

El bien jurídico del delito de corrupción pasiva en el sector público (*)

POR MARCELO ALMEIDA RUIVO (**)

Sumario: I. Introducción al problema dogmático. — II. Las hipótesis de bienes jurídicos y de la técnica de tutela de la corrupción pasiva. — III. Propuesta del bien jurídico: daño a la no negociabilidad del acto administrativo y peligro al valor nuclear del acto administrativo. — IV. Bibliografía.

I. Introducción al problema dogmático

El fenómeno de la corrupción tiene una desaprobación reconocida en el ámbito global (1). Si es verdad que la política criminal contemporánea intensifica la utilización de medios de prevención y represión de esa criminalidad, también lo es que la identificación del núcleo y de los límites del ilícito de corrupción sigue visiblemente

discutida en Alemania (2) y en Brasil (3). En parte, eso ocurre en razón de la ausencia de univocidad terminológica y de la existencia de valores, ya sea en la condición de bienes autónomos, o bien, en la composición del bien jurídico complejo (4).

La ciencia penal portuguesa (5) y brasileña (6) tiene ampliamente establecido que el núcleo del ilícito es la lesión o peligro de lesión a un bien jurídico. Específicamente, en relación con el bien jurídico de corrupción pasiva, se encuentra la

(*) En original: "O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público". Traducción de Fernando Buján.

(**) Doctorando en la Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, becario de la Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT-Portugal, 2009-2013) y del Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD-Alemanha, 2014), investigador invitado en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2009, 2011-2012, 2014 y 2016).

(1) Por ejemplo, en Brasil, BITENCOURT, *Direito penal*, 5ª ed., 2009, p. 78; BALTAZAR JUNIOR, *Crimes federais*, 2008, p. 137; en España, TORRES FERNÁNDEZ, "Marco normativo internacional" In: MORILLAS CUEVA; SUÁREZ LÓPEZ, *Urbanismo y corrupción política*, 2013, p. 164; en Francia, MAISTRE DU CHAMBON - LEPAGE - SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 2ª ed., 2010, p. 160; en Alemania, HEINE, "§331 Vorteilsannahme" In: SCHÖNKE - SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª ed., 2006, p. 2735-2753, n. 1, p. 2738; SOWADA, "Vor §331" In: LAUFHÜTTE - SAAN, *Leipziger Kommentar §§ 331 bis 358*, 12ª ed., 2009, n. 41, p. 33; DÖLLING, "Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption", *ZStW*, 2000, v. 112, p. 334; KINDHÄUSER, "Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft", *ZIS*, 2011, n. 6, p. 461, en China, YU, "Korruption in der Volksrepublik China - Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und Bekämpfung", *ZStW*, 2005, v. 117, p. 683. Incluso una referencia en ese sentido, se encuentra en la dedicación del 17º Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) al estudio de la corrupción internacional, JAPIASSÚ, "A corrupção em uma perspectiva internacional", *RBCCrim*, 2007, n. 64, v. 15, ps. 30 y 51.

(2) Por ejemplo, SCHRÖDER, "Rechtsgut der Bestechungsdelikte", *GA*, 1961, p. 289; MAURACH - SCHROEDER - MAIWALD, *Besonderer Teil*, 2012, n. 9, p. 350; WESSELS - HETTINGER, *Besonderer Teil*/2013, N. 1106, p. 347.

(3) Por ejemplo, COSTA JÚNIOR, *Código penal comentado*, 2005, p. 1041.

(4) SOWADA, *ob. cit.*, n. 29, p. 28.

(5) Por ejemplo, COSTA, *O perigo em direito penal*, 1992, ps. 620-621; DIAS, *Direito Penal*, 2007, ps. 114, 143 y 153; MONIZ, *Agravação pelo resultado?*, 2009, p. 63; COSTA, *Noções fundamentais de direito penal*, 2012, ps. 171-174.

(6) FRAGOSO, *Lições de direito penal, parte geral*, 1976, p. 158; SILVEIRA, *Direito penal supra-individual*, 2003, ps. 90-91 y 219; SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, 2004, ps. 38 y 42; SANTOS, *Direito penal*, 2006, ps. 15-17; BECHARA, "Delitos sem bem jurídico?", *Boletim do Ibccrim*, p. 4; D'AVILA, *Ofensividade em direito penal*, 2009, p. 77; D'AVILA, "Aproximação à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos", *RBCCrim*, 2009, v. 80, ps. 27-28; D'AVILA, *Das Unrecht der Umweltdelikte, einige Reflexionen über den Angriff auf Rechtsgüter im Bereich des Umweltstrafrechts*, *GA*, 2011, v. 10, p. 578; PRADO - CARVALHO - CARVALHO, *Curso de Direito Penal*, 2015, p. 218; CAETANO, "Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo" en: FARIA COSTA - GODINHO - SOUSA, *O crimes de fraude e corrupção no espaço europeu*, 2014, ps. 305-306.

sugerencia de conceptos muy amplios, sistema de valores y funciones. Aun así, la notable dificultad de percibir los exactos contornos del bien jurídico no es justificativa para la sustitución de su dogmática por una imprecisa doctrina de los deberes penales (7), que pretende ver el problema resuelto, por medio de la simple “identificación de la lesión de servicio o función” (8). Falta, por tanto, una investigación más aguda sobre el núcleo ontológico de cada una de las propuestas doctrinales, sabiendo la mejor orientación de la realización de justicia depende del rigor en la descripción del bien jurídico.

