase de ofrecimiento puede considerarse objetiva y subjetivamente típica. Por el contrario, el acto de ofrecimiento de la dádiva por parte del *extranei* al funcionario público, para considerarse un quebrantamiento culpable de la norma de conducta que deriva del tipo penal contenido en el art. 258 del CP, debe exhibir ciertas características que no están contenidas en la literalidad del tipo. Dicho de otro modo: si es posible afirmar que hay formas permitidas de intervenir *materialmente* en un hecho delictivo —a saber, la conocida teoría de las conductas neutrales—, es del todo razonable afirmar que existan formas permitidas de intervenir *motivacionalmente* en un hecho delictivo, y esto es independiente de si dicha conducta ha sido tipificada de forma autónoma, como es el caso del cohecho activo.

Dicho lo anterior, es momento de expresar aquello que no comparto con el tribunal de la instancia previa y, por tanto, el núcleo de los argumentos por los cuales considero que debe anularse la resolución recurrida. El primero de esos argumentos es de índole político-criminal; el segundo, un argumento estrictamente dogmático y vinculado al criterio que considero correcto al momento de hacer una interpretación teleológico-restrictiva del tipo penal en cuestión.

En relación con el argumento de índole político-criminal, considero que el caso traído a consideración de esta instancia mediante el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, pone de relieve una cuestión reiterada en materia de delitos contra la Administración Pública, a saber, que «*el hilo siempre se corta por lo más fino*». Dicho de otro modo, no es posible afirmar que nos encontremos ante una investigación seria de un caso de corrupción importante, en el que se haya puesto de manifiesto el esfuerzo institucional del Estado o sus empresas vinculadas para detectar e investigar esta clase de conductas delictivas. Más bien al contrario: nos encontramos ante una empresa cuya situación económica es de práctica insolvencia y una persona física joven, de escasa experiencia empresarial en contratación pública y cuya capacidad adquisitiva acreditada en la causa revela una posición económica bastante endeble. No obstante, al menos en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, entiendo que no corresponde a los jueces hacer consideraciones político-criminales, propias de un principio de oportunidad, en función de las cuales restringir el campo de aplicación de los tipos penales por considerar el hecho como un supuesto de delincuencia de bagatela. En delitos de corrupción, atento a que el legislador se ha decidido definitivamente por adelantar la punibilidad a estadios muy previos a la lesión, no parece legítimo que el juez pueda, mediante el recurso a razones y argumentos de política-criminal, desoír dicha pretensión.

En relación con lo estrictamente dogmático, cabe destacar que dicho argumento está vinculado a las características específicas que debe exhibir el comportamiento del agente a los fines de poder ser considerado

como una infracción o quebrantamiento culpable de la norma de conducta que es posible derivar del texto legal contenido en el tipo penal pertinente. En este punto, el tribunal del juicio ha afirmado que la tipicidad objetiva del comportamiento en cuestión depende de que la conducta enjuiciada exhiba, ya desde una perspectiva *ex ante*, una cierta *idoneidad* para generar un riesgo de producción del resultado lesivo, esto es, que la promesa de dádiva ofrecida por el *extranei* pueda ser capaz de torcer la voluntad del funcionario *intranei* en cuestión; así como también cierta verosimilitud objetiva o capacidad real para ser eventualmente cumplida, esto es, que la posibilidad de entrega de la dádiva por parte del sujeto activo no aparezca, en el caso concreto, como absolutamente improbable.

Pues bien, en mi opinión, es precisamente aquí que el razonamiento del tribunal de la instancia previa luce deficitario. El problema que advierto, en definitiva, se asienta en el hecho de haber recurrido al carácter *idóneo/inidóneo* del comportamiento para lograr la producción del resultado típico –en sentido amplio, como lesión o puesta en peligro del bien jurídico, para hacer referencia a la posibilidad de torcer la voluntad del funcionario público que, luego, estará en condiciones de lesionar la Administración Pública– como criterio decisivo para delimitar el carácter típico de la conducta, esto es, para decidir el *sí o no* de la tipicidad objetiva.

En este sentido, considero que la mayor o menor idoneidad que –incluso desde una perspectiva *ex ante*– pueda predicarse respecto de la capacidad de dicho comportamiento para generar el estado de cosas desvalorado por el tipo –a saber, el resultado típico en tanto lesión o puesta en peligro concreto o abstracto–, sólo puede considerarse relevante para decidir el *quantum* de injusto que el autor expresa mediante su comportamiento, pero no es un criterio válido para definir su naturaleza de injusto penalmente relevante. Este argumento se pone de relieve cuando uno recurre a la dogmática de la tentativa y, en concreto, al fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea. En efecto, cuando se trata de determinar si una conducta de tentativa puede considerarse abarcada por la prohibición –o el mandato–, los criterios con los cuales debe definirse semejante cuestión deben estar vinculados al carácter *racional o irracional* de la toma de posición que, en tanto expresión de sentido penalmente relevante y frente a la norma de comportamiento respectiva, realiza el autor a través de su comportamiento.

Conforme a la distinción anterior, resulta enteramente diferente afirmar, por un lado, el carácter inidóneo del comportamiento del agente para la provocación del resultado típico y, por otro, afirmar el carácter irracional de dicho emprendimiento para determinar su carácter infractor de la norma de conducta respectiva –cuestión esta última que, en mi opinión, sí resulta determinante para el juicio de tipicidad objetiva *ex ante* del comportamiento del agente–.

Así las cosas, la dogmática de la tentativa muestra que aquello en virtud de lo cual debe decidirse el carácter objetivamente típico de la conducta de cuya desaprobación jurídica se trata –en un juicio *ex ante*–, poco tiene que ver con el hecho de si este se considera idóneo o inidóneo para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido. El carácter punible de semejante comportamiento –absolutamente inidóneo para producir el estado de cosas desvalorado– depende del carácter racional del razonamiento práctico en

función del cual el concreto autor, según su representación al momento del hecho, toma posición frente a la norma respectiva, pues allí radica, precisamente, la respuesta a si esa conducta constituye el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento punitivamente reforzada.

Una vez que se modifica el criterio específico para atribuir relevancia típica al comportamiento desaprobado del cohecho activo, se advierte con facilidad la razón por la que la argumentación del tribunal de la instancia previa no puede considerarse procedente. En este sentido, es irrelevante si la conducta del acusado fue desplegada una vez que el informe técnico ya había sido emitido o si todavía restaban pasos burocráticos para tomar la decisión definitiva. El tipo penal del cohecho activo sólo exige, para calificar como penalmente desaprobada la conducta del agente, que este haya realizado un comportamiento que, desde una perspectiva *ex ante*, pueda definirse como un proyecto racional para hacer surgir la resolución al hecho delictivo en el sujeto de delante. En otros términos: la norma de comportamiento derivable del art. 258 del CP prohíbe al agente realizar conductas que generen, en el sujeto de delante, la voluntad de realizar un hecho delictivo y, de ese modo, interferir en la motivación al cumplimiento de la norma.

En este esquema, también el eventual cumplimiento de la promesa o entrega de la respectiva dádiva por parte del oferente, resulta irrelevante. En efecto, lo anterior puede luego no tener lugar y, más allá de ello, que el funcionario a quien estaba destinada la dádiva, ya haya realizado las conductas constitutivas del injusto proyectado correspondiente (según el texto legal respectivo, las conductas previstas por los arts. 256, 256 bis, segundo párrafo y 257). Precisamente por ello, la argumentación del tribunal de la instancia previa y relativa a la capacidad económica del agente y el eventual cumplimiento efectivo de la dádiva, sólo debe considerarse pertinente para determinar el carácter racional del proyecto del agente –esto es, si dicho ofrecimiento resulta creíble, desde una perspectiva *ex ante*, para el funcionario destinatario–, pero no para condicionar la tipicidad del comportamiento al eventual cumplimiento efectivo de la promesa precedente.

c.- Conclusión

Con base en las consideraciones precedentemente expuestas, entiendo que asiste razón al recurrente cuando afirma que la resolución judicial devenida en crisis ha hecho una aplicación errónea del Derecho penal sustantivo. En efecto, el carácter penalmente relevante de la conducta atribuido al acusado Van De Loo no puede definirse con base en la idoneidad que esta exhiba para lesionar o poner en peligro el bien jurídico respectivo. El criterio que considero acertado para determinar la tipicidad –esto es, la desaprobación jurídico penal de la conducta del agente–, tal y como demuestra la dogmática de la tentativa, debe estar vinculado a la toma de posición racional y contraria a la norma de comportamiento respectiva, esto es, aquella que prohíbe al agente realizar conductas que generen, en el sujeto de delante, la voluntad de realizar un hecho delictivo. En el caso concreto, dicha conducta consiste en obstaculizar la función motivadora de la norma de comportamiento penalmente reforzada mediante la promesa de una recompensa económica por la eventual lesión al bien jurídico Administración Pública, delito cuyas probabilidades de ser descubierto y sancionado, como es por todos conocido, resulta escasa.

