



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

Rusca, Bruno

¿Debería ser delito sobornar a un funcionario público? Un análisis consecuencialista

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 54, 2021, -Septiembre, pp. 37-75

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363668035002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿Debería ser delito sobornar a un funcionario público? Un análisis consecuencialista

Should it be a Crime to Bribe a Public Officer? A Consequentialist Approach

Bruno Rusca

*Universidad Nacional de Córdoba/CONICET,
Argentina*

brunorusca@gmail.com

Resumen: El trabajo analiza la perspectiva que promueve la despenalización de la conducta de ofrecer sobornos –cohecho activo- como un modo de disuadir la aceptación de sobornos por parte de funcionarios públicos –cohecho pasivo-. En líneas generales, esta propuesta se apoya en el argumento de que, si el cohecho activo no constituyera un delito, ante el temor a ser denunciados por los sobornadores, desde el principio, los funcionarios se abstendrían de solicitar o aceptar el pago de sobornos. Luego de examinar diferentes estudios teóricos y empíricos sobre el problema, se argumenta que, si bien en algunos casos la despenalización del cohecho activo resulta conveniente, en otros, hay razones para suponer que sería una medida contraproducente, pues daría lugar a un incremento tanto del ofrecimiento como de la aceptación de sobornos.

Palabras clave: cohecho activo, despenalización, consecuencialismo, estudios empíricos.

Abstract: The paper analyzes the approach that promotes the decriminalization of the behavior of offering bribes as a way to deter the acceptance of bribes by public officers. In general, this proposal is based on the argument that, if active bribery is not a crime, due to the fear of being reported by the bribers, from the beginning, officers would refrain from requesting or accepting the payment of bribes. After discussing different theoretical and empirical studies on the problem, it is argued that while in some cases decriminalization of active bribery is convenient, in others there are reasons to expect that it would be a counterproductive measure, since it would lead to an increase in both the offer and acceptance of bribes.

Keywords: active bribery, decriminalization, consequentialism, empirical studies.

I. Introducción

El cohecho tiende a ser considerado como una de las conductas paradigmáticas de corrupción y constituye un delito de acuerdo con la legislación de cualquier país moderno. Si bien el alcance preciso del cohecho varía según la definición que adopta cada legislación, en su aspecto central, abarca dos clases de comportamientos. Por un lado, la conducta del funcionario público que recibe algo de valor,¹ o acepta una promesa de recibirlo en el futuro, a cambio de realizar un acto relativo a su función –cohecho pasivo–. Por otro lado, la acción del ciudadano que entrega algo de valor a un funcionario público, o realiza una promesa de entregarlo en el futuro, a cambio de que este lleve a cabo un acto relativo a su función –cohecho activo–. De esta forma, el cohecho puede representarse como un acuerdo con prestaciones recíprocas: el funcionario promete realizar un acto propio de su cargo como *contraprestación* por lo que el ciudadano le ofrece o entrega;² el ciudadano entrega algo de valor, o promete hacerlo en el futuro, como *contraprestación* por la conducta del funcionario. En general, la mayoría de los ordenamientos jurídicos castigan ambos comportamientos con la misma intensidad, aunque algunas legislaciones prevén para el cohecho activo una pena menor (Rose-Ackerman *et al.*, 2016, p. 207).

La aceptación y el ofrecimiento de sobornos, cuando tienen lugar en el ámbito de la Administración pública, ocasionan distintos perjuicios a los miembros de la sociedad. Tales consecuencias no se limitan a una eventual afectación del patrimonio estatal, la cual es contingente, ni al posible impacto en el desarrollo de la economía.³ El cohecho, principalmente, tiene la capacidad de interferir con el normal ejercicio de las diferentes funciones del Estado, lo que, en ocasiones, puede dar lugar a implicancias severas en el bienestar de los ciudadanos. Así, por ejemplo, los sobornos en el sector policial favorecen el surgimiento y la consolidación de ciertas formas de criminalidad organizada, con el consecuente impacto en la seguridad de las personas (Andenaes, 2002, p. 510). En el ámbito de la contratación pública, el cohecho puede derivar en la construcción de obras de infraestructura de baja calidad; las numerosas muertes que causó el colapso de varios puentes en China, como resultado de la corrupción en la ejecución de dichos proyectos, son una muestra de los daños que estas conductas son capaces de ocasionar (Hess *et al.*, 2000, p. 612). Incluso cuando los sobornos se pagan a los funcionarios para que cumplan con sus deberes, sin que ello involucre la concesión de beneficios ilegales, a largo plazo, también tienden a provocar consecuencias desfavorables en el funcionamiento de la administración pública. En este sentido, estudios empíricos sugieren que la tolerancia a esta clase de sobornos provoca que, finalmente, los agentes generen

situaciones de escasez para recaudar mayores ganancias; esto es, los funcionarios crean trabas y retrasos burocráticos para inducir a los ciudadanos a pagarles simplemente por hacer su trabajo y, de este modo, aquellos no dispuestos a pagar sufren aún mayores inconvenientes y demoras (Rose-Ackerman *et al.*, 2016, pp. 83-83; Della Porta *et al.*, 1997, p. 525).