II. Las hipótesis de bienes jurídicos y de la técnica de tutela de la corrupción pasiva

1. Dignidad y prestigio de la Administración Pública o del Estado

La intención de tutela de la “dignidad” o del “prestigio de la Administración Pública” (9) se presenta o bien en forma absoluta como bien jurídico, o bien asociada a otros intereses de tutela. Es una noción legataria del derecho penal romano con significado de “prohibición de aceptación (y oferta) de cualesquiera dádivas” sin que necesariamente esté en cuestión la efectiva comercialización del acto administrativo (10). El acento en el “carácter preventivo” es aparente, dado que se destina a “combatir la instauración de un clima de venalidad generalizada en la Administración” (11). Es cierto que la palabra corrupción tiene su origen en el vocablo latino *corrumpere* en la acepción de *deteriorar, viciar, pervertir, cohechar, sobornar*. Vicio y perversión son ideales inicialmente muy marcados por una concepción moral de la Administración, que de-

sarrollaron nuevo contenido más específico alejado de la moral, a lo largo de los años.

A pesar de no existir dudas sobre la importancia de la imagen de la Administración para la “eficacia u operatividad en la prosecución legítima de los intereses” (12) confiados al Estado, eso no obliga a asumir exactamente esa propuesta como el bien jurídico penalmente tutelado. No sólo en razón de su imprecisión y amplitud (13), sino también porque la indignidad y el desprestigio pueden ser fruto de una serie de otras causas absolutamente independientes de prácticas corruptas. Piénsese, por ejemplo, en una palabra: la ineficiencia. Por otra parte, la permuta o comercio de actos administrativos por ventajas ilícitas, aunque desconocidos para el público en general, ya configuran el daño a ser evitado por el crimen de corrupción.

2. Moralidad, probidad de la administración y la integridad de los funcionarios

Bastante próximas al punto anterior se presentan las propuestas de protección del “aspecto moral” (14) o de la “moralidad” (15) de la administración. Tampoco están distantes las sugerencias de tutela de la “probidad de la administración” (16), de la “probidad de la función pública” y de la “integridad de sus funcionarios” (17). También es notable la dificultad en determinar con precisión el contenido de esas tales moralidad, probidad e integridad, pasibles de tutela por el derecho penal.

Una posibilidad, con intención de alcanzar concreción para esa propuesta, sería recurrir al principio de moralidad (18) (art. 37 de la Cons-

(7) GRECO, *Lebendiges und Totes in Furbachs Straftheorie*, 2009, p. 353; MARTINS, *Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutlehre*, ZStW, 2013, v. 125, ps. 257-258.

(8) SOWADA, ob. cit., n. 13 y 14, p. 8; KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 462 y 465.

(9) FRAGOSO, ob. cit., p. 1100; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, 1997, p. 107; PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 2004, v. 4, p. 529.

(10) COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, BFD, 1984, p. 57, nota 4. Tal vez una de las razones para que ese entendimiento ejerza influencia más notable en el derecho italiano sea en virtud de una mayor proximidad con el origen romano.

(11) COSTA, “Sobre o crime...”, cit., p. 57, nota 4.

(12) COSTA, “Sobre o crime...”, cit., p. 132.

(13) COSTA JÚNIOR, *Código penal comentado*, 2005, p. 1041.

(14) NUCCI, *Código penal comentado*, 7ª ed., 2007, p. 12.

(15) DELMANTO, *Código penal*, 2007, p. 794; NORONHA, *Direito penal*, 24ª ed., 2003, p. 332.

(16) ALAN, *A corrupção e a tutela penal de bens coletivos*, 2015, p. 135 y ss.

(17) BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, 3ª ed., 2009, v. 5, p. 77; BITENCOURT, *Código penal*, 5ª ed., 2009, p. 1022; WUNDERLICH, “Corrupção passiva” en: REALE, *Direito penal*, 2013, v. 4, p. 36, nota 9.

(18) MENDES - BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 10ª ed., 2015, ps. 860-861; MEIRELLES, *Direito admi-*

titución Federal del Brasil) (19). Se trata de un principio que destaca la dimensión ética del acto administrativo, pero que el derecho constitucional no describe en detalle (20). Inevitablemente cuatro posiciones merecen ser señaladas. Las dos primeras son de orden administrativo-constitucional, relacionadas a los principios de administración pública y al principio de moralidad.

No hay razón para afirmar que el delito de corrupción tutela tan sólo la moralidad, en tanto que la conducta corrupta igualmente ataca a los restantes principios de la administración, esto es, la legalidad, impersonalidad, publicidad y eficiencia. Igualmente no existe definición unívoca y evidente de lo que es propiamente el contenido o el sentido del principio de la moralidad en el Estado laico, democrático y secular. Indefinición conceptual que inviabiliza la continuación de la evaluación del eventual merecimiento, escasez y dignidad o grado de tutela penal (21), especialmente cuando se considera que el derecho debe tener una neutralidad o reserva frente a la intervención en cuestiones morales (22).

