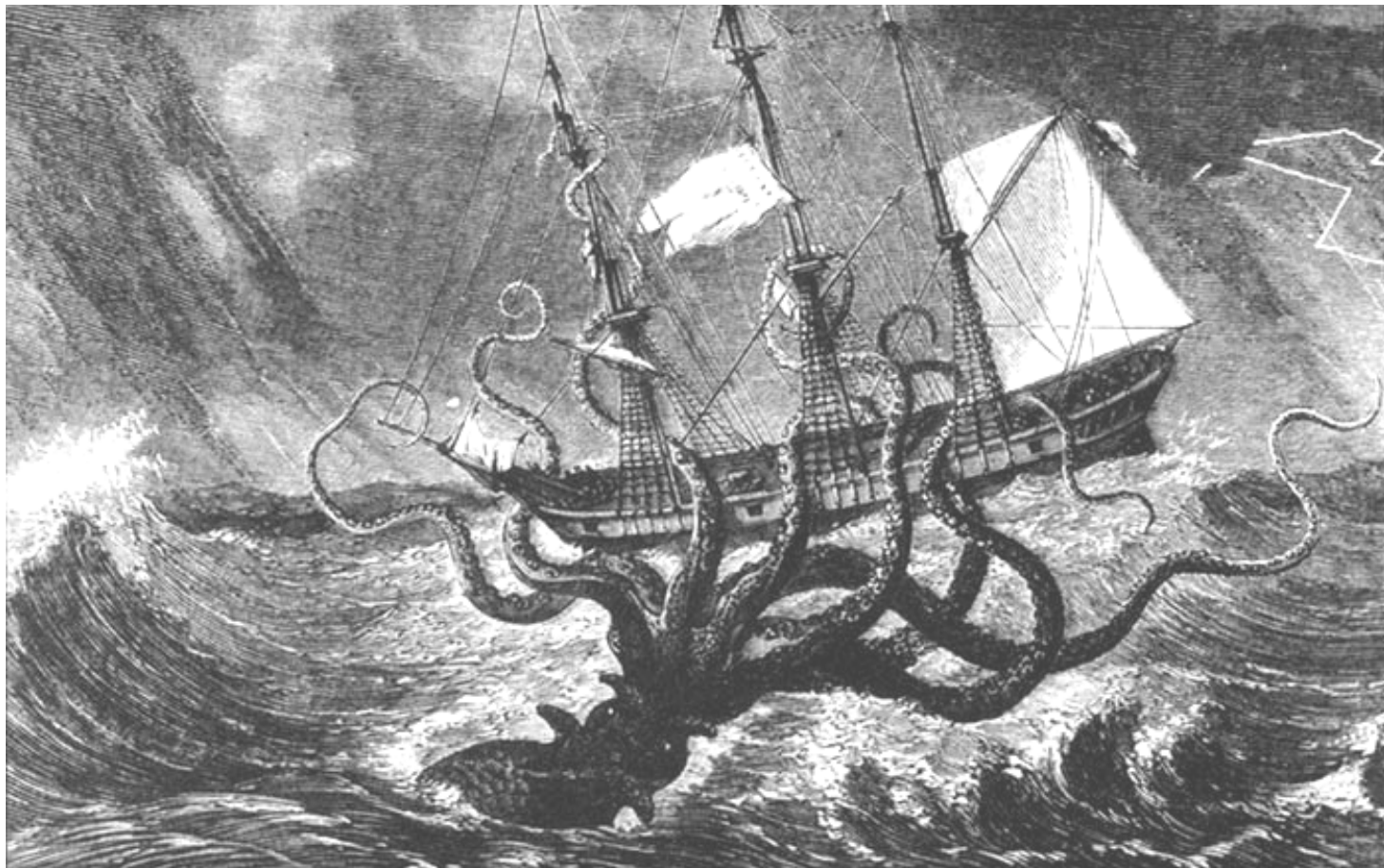

JULIO, 2018

enfoques penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



DIRECTORES

Leandro A. Dias

Juan Pablo Montiel

Carla Salvatori

SECRETARIO DE EDICIÓN

Nicolás Ayestarán

Sobre la trivialización del derecho penal de la corrupción

Un comentario motivado en su actualidad

POR LOTHAR KUHLEN (*UNIVERSIDAD DE
MANNHEIM*) - *TRAD. LEANDRO DÍAS Y NOELÍA
NÚÑEZ.*

I.