Ahora bien, aun cuando la aceptación y el ofrecimiento de sobornos constituyan comportamientos lesivos y merecedores de castigo, desde el punto de vista de la prevención, no resulta claro que sea conveniente, al menos no en todos los casos, criminalizar ambas conductas. El problema que plantea la persecución penal del cohecho se relaciona con la dificultad para alcanzar niveles adecuados de disuasión. En líneas generales, la disuasión de una conducta depende de la interrelación de dos variables: la probabilidad de detección y castigo, por un lado; y, por el otro, la severidad de las consecuencias, tanto formales como informales, que tiene que soportar el infractor en caso de ser descubierto. A este respecto, una pena de baja intensidad puede alcanzar efectos disuasivos si la probabilidad de detección es alta y, a su vez, aunque exista una baja probabilidad de que el delincuente sea descubierto, la amenaza de una pena severa también permite, en cierta medida, disuadir a potenciales infractores.⁴ De todos modos, si se pretende lograr un alto grado de disuasión, es preciso combinar ambos elementos, esto es, una elevada probabilidad de detección con sanciones que acarreen, al menos en cierta medida, consecuencias severas para el infractor. Empero, en relación con el delito de cohecho, esto plantea un problema especial.

La detección y castigo de cualquier delito requiere reunir la evidencia necesaria para alcanzar el estándar de prueba que el sistema jurídico exige para condenar. En este aspecto, el cohecho es un delito especialmente problemático, pues resulta muy difícil de probar. Esto se debe a que, normalmente, el acuerdo corrupto es conocido únicamente por las partes –i. e., el funcionario sobornado y el sobornador– y, por tanto, la posibilidad de obtener evidencia depende de que alguno de ellos denuncie la operación; sin embargo, por varias razones, es poco probable que ello ocurra (Abbink *et al.*, 2002, p. 429; Rose-Ackerman, 2010, p. 227; Stiegler, 2012, p. 820; Batory, 2012, p. 71). En primer lugar, porque como la mayoría de las legislaciones penalizan tanto el ofrecimiento como la aceptación del soborno, si alguna de las partes informa el hecho a las autoridades, enfrenta un potencial castigo. En segundo lugar, porque ambos sujetos obtienen algo de la transacción: mientras que el funcionario recibe un ingreso adicional, el pago permite al sobornador acceder a una decisión del Estado que, normalmente, no habría podido obtener sin pagar. En definitiva, como ninguna de las partes tiene incentivos

para denunciar el delito, la recolección de evidencia y detección de casos de cohecho se presenta como una tarea compleja.

Para resolver este problema, y alcanzar mayores niveles de disuasión del cohecho, distintos autores defienden la propuesta de que sería conveniente modificar el régimen de responsabilidad penal, con el propósito de incentivar a alguna de las partes a denunciar la operación. En líneas generales, tal reforma debería incluir alguna forma de asimetría en las consecuencias que se prevén para los sujetos que intervienen en el acuerdo corrupto. De este modo, se pretende en definitiva debilitar la comunidad de intereses que tiene lugar entre el funcionario sobornado y el ciudadano que paga el soborno. Como el cohecho involucra necesariamente la intervención de dos partes, es suficiente con disuadir a alguna de ellas para que el acuerdo no tenga lugar (Rose-Ackerman, 2010, p. 222).

La propuesta más extendida, surgida principalmente a partir de un trabajo de Kaus-hik Basu, sostiene que los incentivos deben orientarse hacia el lado del sobornador (Basu, 2011). Esta perspectiva se fundamenta en la premisa de que, desde el punto de vista económico, mientras que para el funcionario público el soborno constituye una ganancia, para el sobornador representa un costo que asume para obtener algo a cambio (Rose-Ackerman, 2010, p. 224). En consecuencia, una vez que el agente estatal ha llevado a cabo el acto por el cual recibió el soborno, el sobornador tiene una “inversión” que recuperar (Basu, 2011, p. 5). Si se despenaliza el cohecho activo, entonces, sería en interés del ciudadano que ha pagado el soborno denunciar al funcionario, pues así podría recuperar el dinero entregado. Como este régimen legal asimétrico, que solo penaliza al receptor del soborno, incrementaría sustancialmente la probabilidad de detección y castigo del cohecho pasivo, los funcionarios, conscientes del mayor riesgo que involucra aceptar sobornos, al final sería menos proclives a acceder a esta clase de ofrecimientos (Basu, 2011, p. 5).

La aplicación del modelo de Basu, tal como lo concibe este autor, se circunscribe a los sobornos que los ciudadanos deben pagar a los funcionarios para acceder a una prestación a la que tienen derecho; esto es, los casos en los que los agentes del Estado reclaman sobornos para cumplir con su deber –*harassment bribes*– (Basu, 2011, p. 4). Sin embargo, otros autores extienden esta propuesta, aunque con ciertas modificaciones, también a los sobornos que las personas ofrecen a los funcionarios para obtener un beneficio que legalmente no deberían recibir –*collusive bribes*– (Dufwenberg *et al.*, 2015, pp. 847-849; Orce, 2017, pp. 1-19). En función del análisis de estudios teóricos como también de los resultados de diferentes experimentos de laboratorio, el trabajo