A esas dos primeras, se suman otras dos críticas de orden jurídico-penal. Es inviable el tratamiento de la amplitud de sentido propia de los principios constitucionales, a la par de la especificidad, el rigor y los límites del concepto de bien jurídico-penal. Véase que la indiscutible relevancia ético-axiológica del principio de la dignidad de la persona humana no basta para reivindicar la tutela penal en toda su extensión. No menos criticable es la indeterminación, debido a la imprecisión descriptiva, de lo que podría ser efectivamente la ofensa a la supuesta moralidad administrativa.

nistrativo brasileiro, 26ª ed., 2001, ps. 83-85; SANTOS, O controle da moralidade na constituição, 1999, ps. 16-17; FRANCO SOBRINHO, O princípio constitucional da moralidade administrativa, 2ª ed., 1995, ps. 18-19 y 22-23.

(19) Art. 37 — La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión de los Estados del Distrito Federal y de los municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia (...).

(20) MENDES - BRANCO, ob. cit., p. 860.

(21) Para más detalles, ver RUIVO, Criminalidade Financeira, ps. 43 y ss.

(22) Así, en el Iluminismo, por ejemplo, KANT, Die Metaphysik der Sitten, Suhrkamp, 1977, v. 8, p. 337.

La orientación que propone la tutela de la *probidad de la función pública*, sólo aparentemente más concisa, conlleva igualmente, una indeseable vaguedad semántica. En sentido amplio, se entiende por probidad la honradez, en aquello que se refiere a la *observancia rigurosa de los deberes, de la justicia y de la moral*. Por antonomasia, la probidad administrativa consistiría en la observancia rigurosa de los deberes, de la justicia y de la moral, propia de la función pública. Se evidencia así que la aparente mejor delimitación del bien jurídico implica, en verdad, su expansión, porque la intervención penal además de defender la moral, buscaría también la protección de los deberes y de la justicia administrativa.

Por su parte, la integridad de los funcionarios parte de la generalidad de la persona jurídica hacia la particularidad del conjunto de personas físicas de los servidores públicos. Las fragilidades dogmáticas de la propuesta son semejantes. La acepción originaria de *integritas* remite a aquello que es entero, completo o sin la falta de alguna parte. La doctrina emplea la expresión en su sentido figurado, como sinónimo de rectitud, honradez o pureza innata, lo que se aproxima inevitablemente a los problemas anteriormente apuntados.

3. Transparencia de la Administración Pública o del Estado

El interés político en el desarrollo de Estados más transparentes fue incrementándose en la última década en Brasil (23). En ese camino, una posición entiende la *transparencia* de la administración pública (24), en conjunto con otros elementos, como uno de los bienes objeto de tutela.

La transparencia de la administración tiene efecto disuasivo contra la inercia, el abuso del poder e inclusive, la corrupción, pero aun así, no justifica la superación del obstáculo del principio de la intervención penal subsidiaria. La oscuridad del funcionamiento administrativo no constituye la ofensa al bien jurídico, pero sí al menos, la situación de riesgo que puede propi-

(23) Por ejemplo la ley 12.527/2011 regula el acceso a informaciones previsto en el art. 5º, XXXIII, art. 37, § 3º, II y art. 216, § 2º de la Constitución Federal.

(24) PRADO, ob. cit., p. 529.

ciar el surgimiento de la verdadera y específica ofensa al bien jurídico tutelado por el delito de corrupción.

4. *Confianza en la administración en general o en la específica incorruptibilidad del funcionario público*

Las formulaciones que tienen a la confianza como elemento central de sus reflexiones poseen básicamente cuatro versiones. Una primera de sentido abstracto, la *confianza* en la administración como un todo (25), y otras tres más específicas, formando un bien jurídico complejo: la *confianza en la incorruptibilidad del titular de funciones estatales* (26), la *confianza de la comunidad en la objetividad de las decisiones estatales* (27), y la *confianza en la integridad y funcionalidad de la administración* (28).

La primera propuesta tiene la pretenciosa intención de tutela de la complejidad objetiva y subjetiva inherente a la confianza en determinado ámbito de vida, por medio de los estrictos instrumentos disponibles en el derecho penal (29). Tal interés, aunque sea una referencia significativa en la comprensión de la corrupción, no presenta la exactitud necesaria para ser el valor tutelado por el derecho penal. Por otro lado, todo acto incorrecto o aparentemente incorrecto —aunque no debido a la corrupción— realizado por el titular de la función pública, coloca en peligro a la confianza comunitaria en la administración (30).

(25) FRAGOSO, ob. cit., p. 1100.

(26) KÜHL, “§331 Vorteilsnahme”, n. 1, p. 1555. En sentido similar, sobre el crimen de recibimiento de ventajas (Vorteilsannahme), KINDHÄUSER, “§331 Vorteilsannahme”, n. 1, p. 1238, y específicamente concibiendo el bien jurídico como la confianza pública en la eficiencia e integridad de la administración (LENCKNER, “Privatisierung der Verwaltung”, p. 539). Sobre la confianza de la sociedad ofendida por el delito de coima o soborno del Código Penal brasileño de 1890, SIQUEIRA, *Direito penal brasileiro*, p. 280.

(27) HEINE, ob. cit., n. 3, p. 2738.

(28) KARGL, “Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität”, p. 786 presuntamente en el seguimiento de lo que fue desarrollado por Fritz Loos (LOOS, “Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, p. 890).

(29) Sobre los obstáculos a la tutela de la confianza por el derecho penal y, más específicamente, en relación a la confianza en el Sistema Financiero Nacional, ver RUIVO, ob. cit., ps. 87-89.

(30) DÖLLING, “Strafvorschriften gegen Korruption”, p. 336.

