

Del „bien jurídico“ en los delitos de cohecho*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

Cuando, en los años 1959 a 1961, con ocasión de unos escándalos de corrupción asaz alarmantes para el público, se suscitó una fuerte controversia en torno a la interpretación de los delitos de cohecho, también fue objeto de la polémica el “bien jurídico” o los “bienes jurídicos” de tales delitos. Reducido a una breve fórmula, hubo aquí dos opiniones:¹ conforme a una concepción, los parágrafos 331 y ss. del Código penal debieran proteger ante un “falseamiento de la voluntad estatal”; según la otra, objeto de tutela era la capacidad funcional de la Administración del Estado^{1*}. Portavoz de la primera opinión fue *Eberhard Schmidt*,² al cual, por cierto, secundó la mayor parte de las voces.³ La tesis opuesta se convirtió en base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal,⁴ el que encontró apoyo en una serie de artículos de jueces y fiscales,⁵ aunque también *Hans Welzel*⁶ y *Horst Schröder*⁷ estuvieron de acuerdo con el superior tribunal. Con arreglo a la primera concepción, de los dos tipos de cohecho pasivo – a los que se circunscribe la investigación presentada aquí –, el supuesto del parágrafo

332 del Código penal es el “conductor”: solamente con la actuación administrativa *contraria* a deber, la cual, a diferencia del parágrafo 331, en el 332 es indispensable como equivalente de la ventaja, se entra en el ámbito del falseamiento de la voluntad estatal. El parágrafo 332 constituye un delito que se adelanta “lejos en el campo de la tentativa”;⁸ la intención de falsear la voluntad estatal en el momento de la aceptación, la exigencia o del hacerse prometer una ventaja, es suficiente, aunque también necesaria.⁹ En cambio, el parágrafo 331 constituye una “especie de delito de peligro abstracto”,¹⁰ ya que el funcionario que acepta una ventaja para una actuación administrativa *contraria* a deber,¹¹ se expondría además al riesgo de realizarla después debido a la ventaja.¹² Por el contrario, el Tribunal Supremo Federal¹³ y *Schröder* en particular, quien trató de relacionar sistemáticamente los criterios desarrollados por la jurisprudencia,¹⁴ divisan en toda aceptación de ventajas, por tanto, con independencia de que la ventaja sea el equivalente de una acción conforme o *contraria* a deber, una puesta en peligro de la capacidad funcional de la Administración, a saber, por la perturbación de la confianza del público en la objetividad de sus decisiones. El parágrafo 332 pasa a ser entonces una calificación del 331, ya que con la apariencia de venalidad en las actuaciones funcionales *contrarias* a deber, sobrevendría una perturbación más fuerte de la confianza del público.^{15 16}

* Original “Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, en: Stratenweth et al. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 879 ss. – Traducción y notas del Prof. Dr. Dr. h.c. *José Luis Guzmán Dalbora*, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso, y ex catedrático de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

¹ Cfr. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 539.

^{1*} La alternativa formulada aquí – que sigue en lo medular a *Horst Schröder*, GA 1961, pp. 289 y 290-292 – resulta particularmente simplificadora, porque los adeptos de la “teoría del falseamiento de la voluntad del Estado” casi siempre entienden como bien protegido, además, la capacidad funcional de la Administración en general. Al respecto, cfr. especialmente texto y notas 39 y 40.

² *Schmidt*, *Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, 1960, pp. 79 y ss., especialmente 81 y ss. (números 139 y ss., especialmente núm. 143); *Schmidt*, *Die Sache der Justiz*, 1961, pp. 62 y ss.

³ Por ejemplo, *Baumann*, *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, 1961, pp. 8 y ss.; *Bockelmann*, *ZStW* 72 (1969), pp. 251 y 257; *Henkel*, *JZ* 1960 (507 y 508); *Kaufmann*, *JZ* 1959, 375; *Klug*, *JZ* 1960, 724 y 725; *Maurach*, *Titel*, 5ª ed. 1969, pp. 749 y ss.

⁴ Fundamental, BGH 15, 88, y 96 y ss.; cfr. BGH 15, 352 y 354; BGH 15, 239 y 242.

⁵ Por cierto, el problema del bien jurídico es abordado sólo raras veces con detenimiento; cfr., por ejemplo, *Kirschbaum-Schmitz*, GA 1960, pp. 321 y 344; *Stein*, *NJW* 1961, pp. 433, y 435 y ss.; más claro, en cambio, *Fuhrmann*, *ZStW* 72 (1960), pp. 534 y 537-539

⁶ Cfr. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 9ª ed. 1965, p. 488.

⁷ *Schröder*, *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten*, GA 1961, pp. 289 y ss.; *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 11ª ed. 1963, n. 1; semejante, ya en 10ª ed. 1961, § 331, I.

⁸ Así, ya *Binding*, *Handbuch*, I, 2, 1905, p. 726; conforme, *Eb. Schmidt*, *Bestechungsdelikte* (nota 2), p. 80 (n. 141).

⁹ Por ejemplo, *Baumann* (nota 3), pp. 29 y ss., y 34 y ss.; *Eb. Schmidt* (nota 8), pp. 79 y ss. (n. 140 y ss.).

¹⁰ *Arthur Kaufmann*, *JZ* 1959, 377; coincidente, *Eb. Schmidt* (nota 8), p. 149 (n. 267); *Maurach* (nota 3), pp. 749 y ss.

¹¹ Para simplificar la exposición, aquí y en lo sucesivo se emplea la aceptación de ventajas para representar, asimismo, las demás modalidades de la acción.

¹² Sobre esta argumentación, que se remonta a *Feuerbach*, cfr. *Binding* (nota 8), pág. 731; *Kaufmann* (nota 3), p. 377.

¹³ BGH 15, 88, y 96 y ss.; pp. 352 y 354. Con ello, se ratifica, en definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo del Imperio, RG 39, pp. 193, y 201 y ss.

¹⁴ *Schröder*, GA 1961, p. 292; cfr. *Baldus*, en: *Jähneke/Laufhütte/Odersky* (eds.) *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. 8, 11ª ed. 2005, comentario preliminar al § 331, n. 20.

¹⁵ *Schröder*, GA 1961, p. 292; BGH 15, 354.