examina la plausibilidad de esta perspectiva. En primer lugar, se incorpora una breve reseña de las reformas legislativas en el ámbito del derecho comparado, las cuales mantienen *ciertas* similitudes con la propuesta teórica analizada en el trabajo, pues, aunque no implican propiamente la despenalización del ofrecimiento de sobornos, mediante la concesión de beneficios de carácter penal a las partes intervinientes en el cohecho que colaboran con las autoridades judiciales, pretenden en definitiva alcanzar mayores niveles de detección y castigo de estas conductas (2). En segundo lugar, se aborda la cuestión de si la distinción entre *harassment bribes* –en adelante, sobornos de hostigamiento– y *collusive bribes* –en adelante, sobornos colusorios– es razonable, especialmente en función de ciertas críticas a las que ha sido expuesta (3). En tercer lugar, se discute la conveniencia de despenalizar el cohecho activo cuando el sobornador paga a cambio de obtener algo que legalmente le corresponde (4); en estos casos, hay razones importantes para defender la propuesta de no castigar al sobornador, aunque para que dicho régimen legal sea eficiente, deben garantizarse también condiciones adicionales. En cuarto lugar, se analiza la postura que propone despenalizar el cohecho activo también cuando el sobornador paga para recibir un beneficio ilegal (5); en este escenario, sin embargo, se sostiene que dicha medida sería inconveniente y, por tanto, que la criminalización del pago de sobornos colusorios está justificada. Por último, el trabajo plantea que la distinción entre sobornos de hostigamiento y sobornos colusorios no agota todos los casos posibles de cohecho, por lo cual se requieren estudios empíricos que analicen situaciones más complejas (6).

Cabe aclarar, no obstante, que el trabajo adopta una perspectiva consecuencialista. Lo que interesa analizar, fundamentalmente, es si el castigo del cohecho activo constituye una medida útil, en todos los casos, para prevenir el pago y la aceptación de sobornos. Aunque desde un punto de vista deontologicista podría haber buenas razones para criminalizar el ofrecimiento de sobornos, o para castigar el cohecho pasivo y activo con diferente intensidad (Engel *et al.*, 2016, p. 541), ello no *necesariamente* resulta conveniente de acuerdo con razones de prevención.⁵ El hecho de que la *ilicitud* de un comportamiento no constituya una condición suficiente para su criminalización se manifiesta, particularmente, en el denominado principio de *ultima ratio* del derecho penal. Entendido de forma adecuada, dicho principio establece que la prohibición penal de una conducta solo está justificada si no existen alternativas más *eficientes* de prevención; es decir, medidas institucionales que, en el balance de costos y beneficios, arrojen un saldo más favorable (Gómez Pomar *et al.*, 2005, p. 159). De modo tal que, si con medidas menos costosas que la criminalización se logra el mismo grado de prevención, o un grado de prevención menor, pero a un costo sustancialmente más reducido, la intervención del derecho penal resulta ilegítima (Gómez Pomar *et al.*, 2005, p. 159). Por

consiguiente, si la *permisión* del ofrecimiento de sobornos, que evidentemente es una medida menos costosa que la prohibición penal de esa conducta, da lugar a una mayor disminución de la aceptación de sobornos en comparación con la criminalización del cohecho activo, entonces, a pesar de su *ilicitud*, no debería ser un delito la acción de sobornar a un funcionario público.

Este modo de concebir el derecho penal se fundamenta en la premisa de que, si bien la criminalización constituye una herramienta para regular la conducta de los ciudadanos, es una herramienta que, por distintas razones, resulta extremadamente costosa. En efecto, la prohibición penal de cualquier comportamiento produce, *ex ante* y *ex post*, consecuencias nocivas para los miembros de la sociedad.⁶ Tanto por el carácter sobre-inclusivo de las normas como por errores epistémicos en la determinación de los hechos, como también por las consecuencias de establecer un estándar probatorio necesario para condenar,⁷ todo sistema de justicia penal castiga no solo a personas culpables, sino también, inevitablemente, a personas inocentes. Asimismo, los efectos perjudiciales de la pena, además de recaer directamente sobre el condenado, se extienden también a otros individuos, quienes pueden sufrir graves consecuencias afectivas y económicas (Edwards, 2014, p. 260). Empero, los costos de la criminalización no se reducen a tales daños, sino que deben tomarse en consideración también los recursos que demanda el sostenimiento de las distintas instituciones que conforman la administración de justicia penal, como la policía, los tribunales y el servicio penitenciario. Por tales razones, no deberían emplearse los recursos escasos de los miembros de la sociedad en la herramienta de la criminalización si con medidas menos costosas, incluida la ausencia de *toda* sanción, se alcanza un resultado más eficiente.

II. Breve reseña de reformas institucionales relativas a la persecución penal del cohecho

Como se ha señalado previamente, el objetivo principal del trabajo consiste en analizar la perspectiva que defiende la despenalización del cohecho activo, lo cual, en definitiva, implica la *abolición* de dicho tipo penal. Si bien no existen reformas legislativas que hayan implementado tal propuesta, diferentes ordenamientos jurídicos prevén la aplicación de una atenuante, e incluso la eximición total de la pena, para los imputados por el delito de cohecho que proporcionan a las autoridades judiciales información que permite el esclarecimiento de los hechos investigados y la determinación de la responsabilidad de los intervinientes. Esta figura legal se conoce comúnmente como “arrepentido”, “delator premiado” o “imputado colaborador”.

Indudablemente, el instituto del delator premiado se fundamenta en razones de eficiencia probatoria, en la medida en que, con la promesa de disminución o eximición de la pena al colaborador, se procura obtener evidencia que permita condenar a los demás intervinientes en el delito, los que, de otro modo, por imposibilidad de alcanzar el estándar probatorio necesario para condenar, no podrían ser castigados. Este dispositivo procesal ha sido implementado originariamente en el contexto de la persecución penal del crimen organizado, como delitos de terrorismo o narcotráfico, con el propósito de intentar debilitar la *solidaridad* entre los miembros de asociaciones criminales complejas (Ortiz, 2017, pp. 54-56).