Incluso los defensores de esa posición reconocen que la mera apariencia de comerciabilidad del acto administrativo ya sería capaz de conmover la confianza de la colectividad (31).

La segunda propuesta trae información esencial en sus bases, pero aún carece de una mejor delimitación del ámbito de intervención. El núcleo del crimen de corrupción es localizado en la punición de la comerciabilidad del acto del titular de la función pública.

La tercera propuesta identifica el centro de todos los ilícitos de corrupción en *el peligro común para la capacidad funcional del aparato estatal* (32). Buscaría preservar la *confianza de la comunidad en la objetividad de las decisiones estatales*, en el interés no propiamente colectivo, sino específico de los *ciudadanos individuales* (33). Aun cuando fuera correcta la identificación del titular del valor protegido, no podría decirse lo mismo en relación al valor en sí mismo.

Ninguna de ellas supera las inevitables críticas dirigidas a la pretensión de tutela de la dignidad o prestigio de la administración. Incluso cuando no existe publicidad de la comercialización del acto administrativo por el funcionario, sigue existiendo la corrupción (34). En segundo término, la corrupción no ataca sólo la confianza en la capacidad de funcionamiento de la administración, sino la propia capacidad de funcionamiento en sí misma (35). En tercer lugar, sólo tiene sentido tutelar la confianza en aquellos Estados en que existe de hecho una mínima confiabilidad en la capacidad de prestación del servicio por parte de la administración. Y, por tanto, en supuestos de significativa ineficiencia estatal o en que la corrupción forma parte de la vida cotidiana no existiría, concretamente, bien a ser tutelado (36).

Por último, la cuarta propuesta acarrea, en lo que hace a la integridad de la administración, los problemas de vaguedad ya expresados acerca de la integridad de los funcionarios, así como las

(31) KARGL, ob. cit., p. 783.

(32) HEINE, ob. cit., n. 3, p. 2738.

(33) HEINE, ob. cit., n. 3, p. 2738.

(34) COSTA, “Sobre o crime...”, cit., p. 139.

(35) KINDHÄUSER, “Voraussetzungen...”, cit., p. 465.

(36) KINDHÄUSER, “Voraussetzungen...”, cit., p. 465.

objecciones que serán presentadas a la sugerencia de protección de la capacidad funcional del aparato estatal.

5. La administración como un todo, la marcha de la función administrativa o la capacidad funcional de la administración estatal

Una visión considera como *objeto jurídico* del crimen de corrupción pasiva, a la *administración pública* (37) en sus *aspectos patrimonial y moral* (38). Sin embargo, tal afirmación ofrece poca información en el sentido de la interpretación del ilícito criminal, pues apenas respeta lo que ya consta expreso en la ubicación sistemática del delito en el Título XI —delitos contra la administración pública— del Código Penal. Además, no es correcto que siempre existe ofensa patrimonial en la corrupción pasiva. Tómese el ejemplo de la promesa o concesión de ventaja indebida al funcionario desmotivado por la excesiva sobrecarga de trabajo, para obtener una actuación con rapidez y cumplimiento del deber funcional.

Para otros, en una perspectiva significativamente más extendida, debería protegerse el interés en la *marcha regular* (39) o en el *normal funcionamiento* (40) de la administración pública. Ocurre que ambas hipótesis no se refieren a valores, sino a funciones ejercitables por el Estado o, todavía más específicamente, a la cualidad del ejercicio de las funciones administrativas. El interés en la tutela de una función constituye la extensión injustificada del ámbito de protección del ilícito criminal, dado que no existe función socialmente valiosa sin uno o más valores en su núcleo. Son exactamente esos valores los que precisan ser descriptos por el penalista.

Una orientación similar, ha señalado como bien tutelado a la *capacidad funcional de la administración estatal* (41). Es necesario formular tres aclaraciones.

(37) FRAGOSO, “Corrupção passiva”, p. 1100; TELES, *Direito penal*, 2004, p. 412.

(38) NUCCI, ob. cit., p. 1012.

(39) BALTAZAR JUNIOR, ob. cit., p. 137.

(40) PRADO, ob. cit., p. 529.

(41) Reconociendo que la capacidad funcional de la administración estatal depende de la objetividad del hecho

La capacidad funcional de la administración depende del correcto planeamiento y de la efectiva ejecución de aquello que fue planeado. La capacidad funcional depende de la formación y de las condiciones materiales necesarias para el cumplimiento de las actividades esenciales. Aquí resulta igualmente apropiado el ejemplo del funcionario desmotivado presentado más arriba. El soborno, en aquella circunstancia, acaba por preservar la eficiencia en la prestación de la actividad esencial, y sin embargo, adiciona ilegalmente un costo al ciudadano. En otras palabras, en una primera lectura, la capacidad funcional puede ser ejercida conforme lo planeado. Ahora bien, en un segundo momento, se identifica que la prestación está en desacuerdo con la igualdad de tratamiento entre la administración y los particulares. Es decir, que la capacidad funcional es un concepto excesivamente amplio, que abarca una serie de deberes y metas administrativas, lo que sirve para indicar que el bien jurídico tutelado es otro.