Con base en las consideraciones precedentemente expuestas, considero que debe responderse de forma afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO F. GARAY CUELI; JULIO R. GÓMEZ Y NORMA LLATSER adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación formulado, adelanto que corresponde rechazar el recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 2.453, pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

La solución que propicio no se sustenta, en lo sustancial, en la reclamada «debida perspectiva anticorrupción» –cuestión que será examinada en el apartado pertinente–, ni en una discrepancia dogmática abstracta acerca de la estructura y los elementos del delito de cohecho activo, como lo plantea el Ministerio Público Fiscal al invocar la causal prevista en el art. 474 inc. 1 del Código Procesal Penal, esto es, un vicio in iudicando. La cuestión decisiva se sitúa en un momento necesariamente anterior: determinar cuáles son los hechos que el tribunal de la instancia anterior tuvo por probados. Solo una vez establecida esa premisa fáctica resulta jurídicamente posible abordar el segundo nivel del análisis, consistente en establecer si el comportamiento así acreditado satisface los elementos de la figura penal cuya aplicación se pretende, en el caso, el art. 258, primer supuesto, en función del art. 256 del Código Penal.

Para justificar esta conclusión, el análisis seguirá un orden deliberadamente secuencial, pues la cuestión sometida a decisión exige distinguir planos que el planteo recursivo presenta, en algunos pasajes, indebidamente entremezclados. A tal fin, el tratamiento se organizará del siguiente modo: (i) en primer término, se efectuará una precisión de carácter metodológico acerca del modo en que será abordado el caso, como cuestión previa necesaria para ordenar el examen de los restantes agravios; (ii) seguidamente, se considerará la denominada «perspectiva anticorrupción» reclamada por el Ministerio Público Fiscal, a fin de establecer su verdadero alcance y sus límites frente a las exigencias que gobiernan la determinación de los hechos y la aplicación de la ley penal; (iii) luego, se examinará qué fue, en rigor, lo que resolvió la sentencia recurrida, con particular atención a que el supuesto ofrecimiento de dinero no fue tenido por categóricamente acreditado; y (iv) finalmente, se examinará la deficiencia del planteo recursivo.

(i) Consideración metodológica previa

Corresponde señalar, en primer término, que estimo la sentencia exhibe cuestiones metodológicas en el método expositivo de los fundamentos, los mismos no son esenciales, pero que ellos pueden haber influido en la comprensión del Ministerio Público Fiscal quienes la receptaron equivocadamente.

El estilo forense exige, en cambio, un lenguaje claro, directo y preciso. En tal sentido, el art. 411 inc. 2 del CPP establece que la sentencia debe contener una «*exposición concisa de los motivos de hecho y derecho en que se basen*», mientras que el inc. 3 de la misma disposición exige «*la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado*». A su vez, el art. 416, al establecer el contenido de las sentencias bajo pena de nulidad, dispone en su inc. 2 la determinación circunstanciada del hecho que se estime acreditado y que fuera objeto de la acusación.

Esta exigencia no constituye una regla aislada, sino que se corresponde –y es coherente– con la estructura general del sistema procesal penal.

Así, el art. 271, al regular la imputación, dispone que, cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye. El art. 353 contempla, entre las causales de sobreseimiento, tanto que el hecho investigado no se haya cometido o no lo haya sido por el acusado, como que el hecho no encuadre en una figura penal. Por su parte, el art. 358 exige que la acusación contenga, bajo pena de nulidad, una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, sus fundamentos y la calificación legal; y el art. 392 contempla expresamente la hipótesis en que, como resultado del debate, el hecho resulte diverso del enunciado en la acusación.

El conjunto de estas disposiciones revela que el sistema procesal estructura la atribución jurídico-penal sobre una secuencia necesaria: hecho → calificación legal como una exigencia normativa que no puede ser soslayada. Primero debe delimitarse el hecho que constituye el objeto de la imputación y, en la sentencia, determinarse aquel que se tiene por acreditado; solo a partir de esa premisa fáctica puede ingresarse y, por tanto, establecerse su eventual significación jurídico-penal.

No se trata, por tanto, de dos cuestiones independientes ni de una mera preferencia metodológica. El razonamiento judicial en materia penal se articula en niveles sucesivos y jurídicamente dependientes. El primero consiste en determinar si el hecho atribuido ha sido acreditado y cuáles son las circunstancias que lo integran; el segundo, presupuestos aquellos extremos, consiste en establecer si el comportamiento probado satisface los elementos objetivos y subjetivos de un determinado tipo penal. Existe, así, una relación de precedencia lógica y dependencia jurídica entre ambos niveles: la calificación legal presupone necesariamente la existencia de un supuesto fáctico previamente determinado, porque la tipicidad es, precisamente, el juicio de subsunción de un hecho concreto en una descripción legal abstracta.

Esta secuencia encuentra, además, fundamento en el principio de legalidad penal y en las garantías que delimitan el ejercicio de la jurisdicción. La ley penal no permite atribuir responsabilidad sobre la base de una calificación jurídica considerada en abstracto, sino mediante la subsunción de un hecho concreto, previamente determinado y acreditado con el grado de certeza exigible, en una figura legal cuyos elementos deben encontrarse satisfechos. Por ello, la dogmática penal no puede sustituir la determinación del hecho ni la prueba de sus elementos constitutivos: antes de preguntarse si un

comportamiento es típico, es necesario establecer cuál fue el comportamiento que efectivamente tuvo lugar y que puede ser jurídicamente atribuido al acusado.

En consecuencia, solo una vez determinado el hecho que se tiene por probado corresponde ingresar a su calificación legal. Si el presupuesto fáctico no ha sido acreditado o sus circunstancias relevantes no han sido suficientemente determinadas, el examen de la subsunción carece del objeto concreto sobre el cual proyectarse. A la inversa, la mera correspondencia abstracta entre una descripción legal y un comportamiento genéricamente atribuido no permite afirmar la configuración del delito. La determinación del hecho probado constituye, así, el presupuesto lógico-jurídico ineludible de la subsunción típica: sin hecho probado no hay, todavía, calificación penal posible.

(ii) Alcance de la denominada «perspectiva anticorrupción»

Conforme surge del escrito recursivo, el primer agravio del recurso sostiene que el tribunal omitió adoptar la denominada «perspectiva anticorrupción» que, según la parte recurrente, deriva del bloque normativo internacional incorporado por la República Argentina. Si bien el voto preopinante recoge y desarrolla extensamente ese planteo, su adecuado examen exige efectuar previamente una precisión conceptual acerca del alcance que puede reconocerse a una perspectiva de esa naturaleza dentro de nuestro sistema constitucional, de las competencias que corresponden a los distintos órganos estatales en materia de política criminal y de las directivas que el ordenamiento jurídico impone a los jueces al ejercer la función jurisdiccional. Sin esa delimitación previa, la invocación de una «perspectiva anticorrupción» corre el riesgo de convertirse en una fórmula abierta, en una entelequia susceptible de desplazar las reglas jurídicas del sistema constitucional sin identificar cuál sería la concreta disposición normativa que autorizaría ese desplazamiento.

En este sentido, estimo útil, pertinente y necesario anticipar el tratamiento de este punto con una precisión conceptual acerca del término «perspectiva». Según el Diccionario de la lengua española, el vocablo «perspectiva» proviene del latín tardío *perspectivus*, derivado de *perspicĕre*, «mirar a través de», «observar atentamente», y, en la acepción que aquí interesa, refiere al «punto de vista desde el cual se analiza o se interpreta un asunto». Se trata, por tanto, de un concepto que designa la posición particular desde la cual un sujeto observa, analiza o interpreta una determinada realidad.

Lo apuntado resulta pertinente para el caso, pues la noción de «perspectiva» remite necesariamente a un determinado punto de observación y, por consiguiente, a la posición desde la cual se aborda el objeto de análisis. La perspectiva supone, así, un sujeto que la adopta y una determinada posición desde la cual observa la realidad, y no hay dos sujetos que adopten idéntica perspectiva desde posiciones institucionales diferentes.

Ahora bien, precisado el alcance del vocablo, conviene señalar que, en nuestro modelo republicano federal, la política criminal no constituye una categoría unitaria cuya definición y ejecución correspondan a un único actor institucional. Comprende distintas dimensiones y niveles de actuación - federal y provincial-, distribuidos entre órganos que, de acuerdo con la

separación de poderes y la distribución constitucional de competencias, desempeñan funciones diferenciadas.

La **tipificación** de las conductas delictivas y sus sanciones es competencia del Congreso Nacional (art. 75 inc. 12 CN), que sanciona el Código Penal y las leyes penales especiales. Las **normas procesales** –que regulan la investigación, el juzgamiento y los recursos– y las **normas de ejecución penal** –que establecen el régimen penitenciario y las modalidades del cumplimiento de la pena– son competencia del Congreso Nacional en materia federal y de las legislaturas provinciales en el ámbito local.