De todos modos, en las últimas dos décadas, la utilización de la delación premiada como estrategia probatoria se ha extendido también al ámbito de los delitos de corrupción, y del cohecho en particular. Como antecedente importante, cabe mencionar la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual, en su art. 37, insta a los Estados Partes a considerar la posibilidad de establecer una mitigación de la pena o inmunidad judicial para los acusados que presten una cooperación sustancial en la investigación de delitos de corrupción.⁸ De acuerdo con el informe de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODOC) sobre el estado de aplicación de la Convención, la mayoría de los Estados Partes han implementado medidas que permiten una atenuación de la pena para los imputados colaboradores (UNODOC, 2017, p. 182), aunque el número de Estados que prevén la posibilidad de conceder inmunidad total resulta significativamente menor (UNODOC, 2017, p. 184). Si bien las condiciones bajo las cuales se concede inmunidad al imputado colaborador varían según la legislación de los distintos Estados, especialmente en relación con el grado de discrecionalidad del que disponen las autoridades judiciales, el informe referido sostiene que se ha logrado constatar la importancia de este mecanismo para facilitar la detección y castigo de los delitos de corrupción (UNODOC, 2017, p. 185).

Ahora bien, mientras que el instituto del arrepentido constituye una herramienta procesal, pues consiste en el otorgamiento de beneficios a una persona que se haya imputada en una investigación en curso, ciertas legislaciones, especialmente de países de Europa oriental, disponen la aplicación de una disminución o exención total de la pena al sujeto que espontáneamente informa a las autoridades su participación en un caso de cohecho *antes* del comienzo de cualquier investigación judicial (UNODOC, 2017, p. 186). En general, esta especie de excusa absolutoria se prevé únicamente para el delito de cohecho activo, y, en *algunos* casos, para la procedencia de la eximición de la pena, es necesario que el sobornador informe el hecho en un plazo breve, como así también que

concurran requisitos adicionales.⁹ Cabe aclarar, además, que, de acuerdo con la regulación de algunos países, la eximente no opera de modo automático, sino que depende de la discrecionalidad de la autoridad judicial.¹⁰ Con diferentes matices, las legislaciones de Rumania, Bulgaria, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría y España contienen disposiciones que establecen la impunidad para el sobornador que espontáneamente denuncia el delito cometido.¹¹

La información disponible sobre la eficacia de estas disposiciones y su grado de aplicación efectiva varía según los distintos países, aunque pareciera predominar la evidencia en apoyo de su utilidad. Por un lado, según el informe la tercera ronda de evaluación del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), la situación en España (GRECO, 2009g, pp. 26-27) y Eslovenia (GRECO, 2009f, p. 21) indica que la utilización de este mecanismo ha sido escasa, mientras que, respecto de Hungría las opiniones de los operadores del sistema judicial acerca de su utilidad se hallan divididas (GRECO, 2009b, pp. 23-24).¹² Por otro lado, de acuerdo con la misma fuente, en Rumania (GRECO, 2009d, pp. 37-38), Polonia (GRECO, 2009c, p. 21), Eslovaquia (GRECO, 2009e, p. 27) y Bulgaria (GRECO, 2009a, p. 23) existe una tendencia a reconocer eficacia a tales disposiciones y, en algunos casos, se ha proporcionado información estadística sobre el importante incremento de la detección y castigo del cohecho como resultado de las denuncias realizadas mediante esta herramienta legal.¹³ En el mismo sentido, según el informe de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sobre el estado de la aplicación de la Convención contra la Corrupción, en distintos países, existe evidencia en favor de la contribución de este dispositivo al mayor esclarecimiento de casos de cohecho y, consecuentemente, al logro de un mayor índice de condenas respecto de este delito (UNODOC, 2017, p. 186).

Las legislaciones que contienen disposiciones tendientes a premiar con impunidad la denuncia del sobornador procuran establecer incentivos para incrementar el grado de detección y castigo del cohecho pasivo. En la medida en que tales mecanismos sean eficaces, ello permitiría disuadir a los funcionarios de aceptar sobornos, al igual que la propuesta de Basu consistente en despenalizar el cohecho activo en los casos de sobornos de hostigamiento. De todos modos, de acuerdo con las legislaciones citadas, las normas que establecen dicha excusa absolutoria no discriminan entre distintas clases sobornos, sino que regulan todos los casos de cohecho del mismo modo. Empero, los intereses del sobornador pueden variar según la clase de prestación por la cual paga al funcionario y, en consecuencia, es razonable suponer que la impunidad no produzca siempre el mismo efecto. Los estudios de laboratorio que se presentan en este trabajo, al trazar

distinciones entre diferentes situaciones, pueden esclarecer también las circunstancias bajo las cuales esta clase de dispositivos son capaces de funcionar eficientemente.