6. Pureza u originalidad de la voluntad estatal, objetividad de las decisiones gubernamentales o autonomía intencional de la administración o del Estado

La noción de voluntad del Estado o de la administración es el punto de convergencia de tres opiniones que reúnen defensores en Alemania (42), en Portugal (43) y en Brasil (44). Ellas son la pura u

y de la confianza de la colectividad en la incorruptibilidad del titular de la función estatal (MAURACH - SCHROEDER - MAIWALD, ob. cit., p. 350). Contenido el peligro general en la capacidad funcional del aparato estatal como núcleo del ilícito que protege, en primer lugar, la confianza de la comunidad en las objetividades de las decisiones estatales en HEINE, ob. cit., n. 3, p. 2738.

(42) Se afirma que la protección de la pureza del servicio público fue el bien jurídico visto por el legislador alemán de 1975 (WESSELS - HETTINGER, *Besonderer Teil*, n. 1106, p. 347; ARZT - WEBER - HEINRICH - HILGENDORF, *Besonderer Teil*, 2009, n. 18, p. 1232), aun consta igualmente como objetivo, en el proyecto de Código Penal de 1962, la protección de la confianza de la colectividad en la imparcialidad del funcionario público y en la exactitud objetiva de sus acciones (DEUTSCHLAND/BUNDESRAT, *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 1962, ps. 648-649).

(43) COSTA, “Sobre o crime...”, cit., p. 146.

(44) MELO, “Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção” en: SANTOS - BIDINO - MELO, *A corrupção*, 2009, p. 84.

original *voluntad estatal* (45), la *objetividad de la administración* (46), la *objetividad de las decisiones gubernamentales* (47), y la *autonomía intencional* de la administración o del Estado (48). Es verdad que *al comerciar con el cargo, el empleado público corrupto coloca los poderes funcionales al servicio de sus intereses privados*, lo que también podría expresarse diciendo que abusando de la posición que ocupa, subroga o sustituye al Estado (49), algo que ciertamente debería ser evitado por medio del crimen de corrupción.

Aun no pueden dejar de ser señaladas algunas críticas. La tendencia a la dilatación excesiva de la noción de voluntad estatal, constatable por medio de dos ejemplos. Quien solicita, recibe o acepta promesa de cualquier ventaja indebida, incluso después de ejecutar los actos bajo su atribución o competencia, conforme las directrices, ya comete el crimen de corrupción pasiva simple (art. 17, *in fine*). La descripción típica no exige la práctica, la omisión de la práctica de un acto específico, ni tampoco la violación del deber funcional para la consumación del ilícito (50). Esto es, que si la voluntad estatal no fuera falsificada en la realización del acto administrativo, pero tiene lugar la aceptación de la ventaja, existirá corrupción pasiva.

(45) MAURACH, Strafrecht, p. 707; HETTINGER, "Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats", p. 2269. Aunque con una visión que encuentra correspondencia entre el concepto presuntamente pasible de mala interpretación de confianza de la colectividad y el evitar la falsificación de la voluntad estatal, WESSELS - HETTINGER, Besonderer Teil, n. 1106, p. 347.

(46) DÖLLING, "Strafvorschriften...", cit., p. 336; KÜHL, ob. cit., p. 1555. En ese sentido, específicamente sobre el delito de recibimiento de ventajas (*Vorteilsannahme*), KINDHÄUSER, "§331 Vorteilsannahme", n. 1, p. 1238.

(47) KÜHL, ob. cit., p. 1555. Similar objetividad de las decisiones estatales, en SOWADA, ob. cit., n. 36, p. 31.

(48) COSTA, "Sobre o crime...", cit., p. 146, posteriormente, en el mismo sentido, MELO, "Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção", en: SANTOS - BIDINO - MELO, ob. cit., p. 84.

(49) COSTA, "Sobre o crime...", cit., 1984, p. 144.

(50) Punto que es admitido como problemático incluso por los defensores de esa orientación en Alemania, pues incluso aun cuando la voluntad estatal no sea en nada falsificada por el ejercicio legal del servicio, se verifica la corrupción pasiva sin violación al deber del deber funcional (ARZT - WEBER - HEINRICH - HILGENDORF, ob. cit., n. 18, p. 1232).

Podrá ocurrir que el ofrecimiento y la aceptación de la ventaja solamente tengan lugar después de la correcta realización del acto administrativo, sin que se vislumbre anteriormente que iban a producirse (51). En ese caso, el funcionario sin querer ponderar la ventaja, no sufrió ninguna injerencia en la ejecución de su acto, y aun así, se dejó corromper por una posterior aceptación. Querer encontrar alguna indirecta falsificación de la voluntad o de la objetividad de la decisión estatal, impone el desmembramiento del concepto de voluntad estatal y la ficción de la lesión del valor social.

La pureza de la voluntad estatal o administrativa por sí sola no es reconocida como un valor merecedor y carente de tutela penal. Su significado proviene de las hipótesis relacionadas a la protección y realización de derechos del ciudadano, razón por la cual la protección de la voluntad estatal independientemente de su contenido caracteriza el excesivo estiramiento del concepto de voluntad estatal. La experiencia histórica muestra la tendencia al aumento de la tolerancia comunitaria a la corrupción —independientemente de la intención de fidelidad administrativa a la ejecución de la voluntad estatal— en caso que no se ejecuten efectivamente los intereses del ciudadano, sea por incapacidad administrativa, sea por deficiencia democrática.

No porque sí el aumento de la eficiencia administrativa está inscripto entre las medidas de prevención de la corrupción, pues el daño provocado por la corrupción no es la adulteración de la voluntad administrativa, sino exactamente la falsificación de la intención del acto administrativo en perjuicio de los derechos e intereses del ciudadano en la situación concreta. Pensar lo contrario, justificaría la protección penal de la pureza u originalidad de la voluntad estatal independientemente del modelo de Estado y del gobierno en cuestión, sabiéndose que mantener la rigurosa ejecución de la voluntad de un Estado totalitario puede significar en sí mismo un desvalor y una injusticia.

