

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán* **

Prof. Dr. Urs Kindhäuser

Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Alemania
kindhaeuser@uni-bonn.de

Resumen

El artículo presenta una visión sobre los tipos penales de corrupción en el Código Penal alemán. Plantea la cuestión de qué debe entenderse por corrupción y en qué ámbitos de la vida resulta conveniente su sanción penal. Sostiene la tesis de que la corrupción no es un delito autónomo, sino una determinada forma de agresión que puede vulnerar diversos intereses penalmente protegidos. De modo que puede existir una corrupción impune y una corrupción punible, sin que pueda formularse un tipo penal general de corrupción.

Palabras clave

Corrupción, cohecho activo, cohecho pasivo, “aceptación de ventaja”, “otorgamiento de ventajas”, “relación sinalagmática”, conflicto de intereses

Abstract

Der vorliegende Aufsatz gibt einen Überblick über die verschiedenen Korruptionsstraftatbestände, die der Gesetzgeber in das deutsche Strafgesetzbuch aufgenommen hat. Gleichzeitig wird geklärt, was unter Korruption zu verstehen ist und in welchen Lebensbereichen eine Strafbarkeit angezeigt ist. Erarbeitet werden gemeinsame Elemente, die für den Begriff der Korruption kennzeichnend sind. Aufgestellt wird die These, dass in Korruption nicht eine selbstständige Straftat gesehen werden kann, sondern dass es sich um eine bestimmte Form der Aggression handelt, die sich gegen jeweils verschiedene Rechtsgüter richten kann. Dies führt in der Konsequenz zu der Schlussfolgerung, dass sich ein allgemeiner Straftatbestand der Korruption nicht formulieren lässt.

Key words

Korruption, Bestechung, Bestechlichkeit, Vorteilsannahme, Vorteilsgewährung, synallagmatische Beziehung, Interessenkonflikt

Introducción

Quien revise los periódicos alemanes, no necesita buscar mucho tiempo para toparse con titulares sobre casos de corrupción. En este momento ocupan a la opinión pública, entre otras cosas, noticias sobre pagos de coimas por parte de proveedores a los

* Artículo recibido el 14 de noviembre de 2006 y aprobado para publicación el 29 de enero de 2007.

** Traducido por Dr. Percy García Cavero, Profesor de Derecho penal de la Universidad de Piura, Perú.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

encargados de las compras de las empresas automotrices. Así, por ejemplo, el proveedor francés Faurecia habría realizado pagos ascendentes a cerca casi de un millón de euros a distintos trabajadores de BMW, para que BMW compre de forma preferente autopartes de la firma francesa. Igualmente, algo de polvo ha levantado las manipulaciones de partidos de fútbol a través de la corrupción de árbitros. Con ello se trataba de influir en los resultados de las apuestas de fútbol. Muy significativos han sido también los procesos penales contra los directores de clínicas médicas universitarias que recibieron dinero de empresas farmacéuticas para fines de investigación y como contraprestación solicitaron la adquisición de productos de estas empresas.

Que los casos descritos se extiendan desde el deporte pasando por la economía hasta la Administración estatal, muestra que la problemática de la corrupción abarca todos los ámbitos de la vida social. En cierta medida, no hay ningún espacio libre de corrupción. Además, la corrupción es vista como un peligro cuyo enfrentamiento se considera mundialmente urgente. Alemania se ha comprometido especialmente a ello mediante una serie de acuerdos europeos y de Derecho internacional público.¹

En lo que sigue, sin embargo, no quisiera entrar detenidamente en las particularidades de los delitos de corrupción en el Código penal alemán. Quisiera, más bien, plantear las cuestiones de qué debe entenderse por corrupción y en qué ámbitos de la vida resulta conveniente castigarla desde el punto de vista de los principios generales del Derecho penal. Con ello, quisiera defender la tesis de que la corrupción, como tal, no es un delito autónomo y, por consiguiente, tampoco puede formularse un tipo penal general del delito de corrupción. Corrupción es, más bien, una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos. Los delitos de corrupción pueden dirigirse contra diversos bienes jurídicos. Por lo tanto, lo determinante para la legitimidad de la pena estatal es la circunstancia de que el autor ha puesto en peligro o lesionado por la vía de la corrupción un bien digno de protección.

Si bien mi tesis tiene como consecuencia en el plano de la política jurídica que los delitos de corrupción se puedan ampliar en su ámbito de aplicación o aplicar a nuevos sectores sociales, los elementos específicos de la corrupción no necesitan por ello ser modificados. En la discusión político-jurídica alemana y europea se comete precisamente este error: se modifican los elementos de las formas de agresión corruptivas para ampliar el ámbito de aplicación del delito y se sanciona, de esta manera, conforme al tenor literal formas de comportamiento que, o no son en lo absoluto criminal, o no tienen ya un carácter de corrupción.

En concreto, quisiera proceder de la siguiente forma: quisiera comenzar con un rápido vistazo a la situación jurídica en Alemania (1). Luego quisiera analizar los elementos específicos de la corrupción y dar una definición general de la corrupción como forma de agresión delictiva (2). En un tercer momento quisiera determinar de manera más detallada las conductas delictivas de corrupción (3). Seguirán luego algunas consideraciones sobre la determinación del bien jurídico protegido frente a la

¹ Una visión general, DANNECKER, Gerhard. En: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2ª ed., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. Preliminares al § 299, n.m. 1 y ss. TIEDEMANN, Klaus. En JÄHNKE, Burkhard y otros (editores). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 11ª ed., Berlin, New York: De Gruyter Verlag, 1992. Preliminares al § 298 n.m. 1 y ss., § 299, n.m. 1 y ss.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

corrupción en el Estado (4) y en la economía (5). Finalmente quisiera mostrar por qué la corrupción no debería ser sancionada penalmente en otros ámbitos sociales (6).

1. Sobre los delitos de corrupción en el Derecho penal alemán

1.1.

Respecto de la corrupción, el Derecho penal alemán² diferencia entre el cohecho de funcionarios públicos y los cohechos en el tráfico comercial. En ambos casos, hay un tipo penal específico para el que recibe la ventaja y para el que la entrega.

1.2.

En concreto, el Derecho penal alemán regula, en primer lugar, el caso de la “aceptación de ventaja” por un funcionario público (parágrafo 331 del Código penal alemán). Realiza este tipo penal quien como funcionario solicita, se hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero por el ejercicio de sus funciones. Se trata de un delito especial, pues sólo puede ser cometido por aquél que se desempeña en el marco de una función estatal. La función estatal puede cumplirse incluso en una forma de organización de Derecho privado. Determinante es sólo que el autor se desempeñe en cierta medida como brazo ampliado del Estado. En el caso de los jueces, la pena prevista es adicionalmente agravada. Como ventaja entra en consideración toda situación de mejora,³ por lo que junto a las prestaciones financieras pueden considerarse también, por ejemplo, los favores sexuales o la obtención de cargos honoríficos.