¹⁶ Sin embargo, estas dos alternativas de caracterización de la “esencia” de los delitos de cohecho pudieran conservar relevancia aún, con arreglo al estado actual de la discusión. Las interpretaciones según las cuales se protegería la “gratuidad” o bien la “pureza” del desempeño del cargo (indicaciones bibliográficas, *Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 1, a), son, ora formales en exceso, ora demasiado imprecisas; de hecho, la mayor parte de las veces – como se denota en la fórmula de lo “invendible” de las actuaciones funcionales – cabrá aproximarlas a alguna de las alternativas nombradas en

De estas definiciones contrapuestas sobre el bien jurídico, no se ha extraído en absoluto consecuencias respecto de todas las concretas cuestiones prácticas que fueron objeto de controversia en la polémica mencionada al principio. Justo a propósito del problema de más vivo debate a la sazón, esto es, bajo qué supuestos sería contraria a deber, en el sentido del parágrafo 332, la actuación ministerial de un funcionario dotado de poderes discrecionales, sólo de pasada se ha recurrido a la argumentación del bien jurídico.¹⁷ En efecto, nada se puede obtener para este problema de las doctrinas reproducidas *supra* sobre el bien jurídico en los delitos de cohecho, ya que ambas suponen que esté esclarecido antes el alcance de la contrariedad a deber de la actuación funcional, sea como característica del falseamiento de la voluntad estatal, sea como elemento de calificación de la perturbación de la confianza del público. En términos prácticos, las consideraciones relativas al bien jurídico recién cobran relevancia en la controversia acerca de si el funcionario, para realizar el tipo del parágrafo 332, ha de proponerse realmente la actuación funcional indebida – así, la “teoría del falseamiento de la voluntad estatal”, de *Eb. Schmidt*¹⁸ –, o basta la manifestación de este propósito, independientemente de que el autor lo aliente en verdad, dude todavía o lo simule¹⁹ – así, la “teoría de la puesta en peligro de la confianza”, postulada por el Tribunal Supremo Federal y *Schröder*, según la cual es suficiente la apariencia de venalidad de las actuaciones contrarias a deber^{20 21} –.

el texto. Por cierto, son considerables los intentos de combinar ambas posibilidades; sobre ello, véase, *infra*, texto y nota 40.

¹⁷ La solución insinuada por *Schröder*, GA 1961, pp. 289 y 293, del problema de la contrariedad a deber de la decisión discrecional, con la ayuda de sus consideraciones sobre el bien jurídico, no es tal en un examen más detenido. Más bien, *Schröder* trata exclusivamente la cuestión de si el funcionario, al aceptar la ventaja, ha de haber tenido la intención de cometer la acción contraria a deber (pp. 293 y ss.); sin embargo, este no es un problema específico del funcionario con poderes discrecionales, como reconoce también Rudolf *Schmitt*, ZStW 73 (1962), pp. 414, y 436 y ss., respecto del criterio basado en la declaración (cfr., sin embargo, pp. 432 y ss.). Acerca del problema del cohecho activo en el caso de esos funcionarios, cfr., últimamente, *Dornseifer*, JZ 1973, pp. 267 y ss.

¹⁸ Cfr. tan sólo *Schmidt*, (nota 2), pp. 81 (n. 143) y 149 (n. 267).

¹⁹ Por lo visto, este grupo de casos no surge en la judicatura y tampoco es discutido en la bibliografía. Los casos paralelos aducidos por *Schmitt* (nota 17), pp. 433 y ss., son distintos.

²⁰ BGH 15, 96 y ; *Schröder*, GA 1961, p. 292.

²¹ Además de ello, se afirma que la determinación del bien jurídico es también relevante para la cuestión de si es posible una conexión continuada entre un hecho conforme al § 331 y un hecho conforme al § 332. El Tribunal Supremo Federal, en la sentencia de BGH 12, 146, por tanto, antes de la fundamental decisión de BGH 15, 88, había negado la conexión continuada entre los cohechos simple y grave,

La discusión sobre los delitos de cohecho terminó poco menos que abruptamente, en 1961, sin que fuese alcanzada una convergencia de opiniones en los puntos controvertidos, tampoco el particular de la “esencia” de estas infracciones. Hasta el momento, sólo fue común la convicción de que la “teoría del falseamiento de la voluntad estatal” tiene como consecuencia el reclamar la intención de cometer una acción contraria a deber, en cuanto presupuesto de la realización del tipo del parágrafo 332. Frente a ello, la “teoría de la puesta en riesgo de la confianza” llevaba a renunciar a dicho requisito. Actualmente, esa convicción común es puesta en duda en la Exposición de motivos del Proyecto de una Ley de Introducción al Código penal²¹. Este Proyecto confirma

puesto que entre los párrafos 331 y 332 no existiría la relación de un tipo básico con uno calificado; la actuación funcional conforme a deber, que presupone el § 331, excluiría la contraria a deber del § 332. *Arthur Kaufmann*, que aprueba esta problemática concepción del vínculo del § 331 con el § 332, considera insuficiente dicha argumentación; lo decisivo – y de esta suerte *Kaufmann* se declara conforme con el Tribunal Supremo en sus conclusiones – residiría en que el § 331 sería tan sólo un delito de peligro abstracto, una clase de “delito de policía”, y por eso no podría entrar en consideración una conexión continuada con el delito de falseamiento de la voluntad estatal contenido en el § 332 (JZ 1959, 377; coincidente, *Eb. Schmidt* [nota 8], pp. 147 y ss. [n. 266 y 267]). En cambio, *Schröder* estima factible tal conexión, ya que ambos delitos de cohecho representan figuras de peligro abstracto para la integridad de la Administración (*Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 3, 30; de forma sorprendente, pues no aporta argumentos para ello, discrepa *Baldus* (nota 14), § 331, n. 44). A su turno, *Geerds*, *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung*, 1961, p. 55, n. 293, considera posible una conexión continuada entre el delito de peligro abstracto del § 331 y el delito de peligro concreto del § 332. A este contexto pertenece también la cuestión de si el funcionario que califica erróneamente como conforme a deber la actuación ministerial emprendida por él, puede ser castigado a causa de cohecho simple consumado, o sólo existirá una tentativa impune (a favor de lo último, *Eb. Schmidt* (nota 8), p. 114 [n. 202]; no del todo unívoco, *Kaufmann*, JZ 1959, pp. 375 y 376). En cuanto se plantea aquí que el § 331 habla de una actuación funcional en sí misma no contraria a deber, pudiera ser convincente la réplica de *Geerds* (nota 21), p. 55, n. 293, de que se trataría de una mera fórmula de delimitación. En cambio, si se contempla el contenido de injusto de los párrafos 331 y 332 como yacente en planos por entero distintos, según corresponde a la intención de *Eb. Schmidt* ([nota 8], pp. 147 y ss., n. 267), se podría asignar a la fórmula una significación positiva.

²¹ Por cierto, *Baumann* (*Bestechungsdelikte*, p. 11) había observado que, en el caso de los delitos de cohecho, únicamente la interpretación de los elementos típicos individuales procura claridad sobre el bien jurídico protegido (coincidentes, *Baldus* [nota 14], comentario preliminar al

ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal; en particular, con la nueva versión del párrafo 332, III, se deja en claro que el “mostrarse dispuesto” a la acción de servicio – por cierto, futura – contraria a deber, satisface ya el tipo del cohecho grave^{22 23}. Sin embargo, la Exposición de motivos del Proyecto se aparta de la concepción sistemática del Tribunal Supremo y de su intérprete, *Schröder*, y trata de relacionar el régimen del párrafo 332, III, en su nueva versión, con el criterio del falseamiento de la voluntad estatal. Ya la declaración de la disposición al acto ministerial contrario a deber implicaría el peligro – ostensiblemente, concreto – de un falseamiento de la voluntad estatal en el caso particular.²⁴ Puede que en ello se tenga en mira – la

§ 331, n. 18; *Maurach* [nota 3], p. 749). La investigación que presentamos aquí es apropiada para confirmar esta sospecha; su tarea reside precisamente en esclarecer por qué la argumentación sobre el bien jurídico es de particular problematismo en el ámbito de los delitos de cohecho.