La autonomía intencional del Estado es violada también por otras prácticas diversas de la corrupción, que ni siquiera constituyen delito,

(51) El ejemplo que es referido en la doctrina especializada, así en HEINE, ob. cit., n. 2, p. 2739.

por ejemplo, por la administración no diligente, negligente o imperita. Tan solo en casos graves y puntuales, se concibe la responsabilización del funcionario público, y aun así, no por corrupción sino por delitos que ofenden otros bienes jurídicos.

III. Propuesta del bien jurídico: daño a la no negociabilidad del acto administrativo y peligro al valor nuclear del acto administrativo

La identificación del bien jurídico tutelado en las múltiples formas del fenómeno de la corrupción exige cierta amplitud capaz de abarcar conceptualmente todas las modalidades. El delito de corrupción protege el acto administrativo realizado dentro de los límites materiales de negociabilidad del servicio público determinados en la ley (52). Se trata de la defensa del contenido del acto administrativo, a título de expresión del interés político comunitario de los ciudadanos en la configuración del Estado y legitimación de la administración pública (53). Algo que está más allá de la mera noción técnica de ley como instrumento regulatorio o expectativa de conducta.

La determinación de lo que se entiende por no negociabilidad exige examinar su revés —la negociabilidad—, dado que lo no negociable significa exactamente el límite insuperable a la negociación. Dentro de esos límites existe relación de negociación legítima entre ciudadanos y servidores públicos. La negociación puede ser vista como una transacción sobre un objeto con la finalidad de obtener beneficios —a partir de las prestaciones y contraprestaciones ofrecidas— para las partes componentes de la relación. La negociación no se limite al comercio o a la transacción de valores pecuniarios con el objetivo de obtener ventajas de diversas naturalezas, por ejemplo financieras, sexuales, morales o políti-

cas (54). Lo esencial es que ella establezca entre las partes un grado de vinculación significativamente pervertido o viciado en lo que refiere a los parámetros éticos que la administración gubernamental debe seguir (55). Esto es, el resguardo del ámbito de cuidado de los valores presentes en la relación entre los ciudadanos y la administración.

La no negociabilidad no se aproxima al sentido ideal —incompatible con la realidad de mercado— de la total exclusión del espacio de contratación por el encargado de la prestación del servicio público. Así apenas se ejecutarían los actos bajo su atribución en estricta sumisión a la ley en la forma típica de la competencia vinculada (56). Ciertamente que el principio de la legalidad no cubre todas las actividades de la administración de la misma forma; algunas con mejor detalle de la precisión del comportamiento, otras con significativo ámbito de autonomía (57). Y eso independientemente de la consideración que se tenga sobre la noción de la legislación en sentido amplio, de modo de cubrir las resoluciones, mandatos y órdenes de servicio.

Exactamente contiguos a la frontera de los actos administrativos vinculados, están dispuestos los actos discrecionales, en los que existe la *facultad de practicar o de dejar de practicar*. Más allá de eso, la facultad de escoger entre las posibilidades la que mejor tenga adecuación en la situación concreta, lo que podría traducirse como el poder del “sí” y el “como” del acto administrativo (58). Todo eso no se confunde con el arbitrio o la ili-

(52) Así se ofrece una mejor definición al entendimiento de la legalidad en el ejercicio de las funciones públicas como el bien tutelado (DIAS, “Corrupção passiva”, p. 476). En cierto sentido, también en SANTOS, “A corrupção de agentes públicos em Portugal” en: SANTOS - BIDINO - MELO, ob. cit., p. 100.

(53) Ese interés político comunitario en la realización del acto administrativo no se confunde con la noción más vaga de interés público que aparece como objeto de tutela, en ALMEIDA, Dos crimes contra a administração pública, 1955, p. 68.

(54) Así se superan las críticas de aquellos que frente a la ventaja personal de otro orden distinto del patrimonial, rechazaban la hipótesis de que el bien jurídico sea la gratuidad de la administración (HEINE, ob. cit., n. 2, p. 2739). En la doctrina clásica, en defensa de la ventaja necesariamente patrimonial, por ejemplo, v. FEUERBACH, Lehrbuch/1826, §479, c, p. 405.

(55) En cierto sentido es lo que constaba en la comprensión del tráfico como elemento característico del crimen de coima o soborno del art. 214 del Código Penal brasileño de 1890 (SOARES, Código Penal, p. 411).

(56) Sobre competencia vinculada, ver COUTO - SILVA, “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”, RPGERG, 2004, v. 27, p. 99.

(57) MELLO, Curso de direito administrativo, 13ª ed., 2000, p. 379 y 383; COUTO - SILVA, ob. cit., p. 98.

(58) COUTO - SILVA, ob. cit., ps. 98 y 100; MELLO, ob. cit., p. 385; MEIRELLES, ob. cit., p. 160.

cidad, en la medida en que es una noción protegida en el concepto de legalidad y de Estado de Derecho (59). Véanse dos ejemplos. Primero, los funcionarios de los bancos tienen la discrecionalidad para negociar —dentro de determinados ámbitos— las tasas de interés y plazos de pago con sus clientes de empréstito. Segundo, las asociaciones empresarias o de productores pueden negociar con agentes públicos la concesión de ciertas líneas de empréstito para el estímulo de determinados ramos económicos.