El complemento de la aceptación de ventaja es el “otorgamiento de ventaja” (parágrafo 333 del Código penal alemán). Con base en este tipo penal se castiga a quien ofrece, promete u otorga a un funcionario público una ventaja para sí o para un tercero por el ejercicio de sus funciones. Este hecho delictivo no es un delito especial, pues puede ser cometido por cualquier ciudadano.

En las formulaciones de los tipos penales mencionados son dignas de resaltarse dos particularidades que el legislador alemán ha introducido recién hace pocos años en los tipos penales con la finalidad de sortear dificultades de interpretación y de prueba. Por un lado, la ventaja no necesita estar referida a una determinada actuación funcional, sino solamente al ejercicio de funciones en general, pues a menudo resultaba difícil de demostrar a qué actuación funcional exactamente estaba referida la ventaja en el caso concreto. Ahora se puede abarcar sobre todo la llamada “alimentación”, en la que se le hace llegar dineros a un funcionario público en un principio sin indicación de un fin concreto, para mantenerlo así dependiente y tenerlo disponible para futuras actuaciones funcionariales.

Por otro lado, el receptor de la ventaja no necesita ser el funcionario público. La ventaja puede favorecer, más bien, a cualquier tercero, y esto significa también a la corporación pública en la que trabaja el funcionario público. Conforme a ello, nada se opondría a

² Los delitos son reproducidos en el apartado VII.

³ BGHSt 35, p. 128 y ss., p. 133; KUHLEN, Lothar. En: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2ª ed., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. § 331, n.m. 33 y ss.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

una aceptación de ventaja punible si el director de la clínica en el caso mencionado al inicio hubiese empleado los medios para su investigación universitaria.

1.3.

En los delitos de aceptación de ventaja y de otorgamiento de ventaja respectivamente existe un tipo penal cualificado que resulta aplicable cuando la ventaja está referida a una infracción del deber funcional. La infracción del deber debe consistir en una acción u omisión plenamente determinada, no siendo suficiente la actividad funcional en general. Al tipo penal cualificado se le denomina “cohecho pasivo” (parágrafo 332 del Código penal alemán) cuando el funcionario público es el autor, y “cohecho activo” (parágrafo 334 del Código penal alemán) cuando se refiere a la conducta típica del otorgante de la ventaja. Nuevamente la pena se agrava si el hecho es o debe ser emprendido por un juez.

1.4.

Como un caso especial de corrupción en el ámbito estatal está penalizado, en primer lugar, la “corrupción de electores” (parágrafo 108 b del Código penal alemán). Este tipo penal se aplica cuando se compra o vende un voto para un parlamento. En segundo lugar, es punible la “corrupción de diputados” (parágrafo 108 e del Código penal alemán), la cual abarca la compra o venta de votos en las votaciones parlamentarias.

1.5.

Los tipos penales de la corrupción económica han copiado los de cohecho pasivo y cohecho activo en el ámbito estatal con casi idéntico tenor literal. Así pues resulta punible por “cohecho pasivo en el tráfico comercial” (parágrafo 229 inciso 1 del Código penal alemán), quien como dependiente⁴ o encargado de una empresa comercial solicita, hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para dar de manera desleal preferencia a otro en la adquisición de bienes o servicios comerciales en competencia.⁵

Como complemento de lo anterior, se sanciona penalmente por cohecho activo a quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrece, promete u otorga a un dependiente o encargado de una empresa comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que de manera desleal le prefiera a él o a otro en la adquisición de bienes o servicios comerciales. La preferencia debe consistir en una acción determinada. La compra de una disposición favorable en general no resulta suficiente.

Dignos de resaltar en estos dispositivos son nuevamente dos aspectos: Estos dispositivos están referidos, en primer lugar, solamente a la competencia, esto es, al intercambio de servicios en el tráfico comercial, en el que hay más de un ofertante de

⁴ En el ámbito de una actuación privada del Estado se incluyen también los funcionarios de una corporación de Derecho público, TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Kommentar*. 53ª ed., München: Beck Verlag, 2006. § 331, n.m. 10.

⁵ Dar preferencia consiste en poner en mejor posición competitiva a otro frente a otros competidores, BGH. *NJW*, 2003, p. 2996 ss., p. 2997.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n.º 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

bienes o servicios comerciales. En segundo lugar, como receptor de la ventaja solamente entran en consideración personas que están empleadas permanentemente en la empresa o fueron encargadas para un negocio determinado. No se incluye al propietario mismo de la empresa comercial. No habrá corrupción, por tanto, si el propietario de una empresa recibe de cualquier forma prestaciones adicionales para que prefiera a un ofertante frente a los competidores. En contra de muchas voces críticas en Alemania, considero que esta regulación, lo que quisiera mostrar luego, resulta adecuada.

2. Los elementos de la corrupción

2.1.

El concepto de corrupción proviene en su sentido literal de la palabra latina “*corrumpere*” y es utilizada en un sentido amplio como expresión de corruptela, decadencia y perversión moral. A este sentido literal se añaden definiciones de corrupción orientadas al autor que consideran como corrupción la infracción de un deber a causa de ventajas indebidas⁶. Tal definición es, sin embargo, demasiado amplia para abarcar lo específico de la corrupción penalmente relevante. También el autor de una infidelidad patrimonial, de una defraudación tributaria o de una infracción del deber de alimentos no cumple con sus obligaciones a causa de alguna ventaja. Resulta pues muy poco para la corrupción centrarse solamente en la infidelidad en una relación interna de cualquier índole.

Insuficiente es también una definición orientada al autor que entiende por corrupción una “conducción incorrecta subrepticia contraria a deber movida por un interés personal”⁷. También la contaminación de aguas lesiva del medio ambiente o la infracción de un deber de llevar contabilidad constituyen actuaciones incorrectas subrepticias movidas por un interés personal. En general, la mayoría de los delitos son cometidos por un interés personal y especialmente de forma subrepticia.

2.2.

En la correcta dirección van, por el contrario, las definiciones que conceptúan la corrupción como una relación de dos partes. Así, por ejemplo, se observa en la corrupción un “intercambio irregular de ventajas”⁸. La doctrina dominante en Alemania considera, en este sentido, que el elemento esencial de la corrupción es un denominado “acuerdo delictivo”. El comportamiento del receptor de la ventaja y el otorgamiento de la ventaja deben estar en una mutua relación sinalagmática: La prestación debe realizarse, pues, por la contraprestación. En este entendimiento de la corrupción resulta

⁶ DÖLLING, Dieter. “Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts um der Gefahr vor Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?”. En: STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (editores). *Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages*. München: C.H. Beck Verlag, 1996, C 10 con mayores referencias.