III. Sobre la validez de la distinción entre sobornos de hostigamiento y sobornos colusorios

La mayoría de los trabajos que abordan el delito de cohecho desde el punto de vista del análisis económico reconocen la necesidad de distinguir entre los sobornos que se pagan a cambio de algo que el sujeto tiene derecho a obtener –sobornos de hostigamiento– y los que se pagan a cambio de un beneficio ilegal –sobornos colusorios–.¹⁴ De todos modos, algunos autores cuestionan esta distinción. Una crítica señala que no es posible delimitar consistentemente ambas clases de sobornos, pues, frecuentemente, ambos se presentan de manera conjunta.¹⁵ Ello ocurre en los casos en que, si el ciudadano entrega un soborno al funcionario, es beneficiado con una prestación que legalmente no debería obtener, pero si no lo hace, resulta privado de algo que, desde el punto de vista legal, le corresponde. Piénsese, a modo de ejemplo, en un funcionario que, en el marco de un proceso de licitación pública, solicita a un empresario que le pague un soborno a cambio de la adjudicación del contrato, en desmedro de otros competidores que han realizado mejores ofertas. A su vez, el funcionario advierte al empresario que, si no le paga el soborno, no obtendrá ningún contrato en el futuro, aun cuando realice una propuesta verdaderamente superior a las demás. En tal escenario, la contraprestación del soborno consiste tanto en la obtención de un beneficio ilegal –i. e., la adjudicación irregular del contrato–, como en la preservación de un derecho del cual el sujeto es titular –i. e., la facultad de competir en otras licitaciones–.¹⁶

Ahora bien, el hecho de que, en ocasiones, los sobornos puedan reunir ambas propiedades no invalida la distinción; para que la clasificación carezca de todo valor, en cambio, se debe demostrar que dichas categorías conceptuales colapsan en *todos* los casos, lo cual evidentemente no ocurre. A lo sumo, esta observación obliga a distinguir entre sobornos de hostigamiento, sobornos colusorios y sobornos mixtos. Desde el punto de vista del análisis consecuencialista de la criminalización del cohecho, el problema consiste en determinar cuál es el tratamiento legal más adecuado para este tipo de situaciones. Es decir, si la conducta de pagar un soborno conjuntamente para conseguir un beneficio ilegal y evitar la pérdida de un derecho –soborno mixto– debe recibir la regulación legal que corresponde a los sobornos colusorios o, en cambio, la que corresponde a los sobornos de hostigamiento; o, eventualmente, si en tales supuestos debe implementarse una regulación legal alternativa. Para resolver esta cuestión, entre otros

factores, es necesario indagar en los incentivos de las partes que intervienen en dichas transacciones. Empero, más allá de cuál sea la respuesta legal más conveniente para estos casos, la crítica no supone una objeción concluyente a la distinción conceptual.

En segundo lugar, también se señala que el problema con la distinción entre sobornos de hostigamiento y sobornos colusorios radica en presuponer erróneamente que existe un parámetro para determinar *ex ante* ambas situaciones. Es decir, la clasificación se basa en el supuesto de que puede distinguirse entre pagar a cambio de algo que la persona tiene derecho a obtener –soborno de hostigamiento– y pagar a cambio de algo que la persona no tiene derecho a obtener –soborno colusorio–; o, expresado de otro modo, la posibilidad de distinguir entre el escenario en el que alguien paga para no ser perjudicado por el funcionario –i. e., evitar recibir un trato *peor* al legalmente debido– y en el que paga para ser beneficiado por el funcionario –i. e., recibir un trato *mejor* al legalmente debido–. Sin embargo, continúa el argumento, la línea de referencia para llevar a cabo tal comparación no existe de modo previo al procedimiento de decisión del funcionario, sino que es resultado del procedimiento mismo. Así, por ejemplo, no habría modo de establecer si el pago que un imputado realiza a cambio de su absolución en un juicio penal constituye un soborno de hostigamiento o un soborno colusorio, porque ello requeriría, previamente, determinar si el imputado es inocente o culpable; empero, tales categorías, se afirma, no existen en la realidad y de modo previo al juicio, pues son una construcción *dependiente* del juicio.¹⁷

De todos modos, esta crítica tampoco convence. El problema del argumento consiste en que parece reducir todos los procedimientos institucionales a casos de justicia puramente procesal, los que se caracterizan por la ausencia de todo criterio sustancial externo al procedimiento, cuando, en realidad, la mayoría de ellos pueden describirse, más adecuadamente, como procedimientos de justicia procesal imperfecta.¹⁸ Sobre este punto, es necesario formular algunas aclaraciones. De acuerdo con la distinción planteada por John Rawls, la relación que existe entre el procedimiento para tomar una decisión y el criterio para evaluar la corrección de esa decisión da lugar a tres categorías diferentes. Por un lado, la justicia procesal perfecta se caracteriza por la existencia de un criterio externo al procedimiento para juzgar cuál es el resultado correcto y, además, tal procedimiento garantiza con *seguridad* alcanzar dicho resultado (Rawls, 1995, p. 90). Piénsese, por ejemplo, en cómo realizar una división justa de un pastel entre distintos comensales.¹⁹ Si se asume la premisa de que todos los agentes son sujetos racionales y auto-interesados, el método consiste en que la persona que corta el pastel tome la última porción, y deje a todos los demás elegir antes que él. En tal caso, él dividirá el pastel

en partes iguales, pues, de otro modo, obtendrá una porción menor. No obstante, como señala Rawls, es prácticamente imposible en la realidad encontrar procedimientos infalibles, que garanticen *siempre* la obtención de una decisión sustancialmente correcta (Rawls, 1995, p. 90).