La **efectivización del cumplimiento de las penas** está a cargo del Poder Ejecutivo –nacional o provincial según la jurisdicción– a través de las unidades carcelarias y organismos administrativos correspondientes, bajo el control jurisdiccional de los jueces. La **política de persecución penal y la política de ejecución penal** –como componentes específicos de la política criminal en sentido técnico– son reglas de actuación y atribución del Ministerio Público Fiscal, que las diseña e implementa conforme a las leyes de organización y funcionamiento y a las normas procesales aplicables, debiendo actuar en defensa de los intereses de la sociedad y en coordinación con los órganos que la ley determina –en Mendoza, la Ley Orgánica N° 8.008 y sus modificaciones, arts. 28 inc. 6 y 7–. Las **políticas de prevención del delito** pueden ser impulsadas por el Congreso, las legislaturas o los Poderes Ejecutivos nacional o provinciales.

Dentro de ese esquema de competencias diferenciadas, a los jueces corresponde una función propia e irreductible: resolver los casos sometidos a su conocimiento mediante la aplicación del derecho vigente, con independencia, imparcialidad e igualdad. No se trata de una facultad discrecional. La Constitución de Mendoza establece que «los Tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley» (art. 148) y que las sentencias deben fundarse en el texto expreso de la ley y, en su defecto, en los principios jurídicos de la legislación vigente, los principios generales del derecho y las circunstancias del caso, determinando en definitiva cuál es el derecho aplicable (art. 149). Ese deber integra las condiciones constitucionales del ejercicio de la magistratura y se corresponde con las restantes directivas que el ordenamiento establece para la interpretación y aplicación del derecho (arts. 1, 14, 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; arts. 34, 148 y 149 CMza.). La interpretación correcta no es la que el juez prefiere: es la que el ordenamiento jurídico impone. Los jueces debemos actuar conforme a las directivas interpretativas que el propio ordenamiento jurídico establece. La interpretación judicial no puede descansar, por tanto, en la preferencia personal del juzgador acerca de la solución que considera deseable, sino en las razones que puedan extraerse del derecho aplicable al caso.

Entre esas directivas constitucionales interpretativas, el art. 19 de la Constitución Nacional ocupa un lugar central y particularmente relevante para el caso que nos ocupa. Esa norma establece que «*ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*». En su dimensión interpretativa –que nuestra jurisprudencia constitucional ha reconocido consistentemente– el art. 19 CN consagra una **directiva de interpretación a favor de la libertad y de los derechos de los habitantes**.

En el modelo constitucional argentino, los habitantes tienen derechos y libertades anteriores al Estado que este solo puede restringir reglamentándolos mediante la ley, la cual no puede violar el principio de inalterabilidad (art. 28 CN). Ese sistema se diferencia de los modelos europeos donde los derechos y libertades existen en la medida en que la ley los otorga o reconoce. En el nuestro, el poder estatal tiene atribuciones y competencias solo en la medida en que la Constitución y la ley expresamente se las reconocen; la libertad de los habitantes es el punto de partida. Esa arquitectura constitucional no es una preferencia del juez ni una opción metodológica disponible: es una directiva que el ordenamiento impone. En materia penal –la expresión más intensa del poder coactivo del Estado– esa directiva impone interpretar **taxativa y restrictivamente** por mandato constitucional la potestad punitiva, y a favor de la libertad del imputado. No porque así loelijamos, sino porque así lo manda la Constitución.

Desde esta perspectiva, la invocación de la denominada «perspectiva anticorrupción» no puede operar como una fuente autónoma de poder jurisdiccional ni como una habilitación para modificar el alcance de la ley penal. Los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de prevención y persecución de la corrupción son jurídicamente relevantes y deben ser cumplidos por los órganos estatales dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Pero de ello no se sigue que los jueces puedan, bajo esa denominación, alterar los elementos de un tipo penal, flexibilizar las exigencias probatorias, invertir la carga de la prueba o resolver un caso a partir de una finalidad político-criminal predeterminada en la ley.

Desde mi visión, invocando las Convenciones internacionales anticorrupción, el recurso pretende que los jueces adoptemos de oficio una "perspectiva" que invierta doblemente las directivas constitucionales: que resolvamos al margen del modelo constitucional adversarial y, con ello, que interpretemos el tipo penal del art. 258 del Código Penal de manera expansiva, incorporando elementos no escritos, rebajando estándares probatorios y orientando la decisión hacia un resultado predeterminado. Esa pretensión choca con un límite constitucional insuperable (arts. 148 y 149 Constitución de Mendoza) y viola el principio de igualdad consagrado en el art. 7 Constitución de Mendoza –que establece no sólo que todos los habitantes somos iguales ante la ley, sino que además impone que ésta debe ser una misma para todos y, fundamentalmente, que debe tener una acción y fuerza uniforme– y en el art. 16 CN.

En este punto, debe recordarse que la igualdad, en tanto principio jurídico, además de encontrarse expresamente reconocida por la Constitución Nacional y la Constitución de la Provincia de Mendoza, constituye también un mandato de fuente convencional, a partir de las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos que, conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, gozan de jerarquía constitucional.

Así, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»; el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que «Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna»; el artículo 24 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley»; y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley», imponiendo además al Estado el deber de prohibir toda discriminación y garantizar una protección igual y efectiva frente a ella.

A estas disposiciones se suma la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cuyo artículo 2 impone a los Estados Partes el compromiso de «consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio» (inc. a). Este mandato debe ser considerado conjuntamente con el artículo 15, incisos 1 y 2, que reconoce a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley y, en particular, su igual capacidad jurídica.

De este modo, el principio de igualdad presenta una dimensión constitucional y convencional que debe ser necesariamente considerada en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el reconocimiento de esa dimensión convencional no supone desplazar las restantes normas y principios que integran el sistema constitucional argentino ni autoriza, por sí solo, a prescindir de las reglas jurídicas aplicables al caso.

Tampoco los tratados internacionales proporcionan fundamento para una operación de esa naturaleza. El art. 27 de la Constitución Nacional establece que los tratados que celebre la Nación deben estar de acuerdo con los principios de derecho público establecidos en ella. A su vez, el artículo 75, inciso 22, al conferir jerarquía constitucional a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos, dispone expresamente que estos «*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*».

La regla de complementariedad allí establecida reviste particular importancia. Los instrumentos internacionales incorporados con jerarquía constitucional integran el sistema de protección de derechos y deben ser considerados conjuntamente con las garantías reconocidas por la Constitución Nacional; pero su incorporación no habilita a desconocer una regla constitucional expresa ni a atribuirles un alcance que resulte incompatible con ella. En igual sentido, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impide interpretar sus disposiciones en un sentido que permita suprimir o limitar el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento interno.

Por consiguiente, los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino deben ser interpretados y aplicados en armonía con el sistema constitucional en el que se incorporan. Su fuerza normativa no reside en la posibilidad de desplazar discrecionalmente las reglas constitucionales o legales vigentes, sino en integrar y complementar el sistema de derechos y garantías conforme al orden de prelación establecido por la propia Constitución. De ahí que, invocar las Convenciones anticorrupción para invertir

la directiva del art. 19 CN resulta inconstitucional e inconvencional: ningún tratado puede producir el efecto que el art. 75 inc. 22 CN expresamente le prohíbe.

Esta afirmación encuentra además sustento en la diferencia estructural entre el sistema constitucional argentino y el modelo alemán, que la influencia académica europea suele introducir en nuestro debate jurídico sin advertir la incompatibilidad. La Ley Fundamental alemana de 1949, en su art. 20.3, dispone que el poder judicial está sometido a "la ley y al Derecho" - concepción consagrada y fruto de la propia historia institucional, política, social y económica de Alemania, que habilita la construcción del "Derecho" por fuera del texto legal, como obra de la doctrina y la jurisprudencia-. En Argentina no existe esa dualidad. Nuestro sistema jurídico es un ordenamiento normativo cuyas únicas fuentes son las disposiciones constitucionales, convencionales y legales. No hay un "Derecho" suprallegal disponible para el juez que no comparta la solución que la ley establece. Como he señalado en los precedentes "Ibáñez" y "Almonte".

Con lo cual, invocar la "perspectiva anticorrupción" como autorización para apartarse del texto normativo importaría introducir subrepticamente el modelo alemán en un sistema constitucional que, por razones históricas y normativas propias, lo rechaza.

Ahora bien, a partir de esas apreciaciones se impone que la denominada «perspectiva anticorrupción» sea entendida, entonces, dentro de esos límites. Como he señalado en el precedente «Kraus», toda perspectiva que se invoque en la interpretación jurídica puede resultar legítima en la medida en que contribuya a asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y no sustituya las reglas que integran el ordenamiento vigente. Su función no consiste en modificar la ley para alcanzar un determinado resultado, sino en impedir que las normas existentes sean aplicadas de manera sesgada o desigual.

