

Es conveniente que la legislación anti soborno penalice tanto al funcionario corrompido como al empresario corruptor?

Unos meses atrás, el ex Secretario de Obras Públicas de Argentina fue capturado, una madrugada, cuando intentaba dejar unas sacas conteniendo NUEVE MILLONES DE DÓLARES EN EFECTIVO en un convento.

Al respecto, el ex Jefe de Gabinete de Ministros del gobierno al que pertenecía el ahora encarcelado ex funcionario enfatizó, cínicamente sobre “quién o quiénes le habrán pagado esos sobornos”. En pocas palabras: convocó a los empresarios a un pacto de silencio y a mantener la boca cerrada.

Esto me llevó a reflexionar sobre la justicia y conveniencia de sancionar, en la legislación penal, tanto al corruptor como al corrompido. Analicemos este tema desde ambas perspectivas, la equidad y la conveniencia.

Una comparación odiosa

Si bien los abogados penalistas enfatizan en que la analogía no es aplicable en el Derecho Penal, ese argumento es válido cuando se trata de juzgar conductas ya tipificadas como delictivas, en la instancia sancionatoria. Me tomaré por tanto la libertad de realizar una analogía entre el soborno a funcionarios públicos y el adulterio, al sólo efecto conceptual y de análisis de la norma.

La pregunta es la siguiente: si una mujer casada se involucra sexualmente con un hombre casado (o viceversa, un hombre soltero con una mujer casada), a quién se reprocha la infidelidad matrimonial? A ambos?

Bueno, es lamentable decir que más allá de la indignación del cónyuge ultrajado, la ley no le impone sanción alguna a las personas sin compromiso que intiman con personas casadas. Por la simple razón de que quien asumió una responsabilidad con su cónyuge fue quien se casó, no su pareja irregular.

De modo semejante, la pregunta es: a quién ofende un empresario privado que intenta sacar provecho irregular para su empresa sobornando a un funcionario público? Podríamos decir que no es un buen ciudadano corporativo, pero eso es tan insustancial como decir que las personas libres que se involucran con otras comprometidas son inmorales.....La inmoralidad no se reprocha en los Códigos Penales. O al menos, se lo hace cada vez menos.

En realidad, la única incorrección que comete quien ofrece soborno a un funcionario público es que quebranta una ley que se lo impide. Lo que estamos cuestionando en este artículo es si esa norma promueve el bien común o, por el contrario, induce a un pacto de silencio entre empresarios y funcionarios corruptos.

Desde mi personal punto de vista, reprocharle legalmente el ofrecimiento y entrega de sobornos al empresario es tan arbitrario como exigirle a alguien soltero que no se involucre

Es conveniente que la legislación anti soborno penalice tanto al funcionario corrompido como al empresario corruptor?

con una persona comprometida.....Una apelación válida desde el punto de vista moral, muy discutible como herramienta útil para el bien común.

En resumen: quien debe lealtad al pueblo cuyos intereses representa es el funcionario público. El empresario privado debe velar por sus intereses, los de sus socios, empleados, clientes y proveedores. Todos ellos estarán interesados en que la empresa prospere, y el conseguir negocios es un beneficio para todos aquellos a quienes representa. El empresario privado no tiene por misión velar por el bien común, por definición.....Mi conclusión es que, desde un punto de vista de equidad, imponer una sanción penal al empresario corruptor tiene tanto de artificial y tan poco de natural como el obligar al uso de corbata en las oficinas.....

El análisis de los efectos de la norma legal

La disciplina denominada en inglés "law & economics", (cuya traducción aproximada sería Derecho y Economía), analiza los efectos económicos de las normas legales. No es infrecuente que lo que el Derecho procura tutelar sea dañado por la norma supuestamente protectora. Ejemplos bastante conocidos son el de leyes como los precios máximos que genera desabastecimiento, o las regulaciones del precio de alquileres que producen que no se ofrezcan propiedades en alquiler.....Estas situaciones se dan cuando la norma legal promueve el apartamiento de los precios de equilibrio en donde demanda y oferta se encuentran y logran concretar las transacciones.