⁷ KUBE, Erwin; VAHLENKAMP, Werner. “Korruption – hinnehmen oder handeln?”. *Verwaltungsarchiv*. N.º 85, 1994, p. 434.

⁸ VOLK, Klaus. “Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung”. En: GÖSSEL, Karl Heinz; TRIFFTERER, Otto (editores). *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, p. 419 – 431, p. 421.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

correcto que el comportamiento del receptor de la ventaja y el otorgamiento de la ventaja deban estar unidos el uno con el otro. No obstante, la definición es demasiado limitada si se centra solamente en una relación irregular de intercambio entre el comportamiento del receptor de la ventaja y el otorgamiento de la ventaja. También la receptación o el pago por “trabajo negro” constituyen relaciones irregulares de intercambio de prestaciones, y, sin embargo, nada tienen que ver con la corrupción.

2.3.

Lo específico de la corrupción aparece con claridad si se comparan dos casos uno con otro. Primer caso: El asesino K mata a la víctima O por la recompensa que le ha prometido su mandante A. Segundo caso: El funcionario policial P deja huir al detenido en prisión preventiva U por la recompensa que le ha prometido su mandante A. En ambos casos, el autor se deja pagar por la comisión de un delito. Sin embargo, solamente en el segundo caso se ha dado una corrupción. La diferencia entre ambos casos radica claramente en que el funcionario policial tiene no sólo el deber general de omitir la liberación del detenido –como el asesino tiene el deber general de no matar a otro–, sino también el deber específico frente a su jefe del servicio de vigilar al detenido. Un elemento esencial de la corrupción es, por tanto, que la recompensa esté referida a una especial posición de deber en favor de otro. El receptor de la ventaja debe estar obligado a cautelar con su comportamiento los intereses de un mandante. En otras palabras: Como receptor de una corrupción entra en consideración solamente un “encargado”.

Con todo, falta aún un elemento esencial de la corrupción, como lo muestra el siguiente ejemplo: Para que el policía P pueda detener a un delincuente fugitivo, su amigo F le presta su moto. Aquí P recibe una ventaja para una actuación funcional sin que se trate de un caso de corrupción. Tampoco existiría corrupción en este caso si la actuación funcional fuese antijurídica, por ejemplo, si P quería detener a un inocente, pues, en todo caso, el préstamo de la moto posibilita la ejecución de la actuación funcional, sea ésta acorde o contraria a Derecho. La corrupción requiere, por tanto, que la ventaja no sea útil para la actuación funcional en cuestión. Por el contrario, la ventaja debe, más bien, ir en contra del interés en el correcto ejercicio de la actuación funcional. Esencial para la corrupción es, entonces, una incompatibilidad entre el interés que el encargado tiene que cautelar en virtud de su especial posición de deber, y el interés al que se vincula por la aceptación de la ventaja. A esta incompatibilidad de intereses habrá que acudir luego cuando se trate de determinar los bienes jurídicos protegidos frente a la corrupción.

2.4.

A partir de las consideraciones hasta ahora hechas quisiera definir la corrupción como la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido. Expliquemos y precisemos un poco más los elementos particulares de esta definición.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

a) Corrupción requiere, en primer lugar, una relación trilateral. A una persona se le debe haber confiado la tarea de actuar en interés de un tercero. Debe ser, como ya se dijo, encargado de un tercero. Además, para que la corrupción valga la pena, el encargado debe por lo general ser una persona que pueda tomar decisiones de cierto peso. En primera línea hay que pensar aquí en decisiones y actuaciones jurídicamente relevantes. Debe haber también una persona que pueda otorgar una ventaja. Si bien esta persona es, por lo general, el afectado por la decisión, puede perfectamente ser un tercero ajeno por completo.

b) En la definición propuesta, el concepto de ventaja no se refiere necesariamente a un beneficio financiero. Por contrario, todo lo que pueda motivar a un ser humano, puede también entrar en consideración como ventaja.

c) Para que exista corrupción, el otorgamiento de la ventaja debe estar referido a una posición de deber del encargado. Quien luego de un partido invita una cerveza a un policía que juega fútbol en su tiempo libre, no comete corrupción alguna. Importante es además que la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida y, por tanto, lleve al encargado a una incompatibilidad de intereses.

En este contexto, se plantea la cuestión de cuáles son los criterios para determinar en la corrupción una incompatibilidad de intereses entre la ventaja y la posición de deber. Estos criterios no pueden establecerse de forma abstracta, pues la corrupción puede presentarse en ámbitos de la vida muy diversos. La ponderación debe orientarse, más bien, a los intereses que el obligado tiene que tener en cuenta en el ejercicio de su poder de decisión. Si concuerda con estos intereses que tenga que producirse una contraprestación beneficiosa por un determinado comportamiento, entonces habrá conexidad. Si, por el contrario, contradice los intereses a tener en cuenta que determinado comportamiento esté vinculado en general o no en una determinada forma y modo con una contraprestación, entonces la vinculación irregular del ejercicio del poder de decisión con una ventaja será corruptiva.

2.5.

Puede que mis consideraciones suenen triviales, pero no lo son en lo absoluto. En la discusión jurídico-política europea y alemana existen diversos proyectos de reforma de los delitos de corrupción, en los que los elementos señalados de la corrupción no son abarcados correctamente. Por ejemplo, conforme a un reciente proyecto de ley alemán habría ya una aceptación de ventaja si un funcionario “solicita, hace prometer o acepta una ventaja para sí o un tercero en relación con su función”.⁹ De forma similar, el proyecto de ley de un grupo de trabajo del Consejo de Europa define la corrupción como la promesa, ofrecimiento u otorgamiento de una ventaja para un funcionario o un tercero por la omisión o ejercicio de una actuación funcional.¹⁰

En estas propuestas falta claramente lo esencial de la corrupción: la incompatibilidad de intereses entre el ejercicio del poder funcional de decisión y la ventaja. A

⁹ BT-Drs. 13/3353 del 18 de diciembre 1995.