La perspectiva anticorrupción puede, así, constituir una herramienta válida para identificar y evitar prácticas que favorezcan indebidamente la impunidad de conductas alcanzadas por la ley; pero no puede convertirse en una autorización para crear tipos penales, ampliar sus elementos, reducir los estándares probatorios o tener por acreditados hechos que no han sido demostrados. Con lo cual, cuando la perspectiva se convierte en un mecanismo de escape de las reglas constitucionales, deja de ser una herramienta de la igualdad para transformarse en su negación.

Esta conclusión, salvando las distancias en orden a la naturaleza fenomenológica correspondiente, mantiene coherencia con aquello que desarrollara en mi voto en la causa «Zurita», respecto del alcance y los límites de la perspectiva de género –modelo analógico exacto de toda perspectiva invocada en la interpretación jurídica–. Allí señalé que esa perspectiva no puede convertirse en un adoctrinamiento sesgado ni en la imposición de un nuevo estereotipo, pues lo contrario reproduciría exactamente la lógica que pretende corregir: juzgar a las personas no por lo que hicieron sino por la categoría o grupo al que pertenecen, lógica incompatible con el modelo republicano de igualdad ante la ley que la Constitución consagra como ruptura con el derecho estamental. Y concluí que las decisiones, bajo cualquier

perspectiva, deben fundarse en el texto expreso de la Constitución, los Tratados, las leyes y su interpretación sistemática y armónica (art. 48 CMza). Lo que vale para la perspectiva de género vale con los mismos fundamentos para la perspectiva anticorrupción.

Con lo cual, queda claro que toda perspectiva debe proyectarse sobre el caso a través del derecho vigente y no en sustitución de este. La perspectiva de género, la perspectiva anticorrupción o cualquier otra que se invoque en el ejercicio de la función jurisdiccional encuentran, por ello, el mismo límite: deben servir para mejorar la aplicación igualitaria del derecho, no para modificarlo.

Esa pretensión viola el art. 7 de la Constitución de Mendoza en sus tres dimensiones constitutivas e inseparables: la igualdad ante la ley, que garantiza que todos los habitantes sean juzgados por los mismos estándares sin distinción de categorías; la igualdad de la ley, que exige que la norma sea la misma para todos sin que su contenido varíe según la materia o el acusado de que se trate; y la uniformidad en la acción y fuerza de la ley, que impone que su aplicación produzca efectos equivalentes en todos los casos sin modulaciones que perjudiquen a unos respecto de otros en razón de consideraciones ajenas al texto legal. La denominada «perspectiva anticorrupción» no puede, por tanto, generar un régimen excepcional de tipicidad o de valoración probatoria para los delitos contra la administración pública.

El art. 258 del Código Penal debe significar y aplicarse del mismo modo con independencia de que el caso sea percibido como particularmente grave o socialmente relevante. Pretender, por tanto, su aplicación con estándares de tipicidad diferenciados, o que se tengan por probados hechos que en los demás casos no podrían serlo, en razón de la perspectiva anticorrupción, es peticionar que se violen las tres dimensiones simultáneamente y es incompatible con el modelo constitucional provincial y nacional.

En este punto, dado que surge de los argumentos de la parte recurrente, no puede soslayarse que los casacionistas recurren, para justificar su pretensión, entre otras argumentaciones, a una singular concepción sobre la finalidad preventiva general que justificaría la interpretación extensiva del tipo penal en cuestión, dado que, «*el Derecho Penal es la regulación de un sistema de expectativas[...]*».

No obstante, advierto que esa pretensión de fundar una interpretación expansiva del tipo penal en la función que se atribuye al derecho penal –en términos de prevención general negativa, según entiendo a partir de los términos de la argumentación desarrollada–, o en la necesidad de estabilizar «expectativas normativas», no encuentra sustento en el sistema constitucional argentino.

Al respecto, resulta particularmente relevante lo resuelto por esta Corte en el Plenario «Ibáñez Benavidez», donde se hizo hincapié, a través de diversos argumentos, que el derecho penal argentino no puede justificarse en términos preventivos sin comprometer la dignidad de la persona sometida a proceso, en tanto ello implicaría utilizarla como instrumento para la transmisión de un determinado mensaje dirigido a terceros.

Desde esta perspectiva, cualquiera sea la concepción que se adopte acerca de las funciones que corresponden al derecho penal o a la pena, tales finalidades no pueden operar como fundamento autónomo para extender el ámbito de punibilidad más allá de los límites establecidos por el legislador. La *consecuencia* preventiva que eventualmente pueda reconocerse al sistema penal no autoriza al intérprete a incorporar al tipo penal supuestos que el legislador no incluyó ni a ampliar, por vía hermenéutica, el alcance de una prohibición penal.

En definitiva, si el hecho atribuido no se encuentra comprendido en la descripción legal o no ha sido acreditado conforme al estándar probatorio exigible –como se sostiene en el caso–, ninguna consideración relativa a las finalidades preventivas del derecho penal puede suplir esa ausencia. Los jueces no pueden introducir, bajo la invocación de objetivos de prevención general o de estabilización de expectativas normativas, una extensión de la punibilidad que no surge del texto de la ley. En materia penal, la finalidad que se atribuya a la norma no puede sustituir su contenido ni desplazar los límites que derivan del principio de legalidad.

La misma conclusión se impone desde la estructura acusatoria adversarial del proceso penal vigente en nuestra república federal diseñada desde 1853, con el mandato de establecer el juicio por jurados y consagrado definitivamente con la reforma constitucional de 1994 al crear el MPF que tiene por "función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República" (art. 120 CN) –y en Mendoza en el art. 1 de la Ley 8.008 y sus modificatorias–, consagrando simultánea y normativamente la independencia y la imparcialidad de los jueces como garantías que el propio recurso no advirtió.

El planteo de que los jueces ejerzan la función jurisdiccional desde una "perspectiva anticorrupción" que oriente sus decisiones hacia un resultado predeterminado no es solo incompatible con las directivas constitucionales de interpretación: es también incompatible con el mandato de **imparcialidad** que los mismos tratados internacionales con jerarquía constitucional que el recurrente invoca les imponen. La imparcialidad –en cuanto significa carecer de todo interés mediato o inmediato, directo o indirecto en el resultado del proceso– está asegurada por el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pedir a los jueces que adopten de oficio una **perspectiva militante** en favor de la condena en casos de corrupción es pedirles que violen esa garantía con las mismas herramientas convencionales que el recurso utiliza para fundar su pretensión. Esa contradicción interna es insuperable.

Dicho en otras palabras, que una perspectiva sea legítima y útil – como lo son la perspectiva de género en materia de violencia o la perspectiva anticorrupción en materia de administración pública– no la transforma en un mandato objetivo imponible a todos los operadores jurídicos con independencia del rol que cada uno cumple en el sistema. Por el contrario: precisamente porque la perspectiva es subjetiva por naturaleza, su imposición a los jueces como deber institucional de actuación entra en colisión directa con la garantía

de imparcialidad, que exige que el juzgador carezca de todo interés o posición predeterminada respecto del resultado del proceso (art. 10 DUDH; art. XXVI DADDH; art. 8 CADH; art. 14 PIDCP). No es posible ser al mismo tiempo imparcial y tener una perspectiva predeterminada sobre el resultado: los conceptos se excluyen mutuamente.

En definitiva, en nuestro sistema constitucional no existe una «perspectiva anticorrupción» que autorice a los jueces a suplir mediante consideraciones político-criminales la falta de acreditación de alguno de los elementos de la imputación ni a aplicar el art. 258 del Código Penal con un estándar distinto del que rige para cualquier otra figura penal. Los compromisos internacionales asumidos por la República en esta materia obligan a los distintos órganos estatales dentro del ámbito de sus competencias; no desplazan las garantías constitucionales ni habilitan al juez a modificar el contenido de la ley. Corresponde, por ello, determinar si el tribunal de la instancia anterior valoró la prueba y aplicó la ley de conformidad con las reglas constitucionales y legales que rigen su función. La sola invocación de una «perspectiva anticorrupción» no demuestra, por sí misma, la existencia de un vicio *in iudicando*, ni permite tener por configurada una errónea aplicación del art. 258 del Código Penal.

(iii) El verdadero alcance de lo resuelto por la sentencia

Sentadas las consideraciones precedentes, corresponde ahora precisar qué fue, en rigor, lo que resolvió el tribunal de la instancia anterior, pues una adecuada delimitación de ese punto resulta indispensable para establecer el verdadero objeto de la crítica recursiva.

a. El ofrecimiento no fue tenido como categóricamente probado

El punto de partida del recurso exige determinar con precisión qué tuvo por acreditado el tribunal de la instancia anterior. Para ello, la sentencia debe ser examinada en su integridad, atendiendo a la relación entre sus distintos fundamentos y evitando extraer de expresiones aisladas conclusiones que el propio desarrollo argumental del fallo no permite sostener.