Por otro lado, la justicia procesal imperfecta se caracteriza por la existencia de un criterio sustancial, externo al procedimiento, que define cuál es el resultado correcto, y por un procedimiento que *no* garantiza alcanzar con seguridad ese resultado (Rawls, 1995, p. 90). Los juicios penales han sido diseñados para alcanzar la verdad y, consecuentemente, condenar al culpable y absolver al inocente; ese es el *criterio* sustancial para juzgar la corrección del resultado. Sin embargo, aunque se sigan estrictamente todas las normas procedimentales, nunca puede descartarse que algunos culpables sean absueltos, como tampoco que ciertos inocentes acaben por ser condenados.²⁰ Con esto no se hace referencia a una falla del juzgador, sino a la propia falibilidad del procedimiento judicial, que puede ocurrir por múltiples motivos.

En este sentido, para determinar si el soborno que el acusado paga al juez a cambio de su absolución califica como colusorio o de hostigamiento, no importa si el acusado es verdaderamente inocente o culpable, sino, por el contrario, cómo debería ser tratado conforme al ordenamiento jurídico. Precisamente, puede ocurrir que el juez esté *obligado* a condenar al acusado, porque se ha alcanzado el estándar de prueba requerido para condenar, y, sin embargo, que el acusado sea verdaderamente inocente. Como también puede suceder lo contrario: que el juez esté *obligado* a absolver, porque no se ha alcanzado el estándar de prueba necesario para condenar, y que el acusado sea, en verdad, culpable. Por lo tanto, si el sujeto que debe ser absuelto soborna al juez para lograr su absolución, paga para obtener algo que legalmente le corresponde –soborno de hostigamiento–, aun si verdaderamente era culpable. A la inversa, si el sujeto que debe ser condenado soborna al juez para lograr su absolución, obtiene un beneficio ilegal –soborno colusorio–, aun si verdaderamente era inocente. En definitiva, el parámetro de referencia consiste en la decisión que legalmente debe adoptarse, a pesar de que, a veces, por la propia falibilidad de los procedimientos institucionales, tal resultado no sea el correcto según un criterio sustancial.²¹

La justicia puramente procesal, en cambio, se caracteriza por la ausencia de todo criterio sustancial para determinar si el resultado es correcto. En estos casos, solo existe un procedimiento imparcial, pero no hay un criterio para evaluar el *contenido* de la decisión que sea externo a dicho procedimiento (Rawls, 1995, p. 90). En consecuencia, el resultado de la decisión, *cualquiera* sea, deviene correcto siempre y cuando se

hayan respetado estrictamente las normas procedimentales; a la inversa, el resultado deviene incorrecto, *cualquiera* sea, si surge como consecuencia de la violación de las normas procedimentales. Rawls ilustra el concepto de justicia puramente procesal con el ejemplo de las apuestas (Rawls, 1971, p. 90). Así pues, no hay ningún modo de establecer *ex ante*, independientemente de las reglas del juego, cuál es la manera adecuada de distribuir el dinero de las apuestas; por el contrario, la distribución será considerada adecuada si se ha seguido debidamente el procedimiento *imparcial* para apostar –v. gr.: que nadie haya hecho trampa, que las apuestas sean voluntarias, etc.–.

Es posible que *ciertos* procedimientos institucionales puedan describirse como casos de justicia puramente procesal y, por tanto, que no exista ningún parámetro de referencia *ex ante* sobre la decisión que debería adoptarse. Piénsese, paradigmáticamente, en el ámbito legislativo. Supóngase, a modo de ejemplo, un debate acerca de un proyecto de ley para disminuir los impuestos que gravan ciertas actividades turísticas. En tal situación, a diferencia de lo que ocurre con el acusado que tiene derecho a ser absuelto, o que debe soportar una condena, no hay una resolución que los legisladores estén *legalmente* obligados a tomar, ya que tanto la aprobación como el rechazo del proyecto son decisiones válidas.²² Consecuentemente, lo que el ciudadano tiene derecho a obtener del Estado surge de lo que, *ex post*, los legisladores efectivamente decidan de conformidad con el procedimiento parlamentario. En estos casos, verdaderamente no existe un parámetro de referencia para determinar si el pago del soborno califica como colusorio o de hostigamiento, pues el sobornador carece de un derecho a que se decida de un modo o de otro.

En este contexto: ¿cómo debería calificarse al soborno que empresarios del sector turístico pagan a legisladores a cambio de que voten en favor de ese proyecto de ley? Lo correcto, se sostiene aquí, consiste en definir a estas situaciones como sobornos colusorios. La razón de ello se debe a que, aun cuando no podría afirmarse que el contenido de la decisión de disminuir los impuestos sea *ex ante* ilegal, la violación del procedimiento parlamentario, como consecuencia del pago de sobornos, torna ilegal el contenido de dicha decisión. En efecto, el sistema democrático permite, por medio de la elección de representantes, que los distintos intereses de los ciudadanos sean tenidos en cuenta, al menos de manera indirecta, en el trámite parlamentario de sanción de las leyes; empero, no garantiza que ciertos intereses en particular se conviertan definitivamente en ley (Peralta, 2008, p. 12). Tal resultado es más bien contingente y depende, entre otras cosas, del grado de apoyo que puedan obtener las distintas propuestas electorales, de las negociaciones entre las fuerzas políticas o de los intereses que se hallan en pugna.