La creciente observación de la magnitud y los efectos nocivos de la corrupción han desencadenado a nivel global una gran cantidad de esfuerzos legislativos para combatirla. Estos esfuerzos han transformado significativamente el derecho penal en muchos Estados y producen un aporte importante a la "expansión del derecho penal" (1). Ello afecta, en

primer lugar, el *sector privado*. Aquí las disposiciones penales sobre venalidad y soborno en el ámbito privado fueron ampliadas e intensificadas en múltiples ocasiones (2). Además, en varios Estados, como en España y Alemania, fueron introducidos nuevos tipos penales específicos, que conminan con pena la corrupción en el ámbito de la salud y en el deporte (3).

También los tipos clásicos de soborno contra la corrupción en el *sector público*, como sucede en Alemania con los §§ 331 y ss. StGB, se han ido ampliando de modo creciente (4). Mientras que antiguamente debían proteger exclusivamente la función pública en el Estado nacional correspondiente, actualmente abarcan también *asuntos internacionales*. En el derecho penal alemán ello está regulado en el § 335a StGB, introducido en el año 2015 (5). Esta disposición excede los límites del derecho penal de un Estado de Derecho (6), pues también protege (7) dictaduras y Estados represivos. Cuán lejos entretanto llegó el derecho penal alemán en materia de corrupción, lo muestra un ejemplo. Si un turista alemán soborna a un soldado de la moral del Estado Islámico para evitar que su esposa sea sometida a una pena corporal por llevar vestimenta indecente, realiza el tipo penal de soborno, de conformidad con los § 334, párr. 1, 335a párr. 1, núm. 2a StGB (8). Sin embargo, hasta el momento en Alemania no se ha llegado a realizar un procedimiento penal de esta clase y es de esperar que la situación se mantenga así. Por tanto, puede que la redacción demasiado amplia del nuevo tipo de soborno transnacional siga careciendo de consecuencias prácticas.

Sucede algo distinto con los tipos de soborno en el *contexto nacional*. Estos también fueron ampliados significativamente, especialmente a través de la Ley de lucha contra la corrupción de 1997. Hoy ya no es necesario que la ventaja sea aceptada o concedida para el propio funcionario, sino que es suficiente con la aceptación o concesión de una *ventaja para terceros*. Y en el caso de los tipos de aceptación y concesión de ventajas, de todos modos muy amplios, la ventaja ya no debe constituir una contraprestación por realizar un acto propio de la función oficial determinado, sino solamente por “realizar un acto en ejercicio de la función oficial”. Para ello basta con que las contribuciones sirvan sólo a los efectos de “cuidar el buen clima”, esto es, para promover el bienestar de los funcionarios en cuestiones vinculadas con sus servicios (9).

Estos cambios legislativos han conducido a una “amplitud ilimitada” (10) de los §§ 331, 333 StGB. En la doctrina estos tipos penales, en parte, son considerados inconstitucionales por falta de determinación (11). La opinión dominante, en cambio, considera que las prescripciones son constitucionales. Esto se basa en la confianza en que la redacción demasiado amplia de la ley penal es corregida mediante una interpretación restrictiva por parte de los tribunales penales. Esta confianza implica un cambio en la concepción del principio de determinación (12).

Según esta concepción, el *legislador* no está obligado a redactar las leyes penales de la forma más exacta posible, sino solamente a aspirar, junto con otros objetivos (como la exigencia de abstracción, la claridad y la estabilidad de las regulaciones legislativas), también a la determinación de las leyes penales (13). Por consiguiente, es tarea de los *tribunales penales* subsanar los



déficit de determinación legislativa y, entonces, los tribunales están sujetos a un mandato de precisión (14). Los delitos de sobornos de los §§ 331-334 StGB, ampliados significativamente en 1997, constituyen un importante caso práctico para este modelo de división de trabajo entre el legislador y los tribunales. Por tanto, la forma en que los tribunales penales, en los casos de los §§ 331 y ss., cumplen con su tarea de restringir de manera adecuada tipos penales con una redacción demasiado amplia, no solo es importante para los delitos de soborno, sino que también genera interés por tratarse de un caso ejemplar.

II.

1. La jurisprudencia sobre los §§ 331 ss. StGB, en un principio, cumplió con el mandato de determinación. En importantes decisiones sobre la adquisición de *fondos de terceros* por parte de un docente universitario (15) y sobre la aceptación de *donaciones para la campaña electoral* por el alcalde mayor de una gran ciudad, que se presentaba nuevamente como candidato para ese cargo (16), el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) rechazó (2002 y 2004) la punibilidad de conformidad los §§ 331- 334 StGB, a pesar de que según la letra de la ley también habría sido posible la decisión contraria. Sin embargo, ya la sentencia del BGH —dictada en 2008— en el caso *EnBW* (17) fue ambivalente. El BGH confirmó la absolución del mánager acusado por concesión de ventajas, pero aclaró que también habría sido defendible una condena del tribunal de mérito (18).