El recurrente parte de que el tribunal tuvo por acreditado el ofrecimiento de U\$S 100.000 y construye sobre esa premisa su crítica a la subsunción jurídica. Esa premisa, sin embargo, no se corresponde con lo efectivamente resuelto. Una lectura integral de la sentencia demuestra que el tribunal nunca afirmó, de manera categórica, que el ofrecimiento hubiera sido acreditado como hecho histórico. Por el contrario, dejó expresamente abierta esa cuestión y, finalmente, en el apartado relativo a la responsabilidad penal de la persona jurídica, reconoció que la prueba reunida no permitía tener por acreditado el hecho de conexión.

Existen, al menos, cinco pasajes de la sentencia que permiten verificarlo.

En primer lugar, al concluir el punto 3 de los fundamentos, el tribunal identifica expresamente la existencia de «*dos versiones contrapuestas*»: la del Sr. Abrego, quien afirma que se produjo el ofrecimiento, y la del Sr. Van de Loo, quien lo niega. Frente a esa contradicción, señala que la situación «*conlleva ahondar en los elementos de corroboración periférica*

para evaluar la existencia del hecho y la seriedad de ese ofrecimiento como un hecho típico, que, por ende, implique la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado adecuado al tipo penal que se le imputa a Van De Loo».

La propia formulación utilizada revela que la existencia del hecho constituía todavía una cuestión a determinar. El tribunal no afirma que el ofrecimiento hubiera sido acreditado; anuncia que debe examinar la prueba para establecer si ello ocurrió y, a partir de allí, analizar su eventual significación típica. Sin embargo, como se verá, esa secuencia no fue respetada de manera estricta en el desarrollo posterior, pues el tribunal ingresó al examen de la tipicidad sin haber cerrado previamente, mediante una conclusión fáctica expresa, el primer nivel de análisis, como estimo debió hacer por razones de economía procesal y claridad expositiva.

En segundo lugar, el recurrente sostiene que el tribunal en la página 12, párrafo 1 *«afirma que es creíble y veraz el testimonio de Abrego»* y que, por esa razón, tuvo por probado el ofrecimiento de dinero del acusado al funcionario. Sin embargo, entiendo que esa conclusión es incorrecta por cuanto se sustenta en la lectura fragmentaria que propone en el recurso. La sentencia –en el lugar indicado por el impugnante– en realidad expresa que *«frente a estas consideraciones existen buenas razones para que el testimonio de Abrego resulte creíble a nuestros ojos y verosímil su relato de lo ocurrido»*, pero inmediatamente introduce una consideración que impide atribuir a aquella afirmación el alcance que pretende el recurso: *«Sin embargo, no podemos, a la vez, dejar de considerar que toda la prueba constituida tiene como fuente originaria única al Sr. Abrego (aún la prueba de corroboración periférica) sin que existan elementos de prueba independientes. Sin que podamos soslayar, en particular, que el Sr. Van De Loo prestó una declaración que también fue extensa y que, como valoración respecto de su persona, el Sr. Van De Loo fue calificado por el Sr. Eluani como una buena persona»*. Cabe aclarar que Eluani es el Vicepresidente de AEMSA y Director de Contingencias Climáticas, quien en su calidad funcional debió realizar la denuncia.

La valoración positiva de determinados aspectos de la declaración de Abrego no equivale, por sí sola, a una afirmación categórica de que el hecho que aquel relata haya quedado acreditado más allá de toda duda razonable. Mucho menos permite prescindir de la consideración posterior que el propio tribunal incorpora acerca de la ausencia de elementos independientes de corroboración. La expresión invocada por el recurrente debe, por tanto, ser comprendida en el *contexto* argumental en que fue formulada y no aislada de las consideraciones que inmediatamente la siguen; exégesis que demuestra el desacierto del recurrente en la interpretación pretendida.

En tercer lugar, al finalizar el punto 4, el tribunal expresa que *«la existencia de un único testigo en este caso no se presenta como problemático en sí mismo para acreditar la oferta, sino para aportar a ésta la seriedad que permitiera tornarla idónea ex ante para torcer la decisión del Estado»*. Nuevamente, la referencia a *«acreditar la oferta»* revela que el Tribunal de la instancia anterior no tiene por probado el hecho, no contiene una afirmación de que esa acreditación se hubiera producido. Por el contrario, evidencia que la existencia misma del ofrecimiento continuaba integrada al objeto del análisis probatorio, mientras el tribunal comenzaba a examinar, simultáneamente, la

cuestión de su eventual idoneidad típica. Ergo, sigue sin afirmar en este pasaje de los fundamentos del fallo que el hecho esté probado.

En cuarto lugar, al inicio del punto 5, el tribunal formula expresamente una hipótesis: *«si dadas las circunstancias fácticas que rodeaban el ofrecimiento realizado, éste resultaría típico aún cuando se considerara acreditado»*, agregando que ello constituía *«un elemento adicional a los fundamentos de la absolucón»*. La expresión *«aún cuando se considerara acreditado»* tiene un sentido inequívocamente condicional. No describe un hecho tenido por probado, sino una hipótesis de razonamiento utilizada para examinar si, aun aceptando provisionalmente la existencia del ofrecimiento, el comportamiento podría ser considerado típico.

Por consiguiente, el desarrollo dogmático que sigue no puede ser leído como una conclusión acerca de la existencia histórica del ofrecimiento, sino como un argumento subsidiario construido sobre una hipótesis expresamente formulada por el propio tribunal.

En quinto lugar, y de manera concluyente, en el punto 7.3 la sentencia afirma que *«la prueba reunida no permitió tener por acreditado el primer supuesto de la RPPJ, esto es, el hecho de conexión o delito cometido por la persona física»*. Y, al referirse específicamente al episodio que constituye el objeto de la acusación, agrega que *«el hecho presuntamente violatorio de normas éticas que aquí ocurrió se develó porque el Sr. Abrego utilizó un Canal de Denuncia»*.

La utilización del adverbio *«presuntamente»* no constituye un descuido de redacción, ni un dato menor, ni una expresión meramente retórica. Por el contrario, se corresponde con el razonamiento desarrollado a lo largo del fallo: el tribunal nunca afirmó que el ofrecimiento hubiera sido categor  icamente acreditado, sino que mantuvo su existencia como una hipótesis que debía ser examinada a partir de la prueba reunida. En otros términos, sin tener por establecido el hecho como probado, lo consideró como una hipótesis probable o verosímil y la sometía al correspondiente cotejo con los restantes elementos probatorios. La conclusión expresa alcanzada en el punto 7.3 –cuando afirma que *«la prueba reunida no permitió tener por acreditado el primer supuesto de la RPPJ, esto es, el hecho de conexión o delito cometido por la persona física»*– no hace sino confirmar el sentido que esa expresión adquiere dentro de la estructura argumental de la sentencia: la insuficiencia probatoria respecto de la existencia misma del hecho constituy  a un fundamento de la absolucón y no una cuestión ya superada por el tribunal al ingresar al análisis de su eventual tipicidad.

De este modo, una lectura integral de la sentencia permite identificar dos líneas argumentales diferenciadas. La primera es de naturaleza fáctico-probatoria: el tribunal consideró que la prueba reunida no permitía tener por categor  icamente acreditado el ofrecimiento. La segunda fue desarrollada subsidiariamente sobre una hipótesis: aun cuando se aceptara, a efectos argumentativos, que el ofrecimiento había ocurrido, el tribunal entendió que las circunstancias del caso no permit  an considerarlo típico en los términos del art. 258 del Código Penal.

El recurso fiscal parte, sin embargo, de una premisa distinta. Asume como acreditado aquello que la sentencia mantuvo como hipótesis y

dirige el núcleo de su crítica a demostrar que ese hecho debía ser considerado típico desde una determinada interpretación del art. 258 del Código Penal y desde la denominada «perspectiva anticorrupción». De ese modo, no enfrenta adecuadamente el fundamento fáctico-probatorio de la absolución. Discute la calificación jurídica de un hecho que el tribunal no tuvo por categóricamente probado.