²² En la terminología del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal, que se cita aquí según el Impreso 7/550 de la 7ª Legislatura del Parlamento alemán, la palabra “cohecho” (*Bestechlichkeit* voz que significa también corruptela o venalidad [nota del traductor]) figura en oposición a “aceptación de regalos”.

²³ En el § 332, ap. III, del Proyecto se deja en claro que el funcionario tiene que mostrarse dispuesto ya a la futura actuación ministerial contraria a deber, y la Exposición de motivos (pp. 273 y ss.) subraya que el empleado tiene que emitir una expresión que *objetivamente* sea de interpretar como un declararse dispuesto a la actuación ministerial indebida; por ende, la suposición del funcionario, de que el *partner* entendiéndose la aceptación de la ventaja como un declararse dispuesto, no basta. En cuya virtud, el dolo del empleado tiene que referirse a la expresión correspondiente, y no a la representación del *partner*. En ello pudiera verse cierta divergencia respecto de la concepción contenida en la sentencia de BGH 10, 237, y 241 y ss., concepción aparentemente asumida en BGH 15, 98 (no del todo unívoco, BGH 15, 239: por un lado, p. 242; por otro, p. 250), según la cual bastaría con que el funcionario proceda con “dolo condicionado” respecto de la representación correlativa del *partner*. Claro es que, por la peculiar situación de los actos comunicativos, la diferencia pudiera ser de poca importancia: en efecto, también según el Proyecto es suficiente que el funcionario, al aceptar el regalo, cuente con que el destinatario entienda esto último como declaración concluyente de estar dispuesto (cfr. Exposición de motivos, loc. cit., p. 274). Según el tenor literal de la ley, sólo una imposibilidad “objetiva” de reconocer la declaración, en cuyo caso casi se puede dejar de lado el “horizonte del receptor”, no una mala inteligencia del *partner*, pudiera excluir, incluso en el porvenir, la consumación.

²⁴ Loc. cit., pp. 269 y ss., y 273 y ss. Sin embargo, la Exposición de motivos del Proyecto nombra como bien jurídico primario la “integridad del servicio público” (loc. cit., p. 269). La explicación pormenorizada reza que hay que prevenir “la venalidad de las actuaciones funcionales y la par-

Exposición de motivos no es concluyente – que el funcionario, con la aceptación del regalo y la declaración de estar dispuesto, se expone a una situación opresiva tal, que pudiera verse precisado, pese a alentar la intención contrapuesta, a realizar finalmente la acción indebida, esto es, por temor a que se le descubra como corrupto²⁵.

De suerte que la base argumental de la Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal es, igualmente, la teoría del falseamiento de la voluntad estatal. Con ello surge la pregunta de si esta teoría explica con exactitud, *de lege lata* y *de lege ferenda*, el fundamento de la punición de los delitos de cohecho, por encima de la consideración de si la Exposición de motivos acierta con un criterio psicológico correcto y de relevancia estadística, o sólo se confirma la “sospecha” de que aquí se introduce solapadamente aquella facilitación de la prueba – al parecer, preocupante – que habían defendido sin rodeos jueces y fiscales a causa de las dificultades probatorias.²⁶

La teoría del falseamiento de la voluntad estatal ha sido sometida a una categórica crítica por Horst *Schröder*.²⁷ La crítica de *Schröder* se apoya en la legalidad vigente, la cual, por cierto, no será alterada, según se indica, por el Proyecto de Ley de Introducción al Código penal; su punto de partida, en principio, es positivista. *Schröder* extrae su primer argumento de que los delitos de cohecho y, por cierto, también el cohecho pasivo grave, no serían “delitos de determinación”, ya que incluso la recompensa posterior es suficiente para la realización del tipo²⁸. En virtud de esto, es

cialidad de los empleados, debidas a una ventaja en el cumplimiento de sus deberes, y, con ello, adicionalmente, el falseamiento de la voluntad estatal”. Con la tripartición venalidad-imparcialidad-falseamiento de la voluntad estatal se manifiesta claramente la aproximación a la última teoría, si bien la Exposición de motivos elude adoptar una postura unívoca y tampoco excluye del todo la significación de los delitos de cohecho según la doctrina de la tutela de la confianza del público (loc. cit., pp. 269 y ss.).

²⁵ En el caso del sujeto que no está aún resuelto, caso tampoco mencionado aquí, pudiera razonarse con el argumento *a fortiori*.

²⁶ Cfr., últimamente, *Baldus* (nota 14), comentario previo al § 331, n. 20.

²⁷ *Schröder*, GA 1961, 289. Por cierto, algunos puntos de partida para la crítica fueron discutidos ya por *Kaufmann*, JZ 1959, 375.

²⁸ Esta es hoy una interpretación bajo todo punto indiscutible (de otro parecer, *Binding* [nota 8], pp. 712 y ss., y 727 y ss.), y es aclarada expresamente en los párrafos 331 y 332 del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal (“ha emprendido una actuación funcional”). Sin embargo, y ostensiblemente bajo el influjo de la crítica de *Eb. Schmidt* a la falta de equivalencia de las modalidades de conducta (*Bestechungsdelikte*, p. 91 [n. 92]), en el § 332, ap. III, del Proyecto se limita la punibilidad por cohecho grave a los casos en que el funcionario acepta una ventaja para realizar una actuación ministerial *futura*, cuando él se muestra dispuesto ya a infringir su deber o a dejar que la ventaja

improcedente entender el parágrafo 332 como “venta de la voluntad estatal”²⁹. Con lo cual, empero, sólo queda demostrado que el parágrafo 332 no parte de la base del principio *do ut des*, del falseamiento de la voluntad estatal a cambio de una ventaja. De ello nada cabe deducir en contra de la significación constitutiva del falseamiento de la voluntad del Estado.

Sin embargo, para *Schröder* es también decisivo otro argumento³⁰. Señala que, en sí misma, la actuación funcional contraria a deber, por tanto, el falseamiento de la voluntad del Estado, no es punible en general; siendo así, podemos añadir que tampoco lo será con arreglo al Proyecto. En cambio, la aceptación de regalos para realizar una actuación ministerial conduce siempre a la punibilidad de la conducta, sólo que a una penalidad agravada cuando quiera que la admisión del obsequio se relaciona con una actuación indebida. *Schröder* deduce de ello que no es el falseamiento de la voluntad estatal, sino la aceptación de regalos, lo que está en el centro de los delitos de cohecho, y extrae aún como conclusión que tampoco es el concreto falseamiento de su voluntad, mas el peligro abstracto para la confianza en el aparato estatal, lo que debiera ser impedido merced al parágrafo 331, aunque también mediante el parágrafo 332³¹.