Cuando alguien soborna a un legislador, interfiere con el procedimiento de sanción de las leyes, ya que se privilegia arbitrariamente el interés del sobornador por sobre los demás intereses que también están implicados en ese proceso. De modo que, así como al hacer trampas, el apostador torna injusta la distribución del dinero de las apuestas, la violación del procedimiento parlamentario da lugar a que el contenido de la decisión legislativa sea contrario al derecho. Puede concluirse, entonces, que, en estos casos, el sobornador paga por algo que *no* tiene derecho a obtener, pues él interfiere con un procedimiento que es *constitutivo* de la corrección de la decisión.

A modo de recapitulación, la distinción entre sobornos de hostigamiento y sobornos colusorios depende de si el sobornador paga por una prestación que le corresponde legalmente o, en cambio, si paga por un beneficio ilegal. Si bien en la literatura sobre análisis económico del cohecho tiende a reconocerse esta clasificación, también ha sido objeto de algunos cuestionamientos. El primero hace referencia a que la distinción colapsa, porque a veces el sobornador paga tanto para obtener una prestación ilegal como por algo que es su derecho recibir. Sin embargo, para que la crítica prospere, ello tendría que ocurrir en *todos* los casos; como no ocurre, dicho planteo solo obliga a distinguir entre sobornos de hostigamiento, sobornos colusorios y sobornos mixtos. La segunda objeción sostiene que, muchas veces, no hay ningún parámetro *ex ante* para distinguir entre ambas clases de sobornos, pues lo que el sobornador tiene derecho a obtener surgiría *ex post* de la decisión del funcionario. El argumento, en verdad, *solo* aplica los casos de justicia puramente procesal, en los que, efectivamente, no existe un criterio sustancial para evaluar el contenido de la decisión. De todos modos, la solución consiste en calificar a estos sobornos como colusorios, porque la violación del procedimiento torna ilegal la decisión y, por tanto, puede afirmarse que el sobornador paga por algo que *no* tiene derecho a obtener.

IV. La criminalización del pago de sobornos de hostigamiento

En estos casos, la interacción entre el funcionario público y el sobornador involucra una forma de coacción. Piénsese, por ejemplo, en el funcionario que condiciona el otorgamiento de la habilitación de un local comercial, que cumple con todos los requisitos legales para obtenerla, a que el comerciante le entregue una suma de dinero. En tal escenario, el ciudadano es obligado a pagar por algo que, desde el punto de vista del derecho, debería obtener sin necesidad de pagar –*i. e.*, la habilitación–; consecuentemente, si no paga el soborno, sufre un perjuicio a sus intereses que, desde el punto de vista del derecho, no está obligado a soportar –*i. e.*, la denegación de la habilitación–.²³

De modo que, la acción de sobornar surge como consecuencia de una limitación de la libertad del agente, porque, debido a la exigencia del funcionario, él se encuentra en el dilema entre cometer cohecho activo o soportar un daño injustificado. La situación no difiere sustancialmente de cualquier otro escenario de colisión de bienes, en el que un sujeto realiza un hecho antijurídico para evitar un peligro contra sus intereses.

De todas formas, para que se trate de una causa de inexigibilidad que *excluya* la culpabilidad del agente, de acuerdo con los requisitos del estado de necesidad exculpante, es necesario que concurren circunstancias adicionales. Fundamentalmente, solo se admite la exculpación completa del sujeto cuando el peligro amenaza intereses *fundamentales* –v. gr.: vida, integridad corporal o libertad–, de él mismo o de personas cercanas, y en la medida en que no exista otro modo de evitarlo que por medio de la comisión del delito (Stratenwerth, 2000, p. 315; Frister, 2009, pp. 390 y ss.). Sin embargo, no siempre el pago de sobornos de hostigamiento se realiza para evitar amenazas contra esos bienes; como en el ejemplo planteado previamente, es posible que el conflicto no alcance la intensidad necesaria como para exculpar al agente, porque los intereses en riesgo sean de menor importancia. En tales casos, al sujeto que paga el soborno todavía se le puede exigir *otra* conducta.

Este problema se relaciona también con la distinción entre los delitos de cohecho y extorsión.²⁴ La figura de la extorsión describe la conducta de coaccionar a otro para obtener un beneficio económico. La consumación de este delito requiere que el sujeto intimide *activamente* a la víctima, por medio de la amenaza de un mal *grave*. Empero, ello no ocurre necesariamente en todos los casos de sobornos de hostigamiento. En ocasiones, los funcionarios pueden organizar ineficientemente el funcionamiento de la Administración, para que los sujetos que no pagan sobornos por propia iniciativa sufran trabas burocráticas o retrasos indebidos, sin proferir una amenaza expresa a los que se niegan a pagar (Rose-Ackerman *et al.*, 2016, p. 207). A su vez, aun cuando eventualmente los funcionarios amenacen a los ciudadanos con causarles un daño si no acceden a pagar sobornos, para que se configure un hecho de extorsión, el mal anunciado debe tener la entidad suficiente como para *amedrentar* a la víctima (Donna, 2007, p. 273). Con todo, las consecuencias de negarse a pagar, a veces, pueden ser simplemente un retraso o un obstáculo burocrático en un procedimiento administrativo; estos males, en principio, no tienen la capacidad para infundir el temor en la víctima que requiere el delito de extorsión.²⁵