Por lo tanto, al no cuestionar el fundamento probatorio primario de la sentencia, el agravio sobre la tipicidad opera en el vacío: pretende corregir la subsunción de un hecho que en la sentencia no tuvo por acreditado. Esa omisión, por sí sola, es suficiente para rechazar el recurso.

b. Cuestiones metodológicas de estilo forense: la confusión de planos y la sustitución del derecho y del razonamiento probatorio por la dogmática penal

La utilización de lenguaje propio de la teoría de la argumentación y de la dogmática penal –imputación objetiva, riesgo jurídicamente desaprobado, idoneidad ex ante– en lugar de aplicar las directivas constitucionales interpretativas propias del sistema jurídico argentino, surgido en la soberanía popular, propia del modelo de república, y las categorías del derecho de la prueba que el caso requería, puede producir error comunicacional en quien lo recepta si no está atento o desconoce la conceptualización y estructura doctrinaria. Esa elección metodológica no es neutral: el sistema constitucional argentino es un ordenamiento normativo que responde en la ciencia jurídica a la pregunta *quid sit iuris* –qué debe ser derecho aquí y ahora según las disposiciones constitucionales, convencionales y legales vigentes– y no a la pregunta propia de la filosofía jurídica *quid est ius* –qué es el Derecho en abstracto según la construcción de los juristas–, que se corresponde al modelo alemán y a su Ley Fundamental de 1949 (art. 20.3). La extrapolación de categorías dogmáticas elaboradas para ese sistema –fundado en el *ius*, derivado del modelo de la república romana– a nuestro régimen asentado en la *lex* del modelo ateniense, sin la comprensión de las diferencias y similitudes y, por ello, la adecuación que se impone entre ambos modelos, genera la posibilidad de ambigüedades y con ello puede producir confusión que exhibe el recurso.

Esta cuestión estimo se manifestó principalmente y de manera concreta en la sustitución o traslado de las categorías propias del derecho de la prueba a la dogmática penal, con una serie de *desplazamientos* –a los que me referiré en lo sucesivo– que el análisis de la sentencia permite verificar.

El tribunal, frente a las «*dos versiones contrapuestas*», anuncia la necesidad de acudir a elementos de «*corroboración periférica*» para evaluar tanto la existencia del hecho como la seriedad e idoneidad del ofrecimiento como hecho típico. Sin embargo, esas cuestiones no pertenecen al mismo nivel de análisis. La primera pregunta –si el ofrecimiento ocurrió– es esencialmente probatoria; la segunda –si ese ofrecimiento, una vez acreditado, satisface los elementos del tipo penal– es jurídica. La segunda presupone la respuesta afirmativa a la primera y no puede utilizarse para suplirla.

Esta distinción resulta especialmente importante porque la prueba indiciaria exige partir de hechos base objetivamente acreditados, establecer la inferencia que racionalmente puede extraerse de ellos y verificar su

concordancia con el resto del material probatorio. En palabras de Maier, este tipo de prueba exige certeza sobre los hechos base a partir de los cuales se realiza la inferencia; inferencia racional fundada en la ciencia, la psicología o la experiencia común; ausencia de indicios anfibológicos que con igual rigor conduzcan a conclusiones mutuamente excluyentes; y concordancia del conjunto, de modo que el resto de la prueba apoye la conclusión inferida (cfr. MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011, t. III, pp. 179 y ss.).

No basta, por ello, con acumular circunstancias que resulten compatibles con la hipótesis acusatoria; es necesario determinar cuáles de ellas se encuentran efectivamente acreditadas y cuál es la fuerza inferencial que poseen en conjunto. El examen de los medios de prueba producidos durante el debate debe ser integral, armónico y contextualizado –no fragmentario ni aislado–, porque "los diversos medios de prueba analizados no constituyen en absoluto compartimentos estancos... Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un conjunto y será éste el que dará la prueba sintética y definitiva" (GORPHE, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 463). (Ver: "Avogadro Moreno y otros" -Sentencia N° 6.150/2009- y "Ramírez Terán" -Sentencia N° 6.300/2009-, entre otras, de la Segunda Cámara del Crimen; como también "D'Agostino" y "Albornoz" de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.)

Cuando en lugar de esa metodología se utiliza la noción de "corroboración periférica" –elaborada por la jurisprudencia para evaluar el testimonio único de víctimas en delitos de abuso sexual, donde el bien jurídico es individual y el testigo es la propia víctima– y se la traslada mecánicamente a un caso donde el bien jurídico es colectivo y el declarante no es víctima en sentido técnico, se incurre en una transposición metodológicamente incorrecta. Aquí, como bien lo reconoce el tribunal de la instancia previa, el Sr. Abrego no reviste la condición de víctima individual del delito de cohecho activo, pues el bien jurídico comprometido es la administración pública. Por ello, la cuestión no consistía simplemente en determinar qué elementos periféricos reforzaban su relato, sino en establecer, conforme a las reglas generales de la prueba, si existían elementos objetivos e independientes que permitieran tener por acreditado el hecho que aquel relataba.

La diferencia no es meramente terminológica. Una cosa es utilizar determinados elementos de prueba para corroborar una declaración y otra construir, a partir de hechos base independientes, inferencia indiciaria capaz de sostener racionalmente la existencia del hecho principal. La segunda metodología exigía determinar cuáles eran los hechos base, su grado de acreditación, la inferencia que de ellos podía extraerse y su eventual concordancia o contradicción con las restantes pruebas.

Desde esa perspectiva debe analizarse también la cuestión relativa a la capacidad económica de Van de Loo. La pregunta acerca de si este podía disponer de U\$S 100.000 pertenece al plano probatorio: constituye una circunstancia susceptible de ser valorada como indicio acerca de la verosimilitud de la hipótesis de que hubiera realizado el ofrecimiento. Distinta es la pregunta acerca de si, una vez acreditado el ofrecimiento, el monto ofrecido y las circunstancias en que se efectuó resultaban jurídicamente idóneos para configurar el comportamiento previsto por el art. 258 del Código

Penal. Esta última cuestión pertenece al plano de la tipicidad. No corresponde utilizar la segunda para resolver la primera.

Ello produjo el primer desplazamiento: de la cadena indiciaria a la "corroboración periférica", y con ello el riesgo de no regirse estrictamente por el derecho constitucional procesal del debido proceso, el principio de igualdad, el cual –como más arriba expuse– no sólo determina que todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos, sino que además exige que las leyes deben tener una acción y fuerza uniformes (art. 7 de la Const. de Mendoza), que tiene una incidencia directa tanto en la determinación de la prueba indiciaria como en la valoración según la sana crítica (art. 206 del CPP).

El segundo desplazamiento es el más grave. La pregunta "¿podía Van de Loo disponer de U\$S 100.000?" es una pregunta del derecho probatorio: cuando la respuesta no es evidente son importantes los indicios de personalidad, de oportunidad y el de capacidad material para evaluar la verosimilitud de la hipótesis defensiva ("Avogadro"). Por el contrario, la pregunta "¿era el ofrecimiento idóneo para torcer la voluntad del funcionario?" es una interrogación valorativa que se introduce como normativa sobre el tipo penal. El tribunal fusionó ambas preguntas y respondió la segunda con la respuesta de la primera. Entonces no estamos frente a una cuestión de la imputación objetiva, sino ante un hecho que debe ser probado. La capacidad financiera del oferente es un dato probatorio relevante para evaluar si la hipótesis del ofrecimiento es verosímil; no es una cuestión propia de un elemento del tipo penal, ni un requisito de idoneidad normativa, por lo que no debemos ingresar en esa temática mientras no tengamos por acreditados los hechos con el grado de certeza que se requería en esa etapa procesal.

El tercer desplazamiento fue tratar la "personalidad" de Abrego y de Van de Loo como caracterología impresionista en lugar de construir indicios de personalidad en sentido técnico. La construcción de tales indicios requiere datos objetivos que surjan de hechos acreditados en el debate y, en su caso, con prueba pericial ("Ramírez Terán"). En la sentencia se menciona la «honestidad» de Abrego y que Van de Loo fue calificado como «buena persona» sin vincularlos con el hecho base, ni establecer la inferencia lógica ni verificar la concordancia con los demás elementos del plexo probatorio; lo que evidencia que no tuvo por acreditada la oferta.

El cuarto desplazamiento –y uno de los más significativos para la suerte del caso– reside en la omisión de considerar como hecho base objetivamente acreditado una circunstancia que el tribunal no examinó: la actitud de Abrego al aceptar que Van de Loo concurriera a su domicilio particular para entregarle una nota. Abrego, funcionario con conocimiento de los mecanismos institucionales de denuncia y de los procedimientos propios de su ámbito de actuación, aceptó, ante la insistencia de Van de Loo y luego de una comunicación previa mediante WhatsApp, recibirlo en su domicilio personal. Este extremo no depende exclusivamente de la declaración de Abrego, sino que encuentra respaldo en los mensajes incorporados al debate y reconocidos por el propio declarante. Se trata, por tanto, de un hecho base susceptible de integrar el razonamiento indiciario y cuya significación debía ser determinada a partir de su relación con la hipótesis acusatoria y con el resto de la prueba.

En efecto, la circunstancia puede ser valorada en más de una dirección: por un lado, resulta compatible con el contexto de privacidad en el que, según la acusación, habría tenido lugar el ofrecimiento; pero, por otro, exige explicar por qué un funcionario que conocía los canales institucionales pertinentes aceptó recibir en su domicilio particular a quien pretendía entregarle una nota que, según su propia explicación, se vinculaba con una cuestión que debía tramitarse institucionalmente. Si a ello se añade la explicación brindada por Abrego acerca de las razones por las cuales aceptó ese encuentro, correspondía determinar si esa explicación resultaba objetiva y racionalmente suficiente o si, por el contrario, constituía un dato susceptible de adquirir valor indiciario en su contra. Nada de ello fue objeto de un análisis explícito por parte del tribunal.