La primera conclusión de *Schröder* parece a primera vista convincente. Sin embargo, se le puede objetar que la forma más característica y riesgosa de falseamiento de la voluntad estatal ocurre precisamente en conexión con el otorgamiento de regalos³². Es más, la hipótesis en que se basa esta objeción tendría en su favor cierta verosimilitud. En efecto, las actuaciones funcionales contrarias a deber pueden ser cometidas por motivos muy distintos. Con todo, y prescindiendo de investigaciones empíricas³³, parece que se puede destacar tan sólo dos grupos, a saber, el grupo del encubrimiento propio y aquel de la protección, sea para hacerse de una clientela³⁴, sea por solidaridad grupal³⁵. Los

casos más importantes de encubrimiento propio, empero, pudieran ser abarcados ya por los delitos patrimoniales – incluyendo los delitos de funcionarios que los califican o complementan –, allende los cuales la posibilidad del encubrimiento propio mediante actuaciones ministeriales indebidas debiera ser más bien ocasional. En cambio, los casos de protección – comparados con el otorgamiento de la ventaja, que es relativamente unívoco – son en verdad de más difícil acceso, y su calificación, todo menos que indiscutible. Sin duda que con esto la argumentación de *Schröder* no pierde plena plausibilidad, aunque sí contundencia.

Por ende, hay que investigar si no es posible dirigir una crítica a la teoría del falseamiento de la voluntad estatal desde un punto de partida diferente. En vez de preguntar por la compatibilidad de una concepción sobre el bien jurídico con la concreta situación legal, hay que tratar de esclarecer qué es lo que significa realmente el falseamiento de la voluntad del Estado, qué objetos de tutela son lesionados con ello o si este último planteamiento es acaso por completo inadecuado.

Por lo pronto, en cuanto a las repercusiones del falseamiento de la voluntad estatal, no se puede discutir que a través de las actuaciones ministeriales contrarias a deber se crea “estados” que el ordenamiento jurídico desapruueba, o no se produce “estados” que el ordenamiento jurídico exige. Es más, con esto parece satisfacerse el concepto tradicional de bien jurídico – el bien jurídico como estado valorado positivamente –.³⁶ No obstante, de esta manera serían bienes jurídicos de los delitos de cohecho todos los objetos sobre los que influye en general la actividad de la Administración. Esto implica que pueden ser objetos protegidos tanto las más importantes realizaciones de fines del Estado, como irregularidades mínimas respecto de disposiciones administrativas, lo cual es difícil de comprender en el último caso de los márgenes penales del parágrafo 332, también los

influya en sus facultades discrecionales. Cfr., al respecto, *infra*, nota 58.

²⁹ *Schröder* (nota 1^a), p. 290.

³⁰ *Schröder* (nota 1^a), p. 291; al efecto, véase también la indicación de *Baldus* (nota 14), comentario previo al § 331, n. 19, de que el § 334, pese a su penalidad, todavía más alta comparativamente al § 332, no supone un “falseamiento de la voluntad estatal”.

³¹ *Schröder* (nota 1^a), pp. 291 y ss.

³² No obstante, el razonamiento basado en el peligro típico conduce a dificultades en los casos en que el funcionario acepta con posterioridad una ventaja, sin haber pensado en la posibilidad de obtenerla al ejecutar la acción contraria a deber.

³³ El enfoque empírico de *Geerds* y las investigaciones a que éste acude (*Geerds* [nota 21], pp. 18 y ss., y 27 y ss.) resultan demasiado estrechos para este planteamiento del problema, pues él estudia grupos de casos en el campo de los actuales tipos de cohecho, mas no aquellos de violación general de deberes por funcionarios públicos.

³⁴ Es más, desde el punto de vista del concepto subjetivo e inmaterial de la ventaja (cfr. *Schönke/Schröder* (nota 7), §

331, n. 7), para una parte de estos casos habría que pensar en el cohecho según el Derecho vigente. De hecho, aparte de una ventaja en el sentido de los párrafos 331 y ss., la cual pudiera tener un influjo creciente, se requiere que ésta sea otorgada por el sujeto protegido después del pacto criminoso. Esto interesa en los casos en que se promete gratitud. Sin embargo, como aquí vienen a faltar parejamente actualidad y concreción, bien pudiera sobrepasarse los límites factibles incluso de un entendimiento extensivo del concepto de la ventaja.

³⁵ Naturalmente, en el último caso entran también en consideración los perjuicios.

³⁶ La caracterización de los bienes jurídicos como estados se deja remontar por lo menos a *Hirschberg*, *Die Schutzobjekte des Verbrechens*, 1910, p. 72, obra que está bajo el influjo de *Binding* y *Oppenheimer*. Esta fórmula, que surge con frecuencia en la historia dogmática, se encuentra por última vez, dentro de la bibliografía monográfica, en *Jäger*, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, 1957, p. 14: bienes jurídicos son estados sociales susceptibles de valuación, vulneración y protección.

del Proyecto.³⁷ Independientemente de este registro de asimetrías cualitativas y cuantitativas, se obtendría el curioso resultado de un objeto de tutela por entero inespecífico.³⁸

Pese a que en parte alguna los representantes de la teoría del falseamiento de la voluntad estatal explican bien sus principios,³⁹ cabe perfectamente suponer que contemplan semejante objeto de tutela tan poco⁴⁰ como, en los párrafos 153 y siguientes del Código penal, se considera el objeto involucrado en la disputa como bien protegido.⁴¹

Y es que de un concurso ideal de los párrafos 331 y siguientes con los párrafos 346, 347 y 348 del Código penal, por ejemplo, se duda tan poco como de un concurso ideal entre el perjurio y la detención ilegal en autoría mediata o la estafa procesal. Pero si, con arreglo al punto de partida de la teoría del falseamiento de la voluntad estatal, tampoco son objetos tutelados de los párrafos 331 y siguientes los “estados” concretos, queda entonces de manifiesto la infracción contra el *principio* de la administración conforme a la ley. Con esto, sin embargo, la estructura del fin de tutela de los delitos de cohecho experimenta un cambio fundamental. Luego, ya no son decisivas las repercusiones producidas por la conducta culpable, el haberse malogrado los concretos fines administrativos. Antes bien, decisivo es que la conducta de los funcionarios se aparta de la a ellos prescrita. Puesto que el principio de la administración conforme a la ley, en cuanto principio normativo, es “causalmente” invulnerable, existe tan solo una contradicción entre la conducta real y un principio normativo, contradicción ocurrida merced al contraste con una norma concreta^{41*}.

³⁷ Los márgenes penales normales van de seis meses a cinco años de pena privativa de la libertad.

³⁸ Cfr. de nuevo, también para esto, la referencia de *Baldus* (nota 14), comentario previo al § 331, n. 19, al § 334, el que no podría adaptarse a semejante entendimiento del bien jurídico.

³⁹ Por ejemplo, no se encuentra declaración unívoca alguna respecto a si son objetos de tutela los fines de las normas, expresados en los deberes funcionales, o bien el principio de la administración conforme a la ley; sobre el particular, véase lo que se dice inmediatamente en el texto.