¹⁰ MÖHRENSCHLAGER, Manfred. Exposición. En: STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (editores). *Verhandlungen des einundsechszigsten Deutschen Juristentages*. München: C.H. Beck Verlag, 1996, t. II/I, L 98 y ss.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

consecuencia de este déficit se abarcarán en el tipo penal conductas funcionariales jurídicamente reguladas. Un ejemplo extremo: El Derecho procesal penal alemán prevé únicamente para el caso de una escasa culpabilidad la posibilidad de sobreeser un proceso penal a cambio del pago de una multa a un tercero, por ejemplo, a una organización caritativa. Dado que en este caso el pago de una ventaja dineraria se realiza en relación con el sobreesimiento del proceso, cumplirían el juez y el fiscal el tipo penal de corrupción, estando, en todo caso, justificados por la regulación procesal penal. Que esto constituye un desorden dogmático no necesita de mayor fundamentación.

Un tipo penal que criminaliza un comportamiento corruptivo debe, por tanto, considerar ya en su formulación la contrariedad de intereses de la vinculación del poder de decisión con la ventaja. Por el contrario, ni la decisión ni la ventaja necesitan ser antijurídicas desde una perspectiva aislada. En efecto, también actuaciones funcionariales permitidas e incluso exigidas pueden estar en una relación inconexa con el otorgamiento de la ventaja.

3. Conductas delictivas de corrupción

3.1.

Después de las consideraciones sobre los elementos esenciales de la corrupción quisiera abordar brevemente la determinación de las conductas delictivas correspondientes. Si con la corrupción se trata de un acuerdo sobre el otorgamiento de una ventaja por el ejercicio de un poder de decisión, entonces las conductas delictivas de corrupción se pueden circunscribir analógicamente con las reglas jurídico-civiles de la celebración y cumplimiento de un contrato. Se comienza con las manifestaciones a través de las cuales una de ambas partes muestra su disposición de concluir el acuerdo, lo que desde el lado del “otorgante de la ventaja” significa “ofrecer” y desde el lado del “receptor de la ventaja” significa “solicitar”. Sigue, como segundo paso, que el correspondiente receptor de la declaración se manifieste conforme con la conclusión del acuerdo, esto es, el prometer o, en todo caso, hacer prometer la ventaja. El acuerdo es finalmente cerrado, en tanto el receptor de la ventaja acepte la ventaja y el otorgante de la ventaja otorgue la ventaja.

Por regla general, la corrupción se refiere a una decisión todavía pendiente. Sin embargo, puede tener perfectamente sentido en supuestos particulares recompensar posteriormente una decisión ya tomada con el otorgamiento de una ventaja contraria a los intereses. Si bien en un caso como éste no tiene lugar un intercambio sinalagmático de prestaciones, puede anunciarse de este modo, con vista a una conducta futura, la disposición a ulteriores acuerdos. Se trata pues en cierta medida de un estadio de preparación que puede ser entendida de nuevo analógicamente con base en el Derecho civil como situación de *invitatio ad offerendum*.

3.2.

En el Derecho penal alemán las conductas delictivas del receptor de la ventaja y las conductas delictivas del otorgante de la ventaja respectivamente están reguladas en tipos penales separados. Ninguno de los tipos penales correspondientes requiere que se haya

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

llegado a un acuerdo o realización exitosa. Por lo tanto, el tipo penal de corrupción se realiza ya si solamente se solicita u ofrece una ventaja, independientemente de si la otra parte acepta el negocio. En este sentido, los tipos penales tienen la naturaleza del llamado delito de emprendimiento (impropio), en el que la tentativa es equiparada formalmente a la consumación. Si el autor es un juez, se castiga incluso la tentativa de la aceptación de la ventaja, esto es, la tentativa de solicitar una ventaja (parágrafo 331 inciso 2 del Código penal alemán).

3.3.

Un adelantamiento de la punibilidad en un estadio temprano del delito es una decisión legislativa que está justificada si el bien jurídico a proteger es de especial importancia. Si es correcta mi tesis de que la corrupción no es un injusto genuino, sino solamente una forma de agresión, entonces la sola circunstancia de que el autor proceda corruptamente no es todavía un fundamento para sancionarlo. La respuesta a la cuestión de la punibilidad del comportamiento corrupto depende, más bien, del especial merecimiento de protección de los bienes jurídicos que, según las circunstancias, son afectados de forma especialmente dañosa a través de la corrupción. Por ello, se procederá, en lo que sigue, a analizar los ámbitos del Estado, la economía y la sociedad en general desde el planteamiento de la cuestión de si una protección de los bienes relevantes frente a la corrupción se presenta adecuada y dado el caso en qué medida.

4. Corrupción en el Estado

4.1.

Sobre el bien jurídico protegido por los delitos de corrupción estatal reina la discusión en Alemania desde hace décadas. Tradicionalmente se enfrentan entre sí sobre todo dos posiciones¹¹. Conforme a un parecer, mediante la prohibición del cohecho de un funcionario debe preservarse la voluntad del Estado ante falsedades de contenido. El parecer contrario pretende asegurar la capacidad de funcionamiento de la Administración ante supuestos que la ponen en peligro, es decir, respecto de la confianza de la opinión pública en la objetividad de las decisiones de la Administración. Si bien ambas posiciones repercuten en aspectos importantes del fin de protección de los delitos de corrupción, esto se pone de manifiesto sólo de forma muy imprecisa.

La confianza de la opinión pública apenas puede ser considerada el bien protegido de los delitos de corrupción. En un Estado en el que, por ejemplo, la corrupción es el pan de cada día y en el que, por tanto, no existe ninguna confianza en la Administración, la corrupción no podría ser castigada. Falta pues una confianza que proteger. En consecuencia, si fuese correcto el parecer que sostiene que el bien jurídico de los delitos de corrupción estatal es la confianza de la opinión pública, la corrupción sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en un Estado; un resultado que pondría francamente de cabeza las condiciones procuradas. Por ello, el objeto al que se refiere la confianza debe, antes bien, protegerse frente a los menoscabos. Sólo si se garantiza la capacidad de funcionamiento de la Administración, recién podrá surgir la

¹¹ Más detenidamente BGHSt 15, p. 88 y ss., p. 96; 47, p. 295 y ss., p. 303; detenidamente KARGL, Walter. “Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)”. *ZStW.* N° 114, 2002, p. 763 y ss. KUHLEN, “Nomos-Kommentar”, § 331, n.m. 9 y ss.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

correspondiente confianza de la opinión pública. Dicho con otras palabras, la confianza de la opinión pública es solamente un reflejo de la protección de la capacidad de funcionamiento de la Administración Pública.

Por otra parte, la capacidad de funcionamiento de la Administración resulta menoscabada no sólo cuando se toman decisiones de contenido incorrectas. La Administración Pública tampoco resulta suficientemente eficiente cuando las decisiones no se toman o se toman con considerable retraso. Si un funcionario público en aprovechamiento de su cargo realiza su trabajo solamente si es sobornado, esto contraviene el funcionamiento de la Administración, aun cuando después las decisiones sean correctas en cuanto a su contenido. Reducir la corrupción estatal solamente a una falsedad de contenido de la voluntad estatal resulta, por lo tanto, insuficiente.