La omisión resulta relevante porque las reglas de la sana crítica racional no autorizan a seleccionar aisladamente aquellos elementos compatibles con una hipótesis y prescindir de otros hechos objetivamente acreditados que pueden incidir en su confirmación o refutación. Una valoración indiciaria adecuada exigía identificar el hecho base, establecer la inferencia que racionalmente podía extraerse de él y confrontarla con las restantes circunstancias del caso, de modo integral y armónico. Esa tarea no fue realizada.

Finalmente, cuando los eslabones de la cadena indiciaria no son independientes entre sí sino que comparten la misma fuente de incertidumbre, la convergencia deja de ser tal ("Albornoz Bravo"). En este caso, toda la prueba de "corroboración periférica" que el tribunal describe –los mensajes de WhatsApp, el correo electrónico a los superiores, el uso del canal de denuncia– tiene como fuente originaria única al Sr. Abrego: fue él quien los generó y los aportó. No existe elemento probatorio independiente de la declaración de Abrego que acredite directamente el ofrecimiento, cuando existía un indicio de su actitud sospechosa e indicio de mala justificación de tal actitud. Esas circunstancias imponen una evaluación cuidadosa del conjunto de indicios ("Ramírez Terán") que el tribunal no realizó con la metodología adecuada al analizar la existencia del hecho, sino en forma fragmentada, y cuando lo hace, lo realiza con el hecho típico.

En definitiva, el problema metodológico que presenta el caso no consiste en que el tribunal haya utilizado categorías de la dogmática penal, sino en que **el análisis de la tipicidad terminó proyectándose sobre un hecho cuya existencia no había sido previamente establecida con el grado de certeza exigible**. La dogmática penal puede determinar qué consecuencias jurídicas corresponden a un hecho probado; no puede convertir en probado el hecho que constituye su presupuesto. La secuencia correcta es inversa: primero debe determinarse, mediante la prueba y conforme a las reglas de la sana crítica racional, si el ofrecimiento ocurrió; solo después puede examinarse si ese comportamiento satisface los elementos del tipo penal.

Así entendida la sentencia, la cuestión central del caso no reside inicialmente en establecer si el ofrecimiento de U\$S 100.000 era o no idóneo para configurar el delito de cohecho activo. La cuestión previa es determinar si ese ofrecimiento fue acreditado. Y, dado que el tribunal concluyó que la prueba reunida no permitía tener por acreditado el hecho de conexión, la discusión dogmática desarrollada con carácter subsidiario no puede ser utilizada por el

recurrente para tener por superado ese presupuesto fáctico. La calificación jurídica presupone el hecho probado; no puede sustituirlo.

(iv) Deficiencias del planteo recursivo: Partió de una premisa fáctica incorrecta sobre el contenido de la sentencia

El Ministerio Público Fiscal construyó su recurso sobre la afirmación de que el tribunal de juicio «ha tenido por acreditado y probado» el ofrecimiento de dinero y, sobre esa base, enumeró nueve proposiciones fácticas que atribuyó a la sentencia. Como se ha descripto en el apartado anterior, esa lectura no se corresponde con el contenido del fallo. El tribunal no tuvo por acreditado el ofrecimiento, sino que mantuvo su existencia como una hipótesis y, sobre esa base condicional, desarrolló luego un argumento relativo a su eventual tipicidad, descartándola también.

El error no es menor, pues determina el objeto mismo de la impugnación. Al operar sobre una premisa fáctica que la sentencia no estableció, el recurso pretende que este Tribunal revise la subsunción jurídica de un hecho que no integra, en esos términos, la premisa fáctica de la decisión recurrida. La casación por errónea aplicación de la ley sustantiva presupone la existencia de hechos establecidos por el tribunal de juicio sobre los cuales se habría aplicado incorrectamente el derecho. Si el presupuesto fáctico no ha sido tenido por acreditado, no existe la posibilidad de una subsunción jurídicamente revisable en los términos propuestos por el recurrente.

La cuestión no es menor, expresamente el art. 462 del CPP determina que *“El recurso atribuirá al Tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios”* y habiendo limitado los agravios a la inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva el impugnante, en consecuencia, corresponde rechazar el recurso.

Por otra parte, no advierto ninguna nulidad absoluta de la sentencia, como las previstas en el art. 199 del CPP, ni tampoco de la prevista en el art. 416 del mismo cuerpo normativo, que justifiquen la anulación de la sentencia. Los defectos, que estimé en el presente voto, son de metodología, de estilo y de practicidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, como el principio de economía procesal que indica que si no está acreditado el hecho acusado no es conveniente ingresar en la calificación de lo que no es tenido por probado. Las cuestiones remarcadas no son esenciales, ni le quitan sustento a la decisión cuestionada por el recurrente. Incluso algunas de las remarcadas refuerzan los argumentos del tribunal de juicio. En consecuencia, no se justifica la nulidad de la sentencia, que se basta a sí misma, por cuanto este no es un Tribunal de corrección de estilo, sintaxis, etc.

(v) Conclusión

El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal no puede prosperar. Las razones que conducen a esta conclusión se encuentran vinculadas al análisis desarrollado a lo largo del voto.

Tenemos que, desde el plano probatorio, el recurso parte de una premisa que no se corresponde con aquello que efectivamente resolvió el tribunal de juicio: asume como categóricamente acreditado el ofrecimiento de dinero cuando la sentencia no tuvo por probado ese hecho. El recurrente, en

consecuencia, no demuestra la existencia de un vicio en el razonamiento probatorio que condujo al tribunal a no tener por acreditado el presupuesto fáctico de la imputación. Antes bien, desplaza esa cuestión y estructura su crítica sobre la base de una conclusión que la sentencia no estableció. De allí que el cuestionamiento relativo a la tipicidad resulte insuficiente para conmovier la decisión: no puede revisarse la subsunción jurídica de un hecho que previamente no ha sido tenido por probado.

En definitiva, el recurso no sólo no cuestiona la conclusión del Tribunal de juicio quien tuvo por no acredita el hecho acusado, por el contrario, erróneamente plantea que se lo tuvo por acreditado y cuestiona la calificación del mismo. Y no se advierte ninguna causal de nulidad absoluta que deba ser declarada de oficio.

Corresponde, en consecuencia, responder negativamente a la primera cuestión planteada y rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO:

Si bien comparto la solución que arriba mi colega preopinante, es decir, estimo que el recurso de casación del Ministerio Público Fiscal debe ser acogido favorablemente, llego a esta conclusión sobre la base de las consideraciones que expondré a continuación.

Según entiendo, la sentencia absolutoria impugnada se sustenta en una interpretación errónea del art. 258 del CP, que resulta incompatible con los principios constitucionales y convencionales que rigen la materia. Para explicar tal afirmación, estimo que corresponde, de manera previa, analizar el marco constitucional y convencional en relación con la lucha contra la corrupción (a) y la naturaleza del delito de cohecho activo (b) para, luego, detallar cómo esas consideraciones resultan de aplicación al caso analizado (c).

1.- El marco constitucional y convencional de la lucha contra la corrupción

El abordaje de los delitos contra la administración pública, y en particular del fenómeno de la corrupción, no puede realizarse en un vacío normativo. Debe, por el contrario, estar imbuido de los principios y mandatos que emanan de nuestra Constitución Nacional (arts. 1 y 36 CN) y de los tratados internacionales de derechos humanos que la integran.

En este orden, resulta relevante referir que la Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada en Caracas en 1996 y aprobada por Argentina mediante la ley 24.759 (B.O. 17/1/1997), es el primer instrumento regional en la materia. Luego, en 2003 se adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la que fue aprobada en nuestro país por la ley 26.097 (B.O. 9/6/2006). Ambas no son meras declaraciones de buenas intenciones, sino que son normativas de jerarquía superior que imponen a todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial, la obligación de adoptar medidas eficaces para prevenir, investigar y sancionar los actos de

corrupción. Estas convenciones reconocen que la corrupción socava las instituciones democráticas, atenta contra el desarrollo económico y social, y vulnera los derechos humanos.

En similar sentido, la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE, 1997), fue aprobada por Argentina mediante la ley 25.319 (B.O. 18/10/2000), siendo de especial relevancia para el cohecho activo en contextos transnacionales. Al respecto, el art. 2 de la Convención establece que cada parte tomará las medidas necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

De sumarse a este plexo normativo la ley 25.188 (B.O. 1/11/1999) denominada de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, la que establece el régimen de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables a toda persona que se desempeñe en la función pública. Aquella normativa fue también la que incorporó las modificaciones al régimen de cohecho del Código Penal, incluyendo el actual texto del art. 258.