⁴⁰ Esto resulta claro en todos los autores que tienden a concebir el falseamiento de la voluntad estatal como un peligro calificado para la actividad administrativa general (cfr., por ejemplo, *Baumann* (nota 3), p. 8; especialmente unívoco, *Geerds* (nota 21), pp. 53 y ss., quien, en este aspecto, también se diferencia de *Arthur Kaufmann* (nota 3), pp. 376 y ss., y *Eb. Schmidt* (nota 8), pp. 147 y ss. [n. 267]). Sin embargo, cfr., asimismo, *Schröder*, el cual quiere diferenciarse de la orientación a la concreta actuación ministerial, presente en la teoría que él combate (GA 1961, pp. 289, y 291 y ss.).

⁴¹ Véanse solamente *Kohlrausch* y *Lange*, 43ª ed., 1961, comentario previo al § 153, observación ap. III; *Schönke/Schröder* (nota 7), comentario previo al § 153, n. 2; *Rudolphi*, GA 1969, pp. 129 y ss., y 137 y ss.

^{41*} Si se divisa en la “infracción” (aún pendiente de mejor definición) contra el principio de la administración conforme a la ley el elemento que califica el § 332 frente al § 331, la

En modo alguno se sigue de ello que, con arreglo a la teoría del falseamiento de la voluntad estatal, las normas en que se basan las figuras de cohecho exijan el testimonio de respeto ante el sombrero de *Gessler**. Evidentemente, como sentido de los delitos de cohecho queda en pie, también según esta teoría, el funcionamiento de la Administración contra los peligros con que la amenaza la venalidad. De suerte que el punto de arranque de la definición de *Schröder* sobre el fin de la tutela, esto es, la tutela ante el peligro “abstracto” de la Administración estatal, se muestra acertado. Sin embargo, que esto haya de conducir a las consecuencias que él extrae, requiere un fundamental examen acerca de cómo una institución cual la Administración estatal en general puede ser protegida contra “peligros abstractos”.

Instituciones sociales e intereses individuales pueden ser considerados como los dos fines últimos de las reglas penales⁴². Y ambos objetos de tutela se dejan reducir uno al

restricción de aquél al acto de servicio se torna discutible, lo mismo en el Derecho vigente que en el Proyecto. El principio nombrado se infringe también en los casos en que el funcionario solicita una ventaja para realizar una actividad que favorece a un particular, actividad a la que él está obligado. Sin embargo, la necesidad político-criminal de semejante ampliación del § 332 para cubrir cuando menos los casos más importantes a través de los párrafos 253/331/73 (acaso entre en consideración, suplementariamente, también el § 240), pudiera ser no tan apremiante, máxime aquí, donde interviene, como regulador extrapenal, la tutela jurídica de la administración conforme a la ley, que también surte efectos preventivos.

* *N.del T.:* El *Gesslerhut*. Cuenta la fábula que el cruel Hermann *Gessler*, nombrado gobernador de los cantones helvéticos de Uri y Schwytz por Alberto de Austria, hizo levantar en el pueblo de *Altdorf* una pértiga en cuyo extremo superior colgaba un sombrero rojo, para que quien pasara ante éste doblase la rodilla e inclinase la cabeza en señal de prestar acatamiento al emperador. La desobediencia sería castigada con la prisión y la muerte. Cuando Guillermo Tell se negó a ejecutar tal absurda prueba de sometimiento al tirano, *Gessler* en persona lo obligó a disparar con su ballesta el célebre flechazo contra la manzana colocada sobre la cabeza de su hijo. *Friedrich Schiller*, en el drama homónimo, inmortalizó la mítica gesta del héroe suizo. Saludar ante el sombrero ducal de Austria, o de *Gessler*, es expresión que significa todavía en los países germánicos una muestra de humillación, como también un puro saludo ceremonial.

⁴² Las explicaciones siguientes deben una parte considerable a la esclarecedora obra *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (1972), (cfr., sobre todo, pp. 87 y ss., 174 y ss., 201 y ss., y 273 y ss.); de su parte, *Amelung* ha expuesto la importante ventaja de la distinción de *Welzel* entre el objeto de protección de la norma (bien jurídico, en el sentido de *Welzel*) y el fin de tutela de la sanción (en ZStW 58 [1939], pp. 491 y 511, nota 30) para la teoría del bien jurídico, colocada bajo clara luz y construida a partir de ello ([nota 42], especialmente pp. 165 y ss., 187 y ss., 212 y ss., y 273 y ss.). Los márgenes del presente estudio impiden

otro: según la perspectiva que se adopte, las instituciones sociales aparecen como presupuesto de la satisfacción de los intereses individuales, o la satisfacción de intereses individuales, como presupuesto de la existencia de las instituciones sociales⁴³. Sin embargo, nada se consigue con semejante reducción; al contrario, debido a ella se desdibujan diferencias importantes entre los diversos fines de tutela que ordenan los grupos de delitos, diferencias que plasman también y de modo característico en la estructura de los tipos.

El problema de la protección penal de las instituciones queda más claramente de manifiesto al confrontarse con la configuración normal de la tutela punitiva de intereses individuales. Por lo común, un tipo encierra la última modalidad de lesión o, en su caso, peligro de un bien jurídico, en el sentido de una materia directamente vulnerable. Según el tipo, aquí como mínimo son tuteladas, no ya concretas posibilidades de acción, sino ciertas *potencias* para tales chances de conducta. Estas potencialidades pueden ser biológicamente evidentes, como la vida o la salud. Sin embargo, también se puede tratar de la facultad de disposición sobre cosas, facultad garantizada mediante reglas sociales (por ejemplo, jurídicas), como ocurre en los delitos patrimoniales. Por cierto, con ello se alude sólo a los bienes jurídicos relativamente más simples. Cómo se llega a la delimitación de tales potencialidades, cómo se construye en esto la formación legal de conceptos penales a partir de la formación prejurídica y extrapenal de conceptos, eso no puede ser investigado aquí. Lo decisivo, si se consigue definir esa potencialidad, es que para legislación e interpretación puede ser planteada la esclarecedora pregunta de si es posible que aquélla sea lesionada o puesta en peligro por el acto objeto de enjuiciamiento.

En cambio, la protección de las instituciones también puede tener lugar mediante la tutela de sus “potencialidades de acción”; por ejemplo, según el Derecho en vigor, en los delitos patrimoniales es indiferente que el autor afecte el patrimonio de un individuo o el del Estado. Sin embargo, la preservación y el funcionamiento de las instituciones, de

ocuparse a fondo de Amelung. Me limito, pues, a señalar algunas reservas contra la interpretación monista de los fines del Derecho penal desde una Sociología de los sistemas orientada al entero plexo social, interpretación que parece como mínimo riesgosa en Amelung (al respecto, véase lo que se dice a continuación en el texto). Por lo demás, la investigación presentada aquí persigue problemas de la teoría del tipo y la interpretación, sólo marginalmente discutidos por Amelung (cfr. la expulsión de semejantes problemas en la “Hermenéutica”, [nota 42], p. 283 [cfr., además, pág. 173], y los tanteos de pp. 393-395), para los cuales, sin embargo, análisis precedentes ofrecen ya puntos de partida (cfr. nota 57). Para las referencias de Amelung a los delitos de cohecho, cfr. notas 45, 46 y 49.