4.2.

No obstante, el concepto de capacidad de funcionamiento de la Administración Pública resulta, a su vez, demasiado amplio para abarcar de forma exacta el bien jurídico específico de los delitos de corrupción. Por ejemplo, a la capacidad de funcionamiento de la policía pertenece también un equipamiento técnico que le permita una eficiente defensa ante los peligros y una eficiente persecución penal. Por lo tanto, los delitos de corrupción protegen solamente un sector de la Administración Pública, a saber, aquél que tiene por objeto el ejercicio jurídico-público del poder de decisión.

Para una institución orientada al bien común de la Administración Pública y de Justicia es fundamental la ausencia de intereses particulares inadecuados. En la Administración Pública, el poder de decisión debe ejercerse institucionalmente con independencia de ventajas inconexas. El correspondiente refuerzo jurídico-penal lo suministran los delitos de corrupción. En consecuencia, no se trata solamente del aseguramiento de la corrección de contenido de las decisiones, sino también del mantenimiento de las reglas formales de procedimiento, esto es, los principios de eficiencia, de imparcialidad e igualdad ante la ley.

Si bien toda decisión de un funcionario público que no tenga lugar libre de intereses particulares inadecuados pone en tela de juicio el sistema institucional de reglas de la Administración Pública, el Derecho penal tiene un carácter fragmentario. Por lo tanto, no puede ofrecer una protección ubicua, sino que sólo puede intervenir en caso de faltas especialmente graves. Si el ejercicio del poder de decisión estatal se vincula al otorgamiento de ventajas, la falta de independencia frente a los intereses particulares de una de las partes resulta patente y, por tanto, evidente el merecimiento de pena.

4.3.

El Derecho penal alemán protege el ejercicio del poder de decisión institucionalizado por el Derecho público primeramente mediante los delitos de lesión de cohecho pasivo y cohecho activo (parágrafos 332, 334 del Código penal alemán). Si a una conducta funcional contraria a deber se le vincula una ventaja indebida, entonces se desautoriza directamente una regla esencial de la decisión.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Pero, junto a lo anterior, también se castiga la vinculación contraria a intereses de ventajas con un ejercicio de la función arreglada a Derecho a través de los delitos de aceptación de ventaja y otorgamiento de ventaja (parágrafos 331, 333 del Código penal alemán). Algunos fundamentan esto a partir del hecho de que la apariencia de que en una decisión de la Administración no se ha procedido regularmente, hace perder ya la confianza de la opinión pública en un limpio desempeño del cargo.¹² Otros consideran estos delitos como delitos de peligro que adelantan la punibilidad, cuyo fundamento se encontraría en que el funcionario que acepta dinero por una decisión correcta, corre el peligro de dejarse comprar luego por una decisión contraria a deber.¹³

Nuevamente ambos pareceres no son capaces de convencer. Si se vincula el ejercicio de un poder de decisión estatal con la obtención de ventajas inconexas, entonces se requiere no sólo la apariencia de que no se procede regularmente. Además, constituye una presunción apenas conciliable con el principio de culpabilidad que un funcionario público que solicita dinero por un comportamiento adecuado a Derecho también esté potencialmente dispuesto a infringir sus deberes por dinero. Estas construcciones no son necesarias para legitimar las normas.

El ejercicio de un poder de decisión estatal solamente puede discurrir por las vías del Derecho público si su independencia está asegurada institucionalmente de ventajas inconexas. En cierta medida, debe formar parte de las condiciones elementales de la Administración Pública el hecho de que en sus fundamentos de decisión no puedan encontrar cabida ventajas no fundamentadas objetivamente, con absoluta independencia de si estas ventajas influyen o no finalmente en la decisión. En este sentido, resulta acertado que los delitos de aceptación de ventaja y otorgamiento de ventaja constituyan delitos de peligro abstracto. Como todos los delitos de peligro, estos delitos tienen la misión de asegurar las condiciones básicas bajo las cuales el correspondiente bien jurídico relevante se puede desarrollar sin menoscabos. En otras palabras, el poder de decisión estatal sólo puede ser ejercido ordenada y confiadamente si se asegura que los motivos del que decide no están influenciados por la concesión indebida de ventajas.

5. Corrupción en la economía

5.1.

También en la economía puede abusarse del poder de decisión para la consecución de ventajas inconexas. La economía privada no es menos proclive a la corrupción que la Administración estatal. Sin embargo, el ámbito en el que las ventajas pueden considerarse como contrarias a intereses es naturalmente menor en las decisiones económicas. Mientras la Administración Pública está orientada al bien común y el mantenimiento de su capacidad de funcionamiento depende, por tanto, de modo esencial de que el poder de decisión no resulte influenciado indebidamente mediante ventajas, la maximización de beneficios es el principio económico de la economía privada. En este sentido, la consecución de ventajas es completamente adecuada en este ámbito, de

¹² BGH 15, p. 354; KARGL W., “Bekämpfung des Anscheins”, p. 783; SCHRÖDER. *GA.* 1961, p. 292.

¹³ BINDING, Karl. *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.* t. I 2. Leipzig: Duncker & Humblot, 1905, p. 726. KAUFMANN, Arthur. *JZ.* 1959, p. 377.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

manera que resulta necesario un análisis exacto de las condiciones bajo las cuales la vinculación de una decisión con una ventaja lesiona intereses merecedores de protección. Con ello, se plantea la cuestión sobre el bien jurídico a proteger con la prohibición de la corrupción en la vida económica.

5.2.

Antes de remitirnos a las prohibiciones penales de la corrupción económica, hay que tener en cuenta primeramente que esta protección puede conseguirse también indirectamente. Criminológicamente vista, la corrupción es un negocio subrepticio. Aquel que recibe la ventaja normalmente no deja constancia de dicha ventaja en los libros contables exigidos por las normas mercantiles. Y usualmente tampoco quien otorga la ventaja anota este gasto ordenadamente en sus libros. Por lo tanto, el refuerzo jurídico-penal de los deberes contables puede también prevenir indirectamente la corrupción. En esta línea, un convenio europeo de lucha contra la corrupción prevé que se establezcan sanciones efectivas e intimidatorias a la omisión y falsificación de los libros comerciales, cuentas y balances.¹⁴ En Italia, el castigo de la infracción de los deberes de rendición de cuentas constituye inclusive el primer medio de lucha contra la corrupción económica.¹⁵

Otra posibilidad de evitación indirecta de la corrupción la ofrece el Derecho penal tributario. Conforme al Derecho alemán, las coimas deben tratarse tributariamente como ingresos. Por consiguiente, quien no declara los beneficios obtenidos a través de la corrupción, realiza el tipo penal de defraudación tributaria. Además, el otorgamiento de ventajas corruptivas no puede ser deducido de la deuda tributaria como gasto de funcionamiento,¹⁶ de manera que el pago de coimas cuando menos resulta encarecido.