La línea inicialmente restrictiva de la jurisprudencia fue abandonada con la decisión del BGH sobre *fotografía escolar* (19). Se trataba de una clase de caso muy habitual en Alemania desde hace tiempo. En una escuela pública, un fotógrafo profesional fotografiaba las clases y a los alumnos en forma individual, con la aprobación del director de la escuela, ofreciendo en venta esas fotos a los padres. El fotógrafo le concede a la escuela una ventaja para la cooperadora, por ejemplo, una Laptop o una suma de dinero para uso oficial. En el año 2006 la Sala en lo civil del BGH decidió —acertadamente, según mi opinión— que este tipo de contribuciones no deben ser cuestionadas, porque constituyen una contraprestación del fotógrafo para la cooperadora de la escuela, inobjetable desde el punto de vista de la competencia (20).

En el año 2011, la Sala en lo penal del BGH juzgó el caso de manera distinta. Según este tribunal, con el dinero o la laptop el fotógrafo concedió al director de la escuela (un funcionario) una ventaja para la escuela (un tercero) y, por cierto, como contraprestación por la delegación de la tarea fotográfica, llevada a cabo por la escuela. Para el tribunal, esta delegación sería un acto propio de la función oficial del director del colegio y contrario al deber; en consecuencia, el fotógrafo y el director de la escuela serían punibles por soborno y venalidad, respectivamente (21). En contra de esta opinión existen graves objeciones (22). Pero para la práctica jurídica, esta opinión es, por el momento, determinante (23). E incluso fuera de la discusión jurídica, entretanto, el comportamiento, más bien trivial y según mi opinión incluso apropiado, de los intervinientes en el caso de la fotografía escolar (24) es considerado como un problema grave y central de la corrupción en Alemania (25).

III.

Frente a este panorama, es notable la actualidad de una decisión del BGH,

*Existe la
confianza en que
la redacción
demasiado amplia
de la ley penal es
corregida
mediante una
interpretación
restrictiva por
parte de los
tribunales penales.
Esta confianza
implica un cambio
en la concepción
del principio de
determinación*

publicada en marzo de 2018 (26), que se refiere al siguiente caso. Un notario (27) (N) documenta distintas ventas de terrenos, en las que interviene un empresario inmobiliario (I). Este le ofrece a N encomendarle este tipo de documentaciones en el futuro y con regularidad, a cambio de que le reclame en cada operación solo la mitad de la tasa legal. N acepta esto y, como resultado, fija reiteradamente solo la mitad de la tasa legal.

En este caso del notario —que en la práctica tiene lugar de un modo más frecuente—, N lesiona su deber funcional de recaudar la tasa determinada legalmente, pero se entendía hasta ese momento que no era punible (28). Esto se debe a que la lesión de este deber funcional está conminada con pena únicamente en supuestos de *elevación* de la tasa fijada, pero no de *disminución* (29). La disminución de tasas tampoco cumple con los requisitos del tipo de un delito contra el patrimonio o contra la competencia (30). Empero, el BGH decidió por primera vez que los intervinientes son punibles por venalidad (N) y soborno (I), respectivamente. La sala considera que en estos casos se produce un acuerdo ilícito, que es un presupuesto para una decisión de esta clase sobre la punibilidad, dado que por medio del otorgamiento de encargos de certificación notarial I le concede al funcionario N una contraprestación por la fijación de tasas bajas y, con ello, por la comisión de un acto propio de la función oficial contrario al deber.

Esta es una construcción posible según el texto de la ley (31), en contra, sin embargo, de las objeciones radicales (32). La opinión del BGH tiene como consecuencia que la disminución de las tasas es juzgada penalmente de modo más severo que la elevación de las tasas, algo que objetivamente no es convincente y que contradice la valoración de la ley de que solo la elevación de las tasas está conminada con pena. Además, esta opinión es aplicable directamente a los tipos calificados de venalidad y soborno y, por tanto, deja vacíos de contenido, en contra del sistema, los tipos básicos de aceptación y concesión de ventajas. Y finalmente, la punibilidad adoptada por el BGH puede ser fácilmente esquivada a través de estructuras económicas equivalentes, de modo que solo son punibles aquellos que sean tan torpes de elegir tales estructuras.