⁴³ Cfr. Amelung (nota 42), pp. 388 y ss. Para las estrategias fundamentales de investigación y la significación política de los distintos principios, cfr. Schelsky, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 1, pp. 37 y ss., especialmente pp. 56 y ss.

sistemas sociales⁴³, quedan expuestos a riesgo en primer término por no observar los miembros del sistema y terceros las reglas sociales (normas sociales) que definen el sistema y aseguran su funcionamiento. Esto se puede mostrar con particular claridad en la puesta en peligro de la Administración por el cohecho y la venalidad. Los contactos corruptos de miembros del sistema (funcionarios públicos) con sujetos externos amenazan el orden interno, al crearle el peligro de que los miembros no se orienten según el ordenamiento de la organización y sus objetivos; se produce una “mezcla de intereses públicos y privados”,⁴⁴ una amenaza para la existencia del sistema, porque los límites entre la Administración como sistema y su entorno, el público, no quedan marcados con nitidez.⁴⁵ Simplificando,⁴⁶ cabe caracterizar esta amenaza, “hacia adentro”, como un menoscabo del *ethos* ministerial de los funcionarios administrativos.⁴⁷ Visto “hacia afuera”, los casos de cohecho amenazan la “confianza del público en la objetividad de las

⁴³ Los términos “institución” y “sistema social” son empleados en este contexto como equivalentes (sobre uno y otro, cfr. Schelsky, *Zur soziologischen Theorie der Institution*, en *Zur Theorie der Institution*, editado por H. Schelsky, 1970, pp. 9 y 11). En atención a la relativa univocidad del tema que tratamos, la Administración del Estado, no se examina aquí los controvertidos intentos de definir entrambos términos.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, Geerds (nota 21), pp. 50 y ss., especialmente pp. 52 y ss., y 55; Schlemmer, *Der Begriff des Vorteils und seine Stellung innerhalb der Bestechungstatbestände*, 1962, pp. 28 y ss.

⁴⁵ Cfr. N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 1964, pp. 220 y ss., especialmente 228 y 258; del mismo autor, *Grundrechte als Institution*, 1967, pp. 178, especialmente nota 22; adhiera a la teoría de los sistemas, Amelung (nota 42), p. 349.

⁴⁶ La “indistinción”, el “enmarañamiento del sistema” (cfr. Amelung [nota 42]), son consecuencias y, de nuevo, presupuestos de la falta de disposición de sus miembros a cumplir las exigencias formales relativas a los papeles. Colocar la formulación del *ethos* ministerial en un tipo psíquico (sobre lo cual véase lo que se dice enseguida en el texto), nada cambia realmente.

⁴⁷ Sobre la relevancia funcional del “*ethos* ministerial”, recientemente, Böckenförde, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit*, 1973, p. 26. El *ethos* ministerial tutelado merced al § 331, por tanto, la “pureza” del desempeño del cargo, en el sentido de que se actúa “por el deber” (cfr., al respecto, Welzel, *ZStW* 58 [1939], 511, nota 30 [p. 513]), admite bajo todo punto ser concebido como una condición positiva del sistema, no sólo como el “peligro” de incurrir además, posteriormente, en una desviación de la norma. Sin embargo, puede resultar dudoso que el planteamiento involucrado aquí tenga que ser necesariamente *ethos* y, por tanto, “motivación primaria” (cfr. Luhmann [nota 45], pp. 89 y ss.).

decisiones de la Administración”,⁴⁸ o expresado en términos sociológico-sistémicos, queda amenazada la disposición del entorno del sistema a “aceptar” tales decisiones.⁴⁹ La formulación sociológica permite ver con claridad la importancia de la “confianza” del público. Sin un mínimo de obediencia de los ciudadanos, la Administración estatal se desmoronaría; basta pensar que en contra de todos los actos administrativos que suponen una carga, se levantarían oposición y, en seguida, quejas. Puesto que la obediencia básica es condición funcional de la Administración, resulta que no se puede afirmar – contrariamente a *Baumann*⁵⁰ – que erigir en bien protegido de los delitos cohecho la confianza en la integridad de la Administración, en vez de esta última, sería tan errado como considerar, en cuanto “bien jurídico” del parágrafo 212 del Código penal, la protección de la confianza en la seguridad de la vida, en lugar de la vida misma. La merma de la confianza en la integridad de la Administración perjudica la disposición a aceptar las decisiones y, con ello, menoscaba directamente una condición funcional de la Administración estatal.⁵¹ En cambio, la confianza faltante en la seguridad de la vida conduce al peligro de la vida misma, sólo si se omite medidas encaminadas a preservarla^{51a} o por decrecer el efecto de intimidación sobre potenciales autores. Pero esto implica que la conexión causal es precisamente la confianza menguante en la validez fáctica de la norma del propio parágrafo 212.

Si, pues, se concibe las corruptelas – expresándolo abreviadamente – como ataques al *ethos* ministerial en cuanto condición de funcionamiento de la Administración y a la “disposición” del público a aceptar sus resoluciones, queda entonces la pregunta de cómo estos bienes jurídicos pueden

ser lesionados. Ciertamente, ello no depende acaso de que la confianza en la integridad de la Administración quede perturbada a propósito del concreto socio en el cohecho, pues también aquel que ya no goza del menor crédito ante la Administración es destinatario o compañero idóneo del funcionario corrupto.⁵² En tanto que se trata del *ethos* ministerial de los funcionarios estatales, falta de antemano el “objeto concreto”. De ahí que en la concepción de *Schröder* sobre el bien jurídico, la confianza es entendida unívocamente como confianza del público. Sin embargo, este es también, con seguridad, un objeto causalmente vulnerable; sólo una errada idealización de representaciones reales puede ignorar su vulnerabilidad causal.⁵³ Por otra parte, empero, según una opinión indiscutida no se trata aquí de un menoscabo efectivo, ni siquiera de un peligro concreto de esa confianza general. Lo propio tiene que valer, también, si se asienta el bien jurídico en el perjuicio del *ethos* ministerial. Resta, pues, un “delito de peligro abstracto”.

Esta caracterización del cohecho como delito de peligro abstracto parece introducirnos en las vías conocidas de la clasificación de los tipos delictuosos. Cumple decir que también en los tipos que incluyen un peligro abstracto para la vida o la salud “potenciales”, hay que distinguir dos grupos diferentes. Por un lado, están los tipos en que una acción peligrosa individual puede producir potencialmente la lesión de un hombre – quien quiera que sea éste, desde luego—, aunque esto acontezca sólo en conexión con otros factores causales y, por tanto, en situaciones especiales.⁵⁴ Por otra parte, en el ámbito del riesgo abstracto de la vida o la salud, además, son concebibles figuras delictivas en las que sólo una acumulación de actos peligrosos es capaz de conducir a una lesión; esto entra en consideración, por doquier, allí donde surgen peligros en general únicamente a causa de una conducta humana en masa, por ejemplo, en el campo del daño ambiental por emisiones.⁵⁵ Los delitos de cohecho no pueden ser encasillados en el primer grupo de infracciones de peligro abstracto y, por tanto, entre los delitos de lesión potenciales. Y es que la acción delictiva individual de un funcionario en particular es – si se prescinde de casos extremos, meramente hipotéticos – inapropiada para menoscabar las condiciones funcionales que antes nombramos; expresado de otra manera: a través de semejante acción aislada no se afecta la estructura social de actuaciones y, correspondientemente, la regulación de que ésta es portadora, ni del lado del aparato ministerial ni en el

⁴⁸ Cfr. *Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 2; *Welzel* (nota 1), p. 539.