La contención de la corrupción a través de los delitos tributarios y contables resulta, sin embargo, sólo un efecto secundario de estas prohibiciones. Ellas no se dirigen contra las conductas de corrupción propiamente dichas y, por ello, en los tratados internacionales de lucha contra la corrupción son consideradas, en todo caso, en el sentido de una protección colateral. El injusto específico no se puede abarcar con estos delitos.

5.3.

La corrupción económica podría ser entendida como un ataque específico al patrimonio. Considerar el patrimonio como el bien protegido resulta factible en la medida que en el ámbito económico se afecta normalmente intereses financieros. Sin embargo, contra el patrimonio como bien jurídico habla, en primer lugar, el hecho que la protección penal del patrimonio asegura fundamentalmente el *status quo* del patrimonio. Como el campo principal de la corrupción económica es la competencia, el daño a los competidores perjudicados se encuentra normalmente en ganancias no alcanzadas.

¹⁴ Art. 8 inciso 2 OECD-BestÜbk (Übereinkommen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung in Europa über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr del 21.11.1997).

¹⁵ Art. 2621 Codice civile “false comunizzazioni sociali”, limitado desde el 2002 mediante el artículo 2621 nueva redacción, con la exigencia de un perjuicio patrimonial.

¹⁶ § 3, inciso 5, supuesto 1, número 10 EstG.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Evidentemente, la empresa, para la que actúa el autor que se deja corromper, puede resultar afectada en su situación patrimonial. Puede pensarse fundamentalmente en el caso del llamado “kick-back”, en el que el autor pacta con el ofertante un precio de compra excesivo y posteriormente se le paga el monto de la diferencia respecto del precio regular de compra. Pero bajo estas circunstancias es también aplicable el delito de infidelidad patrimonial (parágrafo 266 del Código penal alemán). En la infidelidad patrimonial se trata también de un poder de decisión concedido que se ejerce de forma contraria a los intereses. Además de ello, la infidelidad patrimonial requiere que el patrimonio confiado sea perjudicado mediante el abuso del poder de decisión. Por lo tanto, la infidelidad patrimonial es el delito que abarca de manera específica el caso aquí relevante del perjuicio financiero del principal y, por ello, no debería ser contrarrestado a través de un delito de corrupción general.

En consecuencia, parece poco conveniente legitimar el castigo de la corrupción económica prioritariamente a través de la protección del patrimonio, aunque los intereses financieros de los participantes en la competencia resulten completamente protegidos como reflejo de la protección.

5.4.

La corrupción económica es interpretada de forma extendida en Europa con un acento de Derecho laboral,¹⁷ lo cual se corresponde también con el caso criminológico usual de la corrupción del empleado. Conforme a esta interpretación, el injusto radica en la lesión de deberes de lealtad del empleado corrupto frente a su empleador.

La corrupción económica, sin embargo, no debe ser vista prioritariamente desde una perspectiva jurídico-laboral por cuando menos dos razones. En primer lugar, si un empleado infringe sus deberes frente al empleador produciendo un perjuicio patrimonial, el delito aplicable será, como ya se mencionó, la infidelidad patrimonial. Si, por el contrario, el comportamiento no produce un perjuicio patrimonial, entonces el injusto quedará como una mera infracción del contrato de trabajo. Y conforme a un parecer general en la ciencia penal alemana, las meras infracciones de contratos privados no deben ser sancionadas penalmente, pues, de lo contrario, también los otros contratos de prestaciones recíprocas como el arrendamiento, la compraventa y el contrato de obra deberían estar penalmente asegurados, lo que evidentemente desbordaría el ámbito legítimo de una protección penal razonable.

En segundo lugar, no resultaría comprensible, al menos para el Derecho alemán, por qué se sanciona al otorgante de la ventaja como autor de corrupción y no solamente como partícipe del empleado. En efecto, el otorgante de la ventaja no lesiona ningún deber laboral, sino que sólo participa en la infracción del deber del empleado. Además de ello, conforme al Derecho alemán el otorgante de la ventaja resulta punible por delito consumado incluso si solamente ofrece la ventaja, pero el empleado no la acepta. En este caso, ni siquiera habría tenido lugar desde un principio una infracción del deber laboral.

¹⁷ Art. L. 152-6 Code du travail (Francia), Art. 328 del Código Penal holandés, Prevention of Corruption Act 1906, Chapter 34 (Gran Bretaña).

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

5.5.

Finalmente, queda la posibilidad de ver el fin de la prohibición de la corrupción económica (fundamentalmente) en la protección de la competencia.¹⁸ Para una sociedad libre y democrática el mantenimiento de las reglas de una competencia leal es apenas menos importante que una Administración orientada al bien común y sujeta al Estado de Derecho, pues una competencia que funciona lleva a que los bienes y servicios se ofrezcan, por un lado, con el mejor precio posible y, por el otro, con la mejor calidad posible.

Sin embargo, tampoco la competencia puede ser vista sin problemas como el fin de protección de la prohibición de la corrupción en el ámbito económico. Sobre todo se suscitan dos cuestiones. Por un lado, la protección de la competencia requiere que en un ámbito económico exista en general competencia entre los ofertantes, por lo que el otorgamiento de ventajas quedaría sin pena en un sector económico planificado o casi monopolístico.¹⁹ Este vacío de punibilidad no es, sin embargo, gravitante. Si en el negocio se ejerce una presión antijurídica o se tiene ingerencia de forma lesiva sobre el patrimonio de un interviniente, entonces los delitos de coacciones (parágrafo 240 del Código penal alemán) e infidelidad patrimonial (parágrafo 266 del Código penal alemán) intervienen de forma protectora.

De mayor relevancia es un segundo problema: En la mayoría de las regulaciones europeas de la corrupción económica sólo se sanciona penalmente la aceptación de ventaja por parte del empleado de una empresa comercial. El titular mismo del negocio no puede ser sancionado por la aceptación de una ventaja. Sin embargo, las reglas de una competencia leal pueden ser infringidas de igual forma por el titular del negocio como por su empleado, de manera tal que desde el punto de vista de la distorsión de la competencia no parece haber ninguna diferencia si, por ejemplo, el carnicero otorga una ventaja financiera privada al propietario o al administrador de una cadena de restaurantes para que compren su carne y no la de otros competidores. En ambos casos los competidores son perjudicados de forma desleal.