Todos estos problemas se basan en que la construcción de un acuerdo ilícito entre N e I, llevada a cabo por el BGH, es inadecuada. Otra interpretación de estos “*deals*” es la que se corresponde con la situación de intereses y las representaciones de los intervinientes. Estas últimas, según esta interpretación, acuerdan que I aporte por la certificación judicial y a través de N (es decir, a través de un acto propio de la función oficial conforme al deber) meramente una contraprestación reducida (la mitad de la tasa) de modo contrario al deber, en perjuicio del funcionario público N. Empero, esto no es un acuerdo ilícito como requieren los §§ 331 y 333 StGB y tampoco es suficiente, con más razón, para cumplir con los §§ 332 y 334 StGB.

IV.

El caso del notario, así como el caso de la fotografía escolar, realmente no son para nada espectaculares. A pesar de eso, la relevancia jurídico-penal reside precisamente en que ambos casos son valorados por la jurisprudencia alemana como hechos graves de corrupción. Con ello, documentan una *trivialización del derecho penal* de la corrupción, merecedora de críticas y que se aleja ampliamente de su fundamentación cada vez más impregnada por los derechos

Se da una trivialización del derecho penal de la corrupción, merecedora de críticas y que se aleja ampliamente de su fundamentación cada vez más impregnada por los derechos humanos

humanos (33).

La extensión de los tipos penales de soborno a casos triviales de esta clase es probable que tenga que ver con la inclinación alemana, tristemente célebre, al perfeccionismo (34). Empero, esto solamente es válido a nivel superficial. Si se mira de cerca la cuestión, es claro que estos casos se diferencian considerablemente de verdaderos comportamientos corruptos y que aquellos que intervienen en estos casos no realizan ningún ilícito de corrupción.

Si se analiza el contexto en el que fue emitida la decisión del BGH en el caso del notario, este último ofrece una prueba adicional de que la jurisprudencia más reciente del BGH sobre delitos de soborno no le hace justicia al *mandato de precisión* (*Präziserungsgebot*). Esto es decepcionante para aquellos que consideran que la producción de la necesaria determinación penal es una tarea que tienen que cumplir el legislador y los jueces penales a través de una división del trabajo. Pero esto no es una razón suficiente para desestimar este modelo (¿a favor de qué otro modelo?). Más bien, se debería, en el momento oportuno, derivar al *Tribunal Constitucional Federal alemán* la cuestión relativa a si la jurisprudencia del BGH sobre delitos de soborno es compatible con el mandato de precisión.

Notas finales

- (1) Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1999.
- (2) Cf., al respecto, la contribución de Bülte y Bolca Bardón sobre corrupción en el sector privado, en: Kuhlen/Kudlich/Gómez Martín/Ortiz de Urbina Gimeno (Hrsg.), *Korruption und Strafrecht*, 2018. Esta colección contiene las contribuciones que se hicieron en las jornadas organizadas por Crimint sobre corrupción y derecho penal, que tuvieron lugar en 2017 en Barcelona. La edición en español será publicada próximamente por la editorial Marcial Pons.
- (3) Cf. al respecto las contribuciones de *Rosenau/Lorenz/Wendrich* y *Gómez Martín* sobre corrupción en el ámbito de la salud así como por *Satzger* y *Ortiz de Urbina Gimeno* sobre corrupción en el deporte, en: Kuhlen e.a. (nota 2).
- (4) El § 331 regula la aceptación de ventajas (por realizar un acto en ejercicio de la función oficial [*Dienstausübung*], que como tal no tiene que ser ilegal) y el § 332, la venalidad del funcionario (aceptación de una ventaja por realizar de manera ilegal un acto propio de la función oficial [*Diensthandlung*]). El § 333 y el § 334 contienen en forma refleja los delitos de concesión de ventajas y soborno. Con más detalle sobre la estructura de los delitos de soborno: *Kuhlen*, JuS 2011, 673 ss., publicado también en: Revista peruana de ciencias penales 28 (2013), pp. 279 ss.
- (5) El § 335a StGB, entre otros supuestos (en el párr. 1º, núm. 2º), equipara el soborno y la venalidad de funcionarios extranjeros para que realice en el futuro actos propios de la función oficial con el soborno y la venalidad de funcionarios alemanes. En detalle y crítico al respecto, *Kuhlen*, “Die Auslandsbestechung im deutschen Strafrecht”, en: Kuhlen e.a. (nota 2), pp. 27 ss.
- (6) Cf., con más detalle *Kuhlen* (nota 5), pp. 30 ss. Cf. también la contribución de Silva Sánchez, en: *Kuhlen e.a.* (nota 2), pp. 41 ss.
- (7) Si es que produce al menos algún efecto y no se mantiene como un mero acto simbólico —criticable de todas formas por ello— de legislación penal.
- (8) La posibilidad de aplicar este tipo penal al acto cometido en el extranjero surge del § 5 núm. 15a StGB.
- (9) Al respecto, *Kuhlen*, en: Nomos Kommentar zum StGB, 5º ed. 2017 (NK), § 331 nm. 80 con indicaciones adicionales.
- (10) Así, *Knauer/Kaspar*, GA 2005, 385 (391).
- (11) Cf., al respecto, las indicaciones en NK/*Kuhlen*, § 331 nm. 96, nota 300.
- (12) Con más detalle al respecto *Kuhlen*, “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía”, en: Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 151 ss.
- (13) Según esto, el principio de determinación es aquí un mero mandato de optimización.
- (14) Así, en la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) sobre administración desleal (§ 266 StGB): BVerfG