⁴⁹ Cfr. *Luhmann* (nota 45), pp. 108 y ss., especialmente 111 y ss.; sobre la importancia de la “confianza en el sistema” en el contexto que aquí interesa, en general, *Luhmann*, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion Sozialer Komplexität*, 1968, pp. 52 y ss.; *Amelung* (nota 42), p. 380, nota 131, ha señalado, con razón, la correspondencia objetiva de las caracterizaciones tradicionales en el Derecho penal del “bien jurídico”, con las formulaciones problemáticas de la Sociología de los sistemas. Sin embargo, él no distingue con nitidez entre problemas internos y externos, o expresado de otra manera, el peligro del autogobierno del sistema (cfr. *Luhmann* [nota 45], pp. 238 y ss.) y el peligro de la disposición a aceptar sus decisiones (cfr. *Luhmann* [nota 45], p. 111). Como se indicó, en la bibliografía jurídico-penal se encuentran formulaciones análogas para entrambos aspectos.

⁵⁰ *Baumann*, GA 1961 (nota 2), pp. 10-12; críticos, asimismo, *Eb. Schmidt*, *Die Sache der Justiz*, pp. 62 y ss.; *Schmitt*, *ZStW* 73 (1961), 414, y 436 y ss.

⁵¹ De lo cual hay que distinguir la cuestión de cómo la confianza se perjudica a sí misma; sobre ello, véase, *infra*, lo que se dice en el texto.

^{51a} Un ejemplo extremo: se omite el viaje para recibir tratamiento médico, a causa de las condiciones inseguras del tránsito.

⁵² Para casos semejantes, cfr. *Binding* (nota 8), II, t.2, pp. 708 y ss.

⁵³ La crítica consecuente de semejantes idealizaciones es un mérito considerable de la investigación de *Amelung*; cfr., especialmente (nota 42), pp. 181 y ss.

⁵⁴ Cfr., al respecto, *Gallas*, en: *Lüttger et al. (eds.) Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, 1972, pp. 171 y ss., y 181.

⁵⁵ Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil, 2º tomo parcial*, presentado por *Arzt* y otros, p. 53; al respecto, cfr., además, *Backes*, *JZ* 1973, 337, especialmente 339 y ss.

público.⁵⁶ El parangón sólo puede trazarse respecto del segundo grupo de delitos, ya que únicamente la aparición repetida de casos de cohecho puede ser relevante para el funcionamiento de la Administración y afectarlo en términos conmensurables. Por cierto, la diferencia respecto de los “delitos de peligro común”, una vez más, reside en el modo y la manera de la posible lesión, a saber, que si allí se trata de una causalidad físicamente mensurable, acá de una conducta emanan efectos sobre actitudes y regulaciones. Por consiguiente, la razón de ser de los delitos de cohecho yace en su *importancia expresiva*, en lo cual se tiene en mira que cada actuación corrupta debe ser entendida como un mal ejemplo para el cuerpo de funcionarios y el público.⁵⁷

⁵⁶ Esto vale, pues, cuando se piensa sólo en su perturbación, por tanto, no cuando se piensa en su ruina.

⁵⁷ La individualidad del “ataque” aquí descrito contra una institución, puede ser precisada mediante un parangón con las reflexiones de *Tiedemann* sobre la estructura típica de ciertos delitos económicos. *Tiedemann* subraya, con razón, que no sólo los superiores objetivos económicos, sino también finalidades intermedias, como la estabilidad monetaria, el equilibrio de la balanza de pagos, la pureza de la competencia, la estabilidad de las condiciones de mercado, entre otros, no son en la práctica inmediatamente vulnerables ni susceptibles de ser puestos en peligro mediante acciones individuales (*Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 123 y ss., y 169). A propósito de lo cual, empero, resulta poco clarificador que *Tiedemann* ([nota 57], p. 124) califique dichos fines, que son exclusivamente el resultado de reales procesos económicos – si bien un resultado que se puede constatar empíricamente sólo bajo un aspecto colectivo –, como “bienes jurídicos ideales” y que relacione su falta de idoneidad para ser puestos en peligro por acciones individuales, con la “idealidad” que los caracteriza. No obstante, *Tiedemann* da un paso aún más avanzado en pos del análisis de determinados tipos de contenido económico, que el que se da aquí respecto del cohecho: para él, está en primer lugar el deber de colaboración sin el cual la “institución” no se constituye, es decir, el deber de realizar acciones de cooperación, cuya suma es lo que realmente pone en marcha el “proceso evolutivo de integración” de la economía (cfr. [nota 57], p. 124). De ello se sigue, para *Tiedemann*, la prioridad del “deber jurídico” en este ámbito y, con ello, el sentimiento hacia el “bien jurídico”. Con anterioridad, *Welzel* sustentó una interpretación análoga respecto de los delitos de cohecho (*ZStW* 58 [1939], 511, nota 30 [p. 513]), a cuyo efecto, por cierto, se hace mención expresa sólo del § 331: para *Welzel*, el § 331 se convierte en un paradigma de los delitos “sin bien jurídico”, y, de interesante manera, él habla aquí, además, de un deber de fidelidad en la función pública al que la sanción, no la norma ([nota 57], p. 512), quiere proteger. Sin embargo, *Welzel* no mantuvo esta interpretación en su Tratado, donde adhiere a la doctrina del Tribunal Supremo y de *Schröder* sobre el fin de la tutela ([nota 1], p. 539). La preferencia que merece la actual interpretación de *Welzel* acerca de los delitos de cohecho, y ciertamente que también para el § 331, deriva de que no se sanciona la disminución de la fidelidad fun-

cional, la pureza del desempeño del cargo en general. No es la “acción colaboradora” como tal en el funcionamiento de la Administración, el tema de la norma sancionada por el § 331; más bien, se selecciona y penaliza cierta clase de disminución del “deber de fidelidad” que puede surtir una fuerte impresión en los colegas funcionarios y el público, a saber, la aceptación de una ventaja por una actuación ministerial. Cabe formular, pues, con una comparación plástica, que en las acciones corruptas la institución en funcionamiento es “atacada” mediante una acción expresiva, mientras que con la penalización del que omite actos de colaboración se busca provocar las acciones que determinan entonces el funcionamiento de la institución. Una de las consideraciones que planteamos aquí en paralelo se encuentra en la sentencia de BGH 2, 358. Allí el Tribunal Supremo Federal afirma la existencia de un hecho punible de carácter económico, en el sentido del antiguo parágrafo 6, apartado 2, número 1, de la Ley de delitos económicos, porque el hecho en cuestión habría sido idóneo para perjudicar la colocación de los interesados frente a un régimen de explotación (BGH 2, 359). Según ello, el tribunal divisó en el “mal ejemplo” el elemento decisivo del incremento del injusto.