La regulación legal no parece, sin embargo, inadecuada con un análisis dogmáticamente exacto de la problemática. La contradicción de que por una misma infracción de la competencia se hace penalmente responsable sólo al empleado y no al principal, solamente se presenta si no se diferencia de forma precisa entre el bien jurídico protegido, por un lado, y la forma específica de agresión, por el otro. Si bien tanto el comportamiento del principal y como el comportamiento del encargado se dirigen contra el bien jurídico protegido de la competencia leal, solamente en el caso del encargado se presenta la forma de ataque de la corrupción, pues la corrupción como forma de ataque es definida precisamente por el hecho de que el encargado se coloca en una situación de incompatibilidad de intereses al ponerse al servicio de dos señores: del principal y del otorgante de la ventaja. Ya desde un plano conceptual, el principal no puede ponerse en semejante situación de incompatibilidad de intereses, de manera que

¹⁸ Así también la doctrina dominante en Alemania, DANNECKER, “Nomos-Kommentar”, preliminares al § 299, n.m. 4 y ss., con mayores referencias.

¹⁹ HEINE, Günther. En: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch, Kommentar*. München: C.H. Beck Verlag, 27. Aufl., 2006, § 299, n.m. 23 con mayores referencias.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

no puede lesionar por sí mismo el bien jurídico de la competencia leal por la vía de la corrupción. Si el legislador quisiera sancionar penalmente también al principal por la aceptación anticompetitiva de una ventaja, entonces tendría que crear para ello un genuino tipo penal de distorsión de la competencia. Pero las infracciones a la competencia del principal no pueden ser abarcadas como corrupción.

5.6.

De las consideraciones anteriores se derivan dos consecuencias importantes:

a) Si el titular del negocio no puede ser responsable penalmente por la aceptación de la ventaja, entonces debe ser también improcedente una sanción penal para el empleado si el titular del negocio consiente el acuerdo de ventaja o incluso da una orden en este sentido. Hay una razón fundada, por tanto, para que las regulaciones jurídico-penales de la mayoría de los países europeos²⁰ requieran que la aceptación de ventaja deba ocultarse deslealmente al principal por parte del encargado²¹ o sea realizada de forma contraria a deber.²² En Alemania, por el contrario, la jurisprudencia antigua y la doctrina dominante no exigen, en interés de una protección de la competencia lo más eficaz posible, una contrariedad del deber del encargado en una relación interna.²³ Este parecer es, sin embargo, apenas comprensible. Si el acuerdo de una aceptación de ventaja por parte del titular del negocio no es visto como una infracción de la competencia merecedora de pena, entonces tampoco puede merecer sanción penal el caso en el que el encargado comete la misma infracción con el consentimiento del titular del negocio.

Por otra parte, se debe tener en cuenta lo siguiente: Si el encargado llega a un acuerdo de ventaja siguiendo el consejo o con el apoyo del titular del negocio, entonces habría que hacer a éste último penalmente responsable por instigación o complicidad en la corrupción económica, aun cuando el legislador haya prescindido inequívocamente de una punibilidad del titular del negocio. Se contradiría pues la valoración legal si el titular del negocio pudiese ser hecho responsable a título de partícipe.

b) Conforme al tipo penal alemán de corrupción económica pasiva, el encargado puede acordar la ventaja tanto para sí como también para un tercero. En virtud de ello, el tenor literal de la ley permitiría abarcar también el caso en el que el encargado acuerda una ventaja a favor de la empresa en la que trabaja. Esta regulación tiene pleno sentido en los casos de corrupción estatal, pues la Administración Pública está sujeta a disposiciones legales, de manera tal que el Estado no puede procurarse ventajas que no tengan un fundamento jurídico. En la economía privada la situación es distinta, dado que aquí, como ya se mencionó, rige el principio de maximización de beneficios.

²⁰ Más detenidamente, TIEDEMANN, “Leipziger Kommentar”, preliminares al § 298, n.m. 21 y ss., con mayores referencias.

²¹ Así en Holanda: Art. 328 ter Wetboek van Strafrecht; similarmente en Gran Bretaña.

²² Así Francia: Art. L 152-6 Code du travail.

²³ RGSt 48, p. 291 y ss. TIEDEMANN, “Leipziger Kommentar”, preliminares al § 298, n.m. 13. De otro parecer, VORNBAUM. En: HOYER, Andreas; MÜLLER, Henning Ernst; PAWLIK, Michael; WOLTER, Jürgen (editores). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2006, p. 649 (p. 652 y s.). WINKELBAUER, Wolfgang. “Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit (§ 299 Abs. 1 StGB)”. En: HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric; MITSCH, Wolfgang; STERNBERG-LIEBEN, Detlev (editores). *Festschrift für Ulrich Weber*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesekeing, 2004, p. 392 (p. 393).

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Si el legislador entonces deja sin pena al principal, en tanto llega a un acuerdo ventajoso para su empresa o para sus intereses personales con un proveedor –aun cuando se realice mediante una infracción de la competencia–, entonces tal acuerdo ventajoso debe también quedar desprovisto de pena si es alcanzado por el encargado, pues desde el punto de vista de la infracción de la competencia no genera ninguna diferencia si ésta es cometida por el principal o por el encargado. Para que el encargado pueda ser penalmente sancionado, es necesario, más bien, una contradicción de intereses, esencial para la corrupción, en una relación interna. Y precisamente esto falta si el encargado actúa en interés del principal. Si el principal tiene conocimiento o no del acuerdo ventajoso en su favor, no puede desempeñar aquí papel alguno.

5.7.

Como conclusión parcial quisiera dejar establecido lo siguiente: Aun cuando los tipos penales de corrupción en el tráfico comercial sirven a la protección de la competencia, la competencia resulta protegida solamente en la específica forma de ataque de la corrupción. Esta forma de ataque requiere siempre una contradicción de intereses en una relación interna entre el principal y el encargado, de manera que no toda infracción contra la competencia leal mediante acuerdos ventajosos debe perseguirse penalmente.

6. Corrupción en la vida social

6.1.

Hasta ahora mis consideraciones se han referido a los dos ámbitos en los que tradicionalmente, por una parte, y por acuerdos internacionales, por otra, se considera indispensable luchar contra la corrupción, esto es, en el Estado y en la economía. Sin embargo, existen también esfuerzos por crear un tipo penal general de corrupción que rijan para todos los ámbitos de la vida, esto es, también, por ejemplo, para la corrupción de un árbitro en un partido de fútbol. Este tipo penal general de corrupción podría rezar así: “Quien en una decisión con consecuencias para otro no se atiene a las reglas y por ello solicita, se hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero, será castigado...”²⁴ De esta manera, se eliminaría no sólo todos los vacíos de punibilidad, sino que también se aseguraría penalmente en todos los ámbitos sociales que las decisiones que afectan los intereses de otros sean tomadas ordenada y comedidamente.