Tales prácticas son propias de algunos sectores del mercado y las tasas y los plazos a ser establecidos no están previstos anterior y específicamente en ley. También es cierto que los marcos para ese procedimiento están cubiertos por el principio de la legalidad y las directrices acerca de los beneficios intencionados por las entidades públicas no son de difícil identificación. Por tanto, solamente la negociación que supera esos límites es la que constituye el ilícito de corrupción. Ahora bien, si la visualización de la negociación ilícita es nítida en los actos administrativos vinculados, no puede decirse lo mismo sobre los actos discrecionales. Véase que la negociación que lleva al funcionario a retardar o dejar de practicar *cualquier acto de oficio* o a practicar *infringiendo deber funcional* autoriza también a la aplicación de una causa especial de aumento de pena hasta un tercio en la legislación brasileña (art. 317, § 1º, Cód. Penal). Eso comprueba claramente que el bien jurídico tutelado en la corrupción simple no es el deber funcional, pero sí, una característica del acto administrativo, a saber, su no negociabilidad.

Con el delito, se pretende reprimir la práctica del *abuso de las competencias ligadas al cargo* (60) por parte del funcionario. El titular de una función pública representa los intereses políticos difusos de los ciudadanos en la ejecución de la acción administrativa, lo que, en ninguna hipótesis, puede identificarse o substituir al Estado. Ciertamente el servidor no se relaciona con empresas u otros ciudadanos liberado, como si fuese una persona cualquiera, en el ejercicio de sus actividades profesionales o en ámbitos a ellas relacio-

nados. No presta el servicio en nombre propio según su voluntad particular, sino por determinación legal y orientación ética de la administración pública. Luego, cualquier negociación que realice con ciudadanos o empresas debe estar orientada a la búsqueda de lo que es más interesante para la colectividad de los ciudadanos y no para sí mismo.

En sentido específico, el crimen de corrupción protege del peligro de daño los valores nucleares del acto administrativo, que son igualmente el núcleo axiológico de los intereses difusos de los ciudadanos, confiados al cuidado de la actividad estatal (61). Tan sólo en el análisis del caso concreto, frente a lo que estaba previsto para el acto no corrompido (62), es capaz de develarse específicamente cuales intereses y valores fueron ofendidos. También la eficiencia administrativa y la igualdad del acceso a los servicios estatales son apenas principios de la administración pública que sirven a la promoción y protección del valor nuclear del acto administrativo.

Por último, el caso del funcionario que acepta la ventaja después de la realización de la actividad administrativa sin haber sido influenciado por la eventual expectativa de la ventaja ilícita (corrupción pasiva impropia posterior) permite poner a prueba esta propuesta. El ofrecimiento de la ventaja al funcionario público ya significa un acto de oferta en una negociación recién iniciada. Podrá incluso —en la hipótesis en la cual es desconocida la totalidad de los hechos— consistir en la propia contraprestación igualmente elemental de la relación ilícita en cuestión.

(61) Es por eso que se afirma la protección de los derechos constitucionalmente garantizados de los ciudadanos individuales en ARZT - WEBER - HEINRICH - HILGENDORE, ob. cit., n. 3 y 18, ps. 1223 y 1232.

(62) En ese mismo sentido es la conclusión de Deborah Hellman en estudio específico sobre el concepto de corrupción legislativa en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana. La autora afirma que la corrupción es un concepto derivado que depende de la teoría de las funciones representativas en la democracia y, por tanto, la Corte no debería definir la corrupción sin antes conceptualizar lo que sería el buen gobierno. Pues aquello que es realmente importante en determinada institución o agente público no necesariamente se aplica para todos, lo que exige el establecimiento de estándares de la función pública no corrompida (HELLMAN, "Defining corruption and constitutionalizing democracy", *Michigan Law Review*, 2013, V. 111, ps. 1388-1389, 1392 y 1421).

(59) MELLO, ob. cit., ps. 383 y 385; MEIRELLES, ob. cit., ps. 160-161; COUTO - SILVA, ob. cit., p. 98; DI PIETRO, *Direito administrativo*, 20ª ed., 2007, p. 197.

(60) SOWADA, ob. cit., n. 12, p. 8.

En el primer ejemplo, el corruptor ofrece la ventaja en el intento de obtener beneficios o trato privilegiado en una próxima oportunidad en que precise algo ante la administración. La aceptación de la ventaja o de la promesa de ventaja basta para constituir la lesión al valor no negociabilidad de los actos de la administración pública. En el segundo, la negociación estaría consumada y ya habría ocurrido también la prestación por parte del agente público, siendo esperado, por tanto, el cumplimiento de la contraprestación en favor del funcionario por el particular beneficiado. En ambas hipótesis la conducta ofensiva lleva al daño al bien jurídico.