Aquí sólo puede quedar insinuado que es muy dudoso que los delitos provistos de una estructura típica como la señalada, admitan ajuste a la forma de una regulación unitaria de la participación, concebida para todas las clases de tipos. Esto se puede ilustrar con la diferencia de la individualidad de la participación de extraños en los delitos de cohecho, contrapuesta a la mayoría (cuando menos) de los demás delitos de funcionarios, de la que resulta que el problema aislado aquí no se puede superar con la distinción usual de delitos especiales propios e impropios. Es característico de los delitos especiales de los funcionarios, no sólo los llamados impropios, sino también los propios, por ejemplo, el § 348, ap. I, del Código penal, que el ataque al bien jurídico se realiza con medios estatales y bajo la cobertura de la presunción de legalidad concedida al obrar del Estado. En este sentido, pues, interpretar el requisito típico “funcionario” como un elemento de la acción no sólo es posible, sino indispensable (fundamental para estos giros interpretativos, *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1953, pp. 137 y ss., y 155 y ss.; del mismo autor, cfr. *ZStW* 80 [1968], 49). Estos recursos estatales de poder no son elementos personales, aunque son accesibles al extraño sólo merced a la intervención de un funcionario. En tal medida, la posibilidad de que un extraño participe también en delitos especiales propios construidos de semejante manera, no parece en principio problemática, con lo cual, por cierto, la magnitud del injusto todavía no está determinada unívocamente. Mucho más problemática, en cambio, es la admisión de la participación de extraños en la conducta expresiva del *intra-neus*, ya que la conformidad a los papeles, como criterio sustentador, no es referible sin más al que está al margen. En modo alguno debe con esto ponerse en tela de juicio la posibilidad básica de que se penalice al *extraneus* que causa una conducta tal, con arreglo a los principios de la participación. Sólo que, entonces, la regulación especial

La investigación que hemos presentado, pues, parte del problema de regulación, no de la *lex* positiva. Lleva a la consecuencia de que, ni en la interpretación de la *lex lata* ni para la argumentación de la *lex ferenda*, los razonamientos sobre el bien protegido procuran una solución a la pregunta de si el funcionario tiene que proponerse realizar la acción ministerial contraria a deber. Esto cabe mostrarlo al discutir la posición de *Schröder*. Por cierto, éste plantea el peligro general para el prestigio de la Administración del Estado; sin embargo, sólo toma en cuenta el peligro procedente de un determinado valor de declaración, en una situación totalmente determinada, o sea, la aceptación de regalos frente a una persona concreta. Si se plantea exclusivamente dicha situación concreta, con la mera declaración del funcionario se alcanza el grado máximo de peligro para la confianza en la entidad estatal; en cambio, la intención que albergue aparte de esto el empleado, de cometer en realidad, además, la acción contraria a deber, ya no puede implicar un aumento de aquel peligro.

Con todo, es dudoso que sea obligatorio limitar el aspecto del problema a un valor de declaración tan concreto, siguiendo el punto de vista del peligro general para la autoridad de la Administración. También para *Schröder* mediante el parágrafo 332 queda fijado, como punto de partida, que de la disposición del funcionario a realizar una acción *contraria a deber*, se espera una incrementada repercusión negativa en la confianza del público. Que

del § 333 (lo propio vale para el § 334, ap. II) ya no parece casual de cara a los restantes delitos de funcionarios – o formulada nada más que a resultas de algunas diferencias menores en el efecto regulativo frente a las reglas de la participación (cfr., al respecto, *Birkmeyer*, Bestechung, VDB, t. 9, 1906, pp. 309 y ss., y 322) –, sino muestra que se ha tenido en cuenta una situación problemática diversa (de otra opinión, ostensiblemente, *Langer*, Sonderverbrechen, 1972, p. 480). Desde este punto de vista, se torna dudosa la extendida concepción de que la cointervención “del lado del funcionario”, sería básicamente una forma “normal” de participación en el cohecho pasivo, por lo menos en el § 332 (RG 1942, 382), y sólo según el criterio de la teleología de la medida de la pena habría que derivar la del § 333, puesto que éste incluiría la forma más grave de intervención punible (cfr. *Schönke/Schröder* (nota 7), § 333, n. 14 y 15: la penalidad menor del § 333 haría innecesario aplicar el § 50, ap. II; de muy otra opinión a propósito del § 50, ap. II, *Langer* [nota 57], p. 208). Sin embargo, si se considera la actual situación legal, resulta sorprendente que justo las formas más graves de intervención en el § 332 sufran con una tipificación independiente una penalidad menor (el argumento pudiera estar justificado, pese a la insignificante ampliación de la punibilidad que procura el § 333, a que alude también *Birkmeyer* [nota 57]), mientras que los casos inocuos tienen que someterse “en sí” al § 332 como participación. La alternativa sería la exclusiva posibilidad de una participación en el § 333, a cuyo efecto, empero, podrían surgir indeseables lagunas de punibilidad (cfr. RG 1942, 382, especialmente 383 y 384).

también pone en peligro dicha confianza, cierto es que de otra manera, el funcionario que – tal vez actuando engañosamente – sólo simula su disposición, no se opone a lo que venimos diciendo. El mal ejemplo proveniente de la disposición a vulnerar el deber del cargo en cuanto tal, tiene que resultar tanto más grave cuanto más decidido esté el funcionario a infringirlo.

Queda esclarecido así que, aun según el punto de partida de *Schröder*, la real intención de infringir efectivamente el deber del cargo, en el marco del incremento del injusto y de cara al parágrafo 331, representa un aumento ulterior, sólo que gradual. Cómo hay que trazar *de lege lata* y *de lege ferenda* el corte entre los parágrafos 331 y 332, eso no se puede derivar, pues, de consideraciones relativas al bien jurídico. Las dos delimitaciones son sustentables sin el riesgo de incurrir en contradicciones:⁵⁸ Entonces, sin embargo, no hay inconveniente en considerar además, por lo menos *de lege ferenda*, los principios de lo factible, como la cuestión de las posibilidades de prueba.

⁵⁸ Naturalmente, tampoco surgen objeciones en contra de la limitación a acciones futuras de servicio (cfr., *supra*, nota 28), realizada en el § 332, ap. III, del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal. Por lo demás, la solución de las dos cuestiones polémicas nombradas en la nota 21, ya no genera dificultades: en ambos tipos delictivos, cuyo norte de tutela coincide y cuya forma agravada representa sólo una modalidad de peligro “abstracto”, la conexión continuada no ofrece problemas (en tal medida, pues, también existe coincidencia con *Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 3). Por idéntica razón, la interpretación de *Geerds* de la cláusula “acción en sí conforme a deber”, en el vigente § 331, como mera fórmula de delimitación, deviene difícil de refutar (véase, asimismo, la nueva versión del § 331 en el Proyecto de Ley de Introducción al Código penal, donde dicha fórmula está ausente).