En este caso la situación es diferente. La norma que castiga tanto a corrompido como corruptor GENERA UN EQUILIBRIO. Equilibrio que se materializa con el pacto de silencio por el cual si un empresario corruptor se siente abusado por un funcionario corrupto, no puede traicionar el acuerdo porque se autoincriminaría.

Esto produce el efecto que magistralmente se exhibió en la película " el socio del silencio" protagonizada por Elliot Gould y Christopher Plummer

Qué efecto produciría despenalizar al empresario que paga sobornos?

Dejando de lado en esta instancia los valores morales, y enfocándonos exclusivamente en el lado pragmático del tema, resultaría en la destrucción del equilibrio del "pacto de silencio" que se produce por mandato de la legislación actual que penaliza a ambos, corruptor y corrompido. En efecto, en esta nueva situación el corrompido estaría en absoluta inferioridad de condiciones, porque una vez recibido el pago o prestación, si el corruptor fuera lo suficientemente astuto como para poder probarlo, el corrompido quedaría como único infractor ante la ley y por tanto susceptible de ser denunciado por su corruptor. EXTORSIÓN !!!, se indignará el lector. Bien. Le advertí que olvidemos el lado ético del asunto y nos concentremos en los efectos prácticos que la norma produciría. Law & economics.....

Es conveniente que la legislación anti soborno penalice tanto al funcionario corrompido como al empresario corruptor?

El corrompido podría, entonces, ser extorsionado por su corruptor hasta el extremo de que éste podría exigirle nuevos favores sin contraprestación, e incluso la devolución del dinero entregado.....No resultaría para nada conveniente ser corrompido en este escenario

Y bien. Hemos llegado a una conclusión en este segundo análisis. Desde el punto de vista económico, el abolir la sanción penal al corruptor dificulta sustancialmente la corrupción. Y de eso se trata

Conclusiones finales

1. Resulta absolutamente evidente que la corrupción ha sustraído una enorme masa de recursos y esfuerzos que se desviaron de propósitos nobles hacia los más espurios, costándole la vida a muchas personas y sumiendo a tantas otras en peores condiciones de vida que las que hubieran podido disfrutar
2. La hipótesis de este artículo es que eso sucede en parte por legislación inadecuada que favorece el “pacto de silencio” mafioso entre corruptores y corrompidos
3. La posibilidad de exculpar penalmente al corruptor y agravar las sanciones para el funcionario corrompido luce a primera vista como cínica e inmoral. Respecto de este último prurito, se pueden (y deben) evaluar los efectos de tal eventual medida desde dos ángulos:
 - a. El ético. Y a poco que se analice el paralelismo entre corrupción y adulterio, se advierte que existen conductas moralmente reprochables que no lo son legalmente. Así como lo es la conducta de quien, no teniendo compromiso se involucra con alguien comprometido, el soborno podría considerarse de modo similar. Con la salvedad que el funcionario público que recibiera una oferta de soborno de un privado no solamente debería rechazarla sino también darla a conocer públicamente. Y en un punto, sancionar al empresario corruptor con medidas tales como la suspensión o baja como proveedor del Estado. PERO NO CON UNA SANCIÓN PENAL
 - b. El económico. Que es central en el análisis de legislación de delitos, precisamente, económicos. Desde este ángulo, la legislación actual PROMUEVE la corrupción por medio del “pacto de silencio” entre corruptor y corrompido. Destruir ese equilibrio colocaría al soborno o cohecho en una situación mucho más precaria y lo haría menos atractivo para quien lo recibe. Como a mayor riesgo se requiere mayor ingreso, las sumas que solicitarían los corrompidos para corromperse debieran por fuerza ser mayores, y eso restaría también incentivos al corruptor para concederlas