IV. Bibliografía

- ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes, *Dos crimes contra a administração pública*, São Paulo: Saraiva, 1955.
- ARZT, Gunther - WEBER, Ulrich - HEINRICH, Bernd - HILGENDORF, Eric, *Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Bielefeld: Giesecking, 2009.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Crimes federais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BECHARA, Ana Elisa, "Delitos sem bem jurídico?", *Boletim do IBCCRIM*, 2007, n. 181, p. 4-5.
- BITENCOURT, Cezar, *Código penal comentado*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar, *Tratado de direito penal, Parte especial*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 5.
- COSTA, António Manuel de Almeida, "Sobre o crime de corrupção", *Estudos em homenagem ao prof. doutor eduardo correia*, Coimbra: Coimbra editora 1984, v. I, ps. 55-193.
- COSTA, José de Faria, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *Código penal comentado*, 8ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- COUTO E SILVA, Almiro do, "Poder discricionário no direito administrativo brasileiro", *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2004, v. 27, n. 57, ps. 95-109.
- DELMANTO, Celso - DELMANTO, Roberto - DELMANTO JÚNIOR, Roberto - DELMANTO, Fabio Machado de Almeida, *Código penal comentado*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DEUTSCHLAND/BUNDES RAT, *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, mit Begründung*, Bundesratvorlage, Bonn, 1962.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, "Art. 447º Corrupção passiva para acto lícito", *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal, Parte Especial*, Lisboa, 1979, ps. 475-477.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, t. I.
- DI PIETRO, *Direito administrativo*, 20ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007.
- DÖLLING, Dieter, "Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 2000, v. 112, ps. 334-355.
- v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 9ª ed. Giessen: Heyer, 1826.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal, Parte especial*, São Paulo: José Bushatsky, 1965.
- HEINE, Günther, "§331 Vorteilsannahme" In: SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª ed., München: Beck, 2006, p. 2735-2753.
- HELLMAN, Deborah, "Defining corruption and constitutionalizing democracy", *Michigan Law Review*, Ann Arbor: Michigan University, 2013, v. 111, p. 1385-1422.
- HETTINGER, Michael, "Das Strafrecht als Büttel? Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3.11.1995", *Neue Juristische Woche*, München: Beck Verlag, 1996, v. 35, p. 2263-2273.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, "A corrupção em uma perspectiva internacional", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2007, n. 64, v. 15, ps. 29-56.

KAISER, Eberhard, "Spenden an politische Parteien und strafbare Vorteilsannahme", *Neue Juristische Woche*, München: C.H. Beck Verlag, 1981, ps. 321-322.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1977, v. 8.

KARGL, Walter, "Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 2002, v. 114, ps. 763-793.

KINDHÄUSER, Urs, "§331 Vorteilsannahme" In: KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, ps. 1238-1243.

KINDHÄUSER, Urs, "Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, n. 6, ps. 461-469.

KÜHL, Kristian, "§331 Vorteilsnahme" In: LACKNER, Karl - KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 27ª ed., München: Beck, 2011, p. 1555-1567.

LOOS, Fritz, "Zum 'Rechtshut' der Bestechungsdelikte", In: STRATENWERTH, Günter, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin: De Gruyter, 1974, ps. 878-895.

MAISTRE DU CHAMBON, Patrick - LEPAGE, Agathe - SALOMON, Renaud, *Droit pénal des affaires*, 2. éd., Paris: LexisNexis Litec, 2010.

MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 4ª ed., Karlsruhe: Müller, 1964, v. 2.

MAURACH, Reinhart - SCHROEDER, Friedrich-Christian - MAIWALD, Manfred, *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 10ª ed., Heidelberg: Müller, 2012, v. 2.

MELO, Débora Thaís de, "Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos", en: SANTOS,

Cláudia Cruz - BIDINO, Claudio - MELO, Débora Thaís de, *A corrupção, reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra editora, 2009, ps. 41-98.

MONIZ, Helena, *Agravação pelo resultado? contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal, atualizado por Adalberto José Carmargo Aranha*, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1010-1013.

PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2004, v. 4.

RUIVO, Marcelo Almeida, *Criminalidade Financeira: Contribuição à Compreensão da Gestão Fraudulenta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011.

SANTOS, Cláudia Cruz, "A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência" In: SANTOS, Cláudia Cruz - BIDINO, Claudio - MELO, Débora Thaís de, *A corrupção, reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra editora, 2009, ps. 99-152.

SCHRÖDER, Horst, "Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Hamburg: Decker, 1961, ps. 289-298.

SIQUEIRA, Galdino, *Direito penal brasileiro, Parte especial*, 2ª ed. Rio de Janeiro, 1932, v. 2.

SOARES, Oscar de Macedo, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, reimpr., Brasília: Senado Federal, 2004.

SOWADA, Christoph, "Vor §331" In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm - SAAN, Ruth Rissingvan, *Leipziger Kommentar §§ 331 bis 358*, 12ª ed., Berlin: De Gruyter Recht, 2009, p. 1-135.

TELES, Ney Moura, *Direito penal, parte especial*, São Paulo: Atlas, 2004.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Marco normativo internacional contra la corrupción” In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo - SUÁREZ LÓPEZ, José María, *Urbanismo y corrupción política, una visión penal, civil y administrativa*, Madrid: Dykinson, 2013, ps. 162-192.

YU, Guiying, “Korruption in der Volksrepublik China - Begriffsbestimmung, Erscheinungsfor-

men und Bekämpfung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 2005, v. 117, ps. 683-696.

WESSELS, Johannes - HETTINGER, Michael, *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 37º ed., Heidelberg: Müller, 2013.

WUNDERLICH, Alexandre “Art. 317 — Corrupção passiva” In: REALE JÚNIOR, Miguel, *Direito penal, jurisprudência em debate*, Rio de Janeiro: GZ editora, 2013, v. 4, ps. 35-55. ♦

• - - - - - •