Por último, debe tenerse en cuenta que la ley 27.401 (B.O. 1/12/2017) de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, representó un hito fundamental en el sistema anticorrupción argentino. Esto, por cuanto estableció el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis CP); negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 CP); concusión (art. 268 CP); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268 -1- y -2- CP); y balances e informes falsos agravados (art. 300 bis CP). Su principal objetivo es dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de programas de integridad, y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

A lo reseñado, debe agregarse que en el año 2003 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU presentó el estudio titulado *«La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales»*, cuya importancia radica en ser el primer documento que vinculaba corrupción y derechos humanos. Por su parte, en su Informe Anual de 2005, destacó que *«[...] el fenómeno de la corrupción no solo atañe a la legitimidad de las instituciones públicas, a la sociedad, al desarrollo integral de los pueblos [...] sino que tiene además un impacto específico en el disfrute efectivo de los derechos humanos de la colectividad en general»*. Es decir, implicó abandonar la visión tradicional que concebía a la corrupción como un delito sin víctimas, limitado a afectar únicamente al Estado, para tomar la perspectiva basada en derechos humanos, que supuso un cambio de eje, pues ya no se centra en la eficiencia económica, sino en las personas y en las consecuencias devastadoras que la corrupción genera en sus vidas y en la sociedad en su conjunto (ver, al respecto, NASH ROJAS, AGUILÓ BASCUÑAN y BASCUR CAMPOS, *Corrupción y derechos humanos: Una*

mirada [...], Centro de Derechos Humanos- Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014, p. 26)

Dichos postulados fueron reforzados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido clara en establecer la estrecha relación entre corrupción y derechos humanos, al señalar que los Estados tienen el deber de «*prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción*» (Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 2018). Este deber no se agota en la sanción de leyes, sino que exige una aplicación judicial coherente con dichos fines.

Bajo ese marco, la interpretación de los tipos penales vinculados a la corrupción debe ser teleológica, es decir, orientada a cumplir con la finalidad protectora de la norma. Una interpretación excesivamente restrictiva, que introduzca requisitos no previstos por el legislador y que, en la práctica, genere espacios de impunidad para conductas claramente lesivas del bien jurídico protegido, resulta contraria a dichas obligaciones internacionales.

2.- La naturaleza jurídica del delito de cohecho activo

El tipo penal del art. 258 del CP reprime al que «[...] *directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis [...]*».

El cohecho activo es un delito contra la Administración pública, que es el bien jurídico que la ley penal protege con el objeto de asegurar su normal funcionamiento, frente a las conductas de particulares que ponen en peligro su integridad, impidiendo toda perturbación al ejercicio de las funciones propias de la autoridad competente. Es decir, «*el comportamiento incriminado es ejecutado por los particulares para corromper o intentar corromper al funcionario público*» (DONNA, E., *Delitos contra la administración pública*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As, 2018, p. 359)

La estructura del tipo penal nos enfrenta a dos verbos típicos alternativos: «dar» y «ofrecer». Como ha sido extensamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, el delito de cohecho activo, en su modalidad de «ofrecimiento», es un delito de mera (pura) actividad, cuya consumación es instantánea. En los delitos de mera actividad concurren simultáneamente el resultado y la actividad desplegada por el agente (conf. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual», en *Política Criminal y Reforma Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1993, p. 589).

Ello implica que el tipo penal se perfecciona con la sola realización de la conducta prohibida, la acción de ofrecer, sin necesidad de que se produzca un resultado material externo separado de dicha acción. Queda consumado con la proposición. No se requiere que el funcionario acepte la dádiva, ni que el dinero efectivamente se entregue, ni que el acto funcional pretendido se ejecute, se omita o se retarde. El delito se consuma en el preciso momento en que la propuesta venal llega a la esfera de conocimiento del funcionario público.

Asimismo, el cohecho activo en su modalidad de ofrecimiento puede ser caracterizado como un delito de peligro abstracto. La razón de este adelantamiento de la barrera de punición reside en que el bien jurídico protegido, el correcto, normal e imparcial funcionamiento de la Administración

pública, se considera puesto en riesgo por la sola existencia del ofrecimiento. El legislador ha valorado que la sola acción de intentar corromper a un funcionario, de tratar la función pública como una mercancía susceptible de un precio privado, es lo suficientemente disvaliosa y peligrosa para el ordenamiento jurídico como para merecer reproche penal. El peligro es abstracto, ínsito en la conducta misma, y no requiere una demostración de una probabilidad concreta de afectación en el caso particular.

3.- Aplicación de las consideraciones previas al caso

El tribunal de la instancia previa, al exigir para la tipicidad del cohecho activo una «seriedad» evaluada sobre la base de la capacidad de pago del oferente y una «idoneidad» medida por la probabilidad de éxito de la maniobra, adopta una perspectiva que desatiende el mandato legal y convencional referido en el apartado a. De tal manera, genera una «mayor tolerancia para el privado que ofrece el soborno», como bien apunta el Ministerio Público Fiscal, con la debilitación de la norma y el envío de un mensaje de permisividad social hacia conductas que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, busca erradicar.

Así las cosas, considero que el núcleo del error en que incurre la sentencia de grado radica en la incorrecta caracterización dogmática del delito previsto en el art. 258 del CP.

En este orden, al comprender la naturaleza del tipo penal de la manera referida en el apartado b, los argumentos del tribunal de la instancia anterior se desmoronan.

La exigencia de «seriedad», entendida como la capacidad económica del oferente para cumplir la promesa, es un elemento ajeno al tipo penal. La acción típica es «ofrecer», no «ofrecer seriamente teniendo con qué pagar». Introducir este requisito implica desnaturalizar el delito, transformándolo en una especie de engaño hacia el funcionario, cuando en realidad el bien jurídico protegido es la Administración pública en su conjunto. Lo relevante no es la capacidad del particular, sino la intención de corromper manifestada a través de un acto comunicativo idóneo para transmitir la propuesta ilícita.

Del mismo modo, la exigencia de «idoneidad objetiva», analizada por el tribunal desde la perspectiva del éxito de la maniobra, no tiene en cuenta que el ofrecimiento es idóneo cuando tiene la aptitud para comunicar la propuesta de soborno al funcionario.

La conducta del acusado Van De Loo Ojeda fue, sin duda alguna, idónea en este sentido, pues se apersonó ante el funcionario y le comunicó verbalmente una oferta concreta de dinero a cambio de un acto de su función. El delito, en ese instante, ya estaba consumado.

Todo lo que ocurra después del ofrecimiento –la aceptación o rechazo del funcionario, la posibilidad real de cambiar el dictamen, el carácter vinculante del mismo– pertenece a la fase post-consumativa.

La ley busca castigar el intento de introducir la venalidad en la función pública, y ese intento se materializó y perfeccionó en el momento exacto en que Van De Loo Ojeda formuló su propuesta a Ábrego.

Por tanto, en mérito de todo lo expuesto, considero que la sentencia recurrida ha realizado una errónea aplicación del derecho sustantivo. El tribunal de la instancia previa, al interpretar el tipo penal de cohecho activo, introdujo requisitos de «seriedad» e «idoneidad» que no surgen de la ley y que desnaturalizan su estructura como delito de mera actividad y peligro abstracto.

Esta interpretación, además de ser dogmáticamente incorrecta, resulta contraria a los mandatos constitucionales y convencionales que exigen una lucha eficaz contra la corrupción, evitando crear resquicios de impunidad para quienes intentan corromper la función pública.

En definitiva, la conducta del acusado, Nicolás Van De Loo Ojeda, consistente en ofrecer una suma de dinero a un funcionario público para que obrara en contra de sus deberes, se subsume perfectamente en el tipo del art. 258 del CP y se consumó de manera instantánea con dicho ofrecimiento, siendo irrelevantes las circunstancias posteriores relativas a la capacidad de pago o a la probabilidad de éxito de la maniobra.

En función de lo expuesto, estimo que debe responderse de manera afirmativa la primera cuestión planteada al acuerdo.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia n.º 2453 y sus fundamentos y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N.º 1 de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO; JOSÉ V. VALERIO; MARIO D. ADARO; DALMIRO F. GARAY CUELI; JULIO R. GÓMEZ Y NORMA L. LLATSER adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, esta Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal. En consecuencia, corresponde anular la sentencia n.º 2453 y sus fundamentos.

2.- Remitir en función del resolutivo anterior las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N.º 1 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP fije nueva fecha de debate.

Regístrese. Notifíquese.

DRA. MARÍA TERESA DAY
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro

(por su voto)

DR. JOSÉ V. VALERIO
Juez de la Corte

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

(disidencia)

(por su voto)

DR. DALMIRO F. GARAY CUELI
Ministro

DR. JULIO R. GOMEZ
Ministro

DRA. NORMA LLATSER
Ministra

CERTIFICO que el presente instrumento concuerda fielmente con su matriz,
obstante a fojas..... del Tomo.....del Libro de Protocolo
de Sentencias Penales de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza (art.
412 del C.P.P.). Secretaría, de de 2026.-