Sin embargo, espero haber dejado claro que la corrupción es solamente una forma de agresión, al igual que el engaño, la amenaza o la violencia. Corrupción es formalmente abuso de un poder de decisión, sin que el objeto del abuso esté materialmente ya abarcado. La corrupción es indecente e inmoral, pero como tal no es todavía merecedora de pena. Por lo tanto, los paralelos de la corrupción impune con la corrupción punible requieren un análisis preciso del merecimiento de protección de los intereses afectados y no deben ser invocados precipitadamente como argumentos para una ampliación de la punibilidad.

²⁴ Formulación similar, VOLK, “Merkmale der Korruption”, p. 424.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

6.2.

Sobre el caso alemán expuesto al principio puede decirse que si el director de una clínica estatal pide determinados medicamentos porque recibe del productor beneficios personales, este proceder constituye un claro caso de aceptación de ventaja en el cargo. Por el contrario, si el médico es un profesional liberal y tiene un consultorio particular, entonces quedará en Alemania libre de pena si recibe pagos privados de una empresa farmacéutica cuyos medicamentos prescribe. En Francia, por el contrario, está penalmente prohibido a todo médico aceptar ventajas de empresas farmacéuticas.²⁵

En mi opinión, la regulación alemana debe ser preferible, pues hay una diferencia entre el médico empleado del Estado y el médico particular. El director de una clínica estatal está sujeto como funcionario público a reglas de decisión del servicio público. Si acepta ventajas, abusa del poder de decisión que le ha concedido el Estado. Aquí radica el injusto de su hecho y no en la circunstancia de que es médico y pide medicamentos. El médico privado, por el contrario, no está sujeto a reglas de decisión en interés del bien común. Queda completamente a su discreción qué medicamentos prescribe a su paciente, en tanto sean sólo suficientemente eficaces.

El caso sería distinto si los medicamentos prescritos por ambos médicos fuesen más caros que medicamentos igual de eficaces de otra firma. Aquí entraría en consideración en ambos casos un delito patrimonial en perjuicio de los pacientes o de los seguros de salud. Por lo tanto, ambos médicos deberían ser tratados jurídico-penalmente de la misma forma en esta situación, pero nuevamente no porque sean médicos, sino porque han ocasionado un perjuicio patrimonial.

6.3.

Los partidos de fútbol, por más vueltas que se le dé, son placeres privados. Si son manipulados, entonces entran a tallar delitos patrimoniales como la estafa si se produce la lesión de intereses financieros. Las reglas que son constitutivas para la existencia del orden público, no son, por el contrario, infringidas. En este sentido, la corrupción tampoco debería sancionarse penalmente en estos ámbitos de la vida.

Anexo

Texto de los párrafos de Código penal alemán (StGB) citados

Capítulo 26: Delitos contra la competencia

§ 299. Cohecho pasivo y cohecho activo en el tráfico comercial

(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

²⁵ Art. L 4163-2 Code de la santé publique, modificada últimamente mediante el art. 25 inciso 3 de la Ley N° 2002-303 del 4.3.2002, Journal Officiel del 5.3.2002.

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

Capítulo 30: Delitos en el ejercicio de cargo público

§ 331. Aceptación de ventaja

(1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio público que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o un tercero por una acción del servicio, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. La tentativa es punible

(3) El hecho no es punible según el inciso 1, cuando el autor se deje prometer o no acepte una ventaja no exigida por él y la autoridad correspondiente dentro del marco de sus competencias o bien autoriza de antemano la aceptación o el autor de inmediato da aviso a la misma y ella autoriza la aceptación.

§ 332. Cohecho pasivo

(1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio oficial que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación, por haber efectuado una acción del servicio, o que efectuará en el futuro y con ello haya violado sus obligaciones de servicio, o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. La tentativa es punible.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que efectuará en el futuro y con ello viole sus obligaciones de servicio, o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad de un año hasta diez años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

(3) En caso de que el autor exija, se deje prometer o acepte la ventaja como contraprestación por una futura acción, entonces deben aplicarse ya los incisos 1 y 2, cuando él se haya mostrado dispuesto frente al otro,

1. a violar sus deberes en la acción o

2. en cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad a haberse dejado influir por la ventaja a dejarse influenciar por medio de la ventaja en el ejercicio de discrecionalidad.

§ 333. Ofrecimiento de ventaja

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un titular de cargo o a un especialmente obligado con el servicio público o a un soldado del ejército federal para que él efectúe una acción de servicio, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por haber efectuado una acción judicial o que efectuará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(3) El hecho no es punible según el inciso 1, cuando la autoridad respectiva dentro del marco de sus competencias o bien haya autorizado con anterioridad la aceptación de la ventaja por medio del destinatario o la autorice por aviso inmediato del destinatario.

§ 334. Cohecho activo

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue una ventaja aun titular de cargo o a un empleado público especialmente comprometido con el servicio o a un soldado del ejército federal, para él o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción de servicio, o para que la

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A1, p. 1-19. [<http://www.politicacriminal.cl>]

efectúe en el futuro y con ello haya violado o viole en el futuro sus obligaciones, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por

1. haber efectuado una acción judicial y con ello haya violado sus obligaciones judiciales

2. efectuarla en el futuro y con ello violando sus obligaciones judiciales,

será castigado en los casos del numeral 1, con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años; en los casos del numeral 2, con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

La tentativa es punible.

(3) En caso de que el autor ofrezca, prometa u otorgue la ventaja como contraprestación por una acción futura, entonces deben aplicarse los incisos 1 y 2, cuando él intente determinar al otro, para que éste

1. viole sus obligaciones con la acción o

2. en cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad, se deje influenciar por la ventaja en el ejercicio de su discrecionalidad.

§ 108b. Corrupción de electores

(1) Quien ofrezca, prometa, o garantice a otro regalos u otras ventajas, para que no vote o vote en un determinado sentido, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) Del mismo modo será castigado quien exija, o se deje prometer o acepte regalos u otras ventajas para que no vote o lo haga en un determinado sentido.

§ 108e. Corrupción de diputado

(1) Quien trate de comprar o vender un voto para una elección o votación en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, de un Estado, de un Municipio o de una Asociación municipal será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) Adicionalmente a la pena privativa de la libertad de por lo menos seis meses por un hecho punible según el inciso primero puede el tribunal denegar la capacidad de obtener derechos por elecciones públicas y el derecho de elegir o votar en asuntos públicos.