NJW 2010, 3209 nm. 81; al respecto Kuhlen (nota 12), pp. 169 ss.

(15) BGHSt 47, 295. Al respecto, con indicaciones ulteriores, NK/Kuhlen, § 331 nm. 103 ss.

(16) BGHSt 49, 275. Al respecto, con indicaciones ulteriores, NK/Kuhlen, § 331 nm. 106 ss.

(17) Allí, el presidente de la junta directiva de la empresa de suministro de energía EnBW (Energie Baden-Württemberg), en el marco de un plan de sponsorco, había enviado entradas para partidos de la Copa Mundial de Fútbol de 2006 a una lista de personas, entre las cuales había funcionarios de alto rango.

(18) BGH JR 2010, 177 con comentario de Kuhlen, JR 2010, 148 ss.

(19) BGH StV 2012, 19. En detalle, al respecto, Kuhlen, Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, p. 949 (953 ss.); NK/Kuhlen, § 331 nm. 88 ss.

(20) BGH NJW 2006, 225 ss.

(21) Para ambos delitos la amenaza penal es severa. Según el § 332, párr. 1 StGB, la venalidad es sancionada con pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años (excepto los casos de menor gravedad); según el § 334, párr. 1, 1ª oración StGB, el soborno, con pena privativa de la libertad de tres meses a cinco años (excepto los casos de menor gravedad). Debido a que el fotógrafo normalmente interviene como profesional, comete incluso, por regla general, un caso especialmente grave de soborno (§ 335, párr. 2, núm. 3 StGB), que de conformidad con el § 335, párr. 1, núm. 1 StGB ha de castigarse... ¡con una pena privativa de la libertad de uno a diez años!

(22) Cf., al respecto, NK/Kuhlen, § 331 nm. 88a ss.

(23) Cf. VGH Múnich, NVwZ-RR 2016, 52.

(24) ¿Por qué la escuela debería colaborar con la cooperadora sin una contraprestación correspondiente del fotógrafo? ¿No sería esto una administración desleal en perjuicio del erario público?

(25) Cf., al respecto, los artículos periodísticos “291 Millionen Euro Schaden durch Korruption” y “Korruption in der Schule” en FAZ, del 10 de julio de 2018, p. 24.

(26) BGH NJW 2018, 1767 con comentario de *Hoven*.

(27) La tarea más importante de un notario es la certificación notarial de acontecimiento (como la venta de terrenos). Él ostenta, según el derecho alemán, un cargo público, pero el Estado no le paga, sino que recibe tasas de sus comitentes por su actividad. El importe de esas tasas está determinado legalmente. El notario está obligado a cobrar las tasas legales y él no puede superarlas, ni disminuirlas.

(28) Cf. al respecto OLG Stuttgart NJW 1969, 943; NK/Kuhlen, § 331 nm. 89.

(29) Según el § 352 StGB, la elevación de tasas es sancionada con una pena de multa o privativa de la libertad de hasta un año.

(30) Dado que el notario no lesiona ningún patrimonio ajeno, no se está en presencia de una administración desleal (§ 266 StGB). Un soborno, o bien una venalidad, en el tráfico económico (§ 299 StGB) está excluido, porque el notario no es empleado o encargado de una empresa.

(31) *Hoven*, NJW 2018, 1768, de todos modos, considera que la decisión es “defendible”.

(32) Para más detalles sobre el tema, véase mi comentario a la sentencia, que próximamente se publicará en JR (Juristische Rundschau).

(33) Cf. además *Montiel*, Grenzen von Verjährung und Rechtskraft bei Korruptionsdelikten, en: Kuhlen e. a. (nota 2), p. 137 (139 ss.).

(34) Es interesante la cuestión de si en otros países existen exageraciones similares, pero lamentablemente no puede ser abordada aquí.