En definitiva, si bien en ocasiones el pago de sobornos de hostigamiento da lugar a la exclusión de la culpabilidad del sobornador, o se subsume en alguna figura legal que

considera a este una víctima de la exigencia coactiva del funcionario,²⁶ ello no ocurre en *todos* los casos en los que el ciudadano debe pagar por algo que tiene derecho obtener.²⁷ La postura que propone la completa despenalización del pago de sobornos de hostigamiento es, pues, más amplia, ya que supone eximir de pena al sobornador aun cuando no se den los requisitos de una excusa absolutoria ni tenga lugar un escenario de extorsión; concretamente, esto se explica porque, de acuerdo con razones deontologistas, pagar un soborno como consecuencia de la coacción del funcionario no siempre alcanza para excluir el *merecimiento* de pena del sobornador. En la medida en que sobornar constituye una acción intrínsecamente incorrecta, el comportamiento debido consiste en rechazar la exigencia del funcionario y, en todo caso, denunciar el hecho a las autoridades.²⁸ Solo cuando la coacción alcanza una intensidad suficiente como para limitar *sustancialmente* la libertad del agente, no le es exigible a éste otra conducta; empero, en los demás casos, el sobornador es todavía moralmente culpable y *merecedor* de la pena. La despenalización del cohecho activo en todos los casos de sobornos de hostigamiento implica que, por razones consecuencialistas, se dejan de penalizar *algunas* acciones ilícitas merecedoras de castigo.

En líneas generales, esta perspectiva se fundamenta en el argumento de que los ciudadanos que pagan sobornos por prestaciones que deberían recibir sin necesidad de pagar son potenciales aliados en los esfuerzos para prevenir el cohecho, porque ellos estarían mejor en un mundo honesto, en el cual podrían acceder a dichas prestaciones de modo gratuito (Rose-Ackerman *et al.*, 2016, p. 217). Si el cohecho activo no fuera un delito, sostiene el argumento, entonces las personas que han pagado sobornos tendrían incentivos en denunciar a los funcionarios corruptos, porque, de esta forma, recuperarían el dinero invertido. A su vez, esto incrementaría el riesgo de detección del cohecho pasivo y, en consecuencia, provocaría un mayor nivel de disuasión de esta conducta; es decir, al final, menos funcionarios estarían dispuestos a recibir a sobornos. Esta idea fue propuesta originariamente por Kaushik Basu (2011, p. 5):

(...) Bajo el tipo de reforma legislativa que propongo aquí, una vez que se entrega un soborno y el sobornador recibe lo que sea que intenta obtener mediante la entrega del dinero, los intereses del sobornador y del receptor del soborno se tornan completamente contrapuestos entre sí. Si es descubierto, el sobornador quedará libre y podrá recuperar el dinero del soborno. El receptor del soborno, por el contrario, pierde las ganancias del soborno y afronta un castigo considerable.

Por lo tanto, en la situación posterior al pago de un soborno, es en interés del sobornador que se atrape al receptor del soborno. Dado que el sobornador cooperará con la autoridad, las posibilidades de que el funcionario sobornado sea atrapado son mucho mayores. De hecho, será en interés del sobornador que el receptor sea atrapado, ya que de esa manera el sobornador puede recuperar el dinero que dio como soborno. Puesto que el receptor del soborno sabe esto, estará

mucho menos inclinado a aceptar el soborno en primer lugar. Esto demuestra que habrá un descenso en la incidencia del cohecho.” (2011, p. 5, traducción mía).²⁹

Sobre la base de la propuesta de Basu, otros autores sostienen que la eficacia de la despenalización del cohecho activo depende de factores adicionales. En este sentido, un análisis completo de los intereses del sobornador debería incluir también los costos informales de denunciar la transacción a las autoridades. Es posible, por ejemplo, que el trámite necesario para informar el pago de un soborno requiera demasiado tiempo, o que otros funcionarios tomen represalias contra el denunciante, como así también que, por la propia ineficacia de la burocracia estatal, la probabilidad de recuperar efectivamente el dinero pagado sea escasa (Dufwenberg *et al.*, 2015, p. 842). En tales circunstancias, la eficacia de la medida podría variar según el monto del soborno. Si el soborno pagado al funcionario no es de mucho valor, probablemente, el interés en recuperarlo no compense los costos de la denuncia. En cambio, si el monto del soborno es elevado, de modo tal que supere sustancialmente los costos en que se debe incurrir para informar el hecho a las autoridades, todavía podría ser conveniente para el ciudadano denunciar la operación (Dufwenberg *et al.*, 2015, p. 843).

Según este argumento, para maximizar la eficacia del régimen legal de despenalización del pago de sobornos de hostigamiento, se debe intentar minimizar los costos asociados a la denuncia de la operación (Basu *et al.*, 2014, p. 15). Ello requeriría implementar medidas institucionales tendientes a imprimir celeridad al procedimiento de denuncia, como así también instituir controles para reducir los riesgos de que los funcionarios tomen represalias contra los denunciantes –*v. gr.*: posibilidad de disponer la rotación de los funcionarios ante la sospecha de hechos de corrupción, proporcionar alguna forma de protección de identidad a los denunciantes, etc.– (Abbink *et al.*, 2014, p. 25.). Tales reformas, se sostiene, permitirían incrementar la disuasión *también* con respecto al pago de sobornos pequeños.

En esta línea de análisis, se han realizado ciertos experimentos de laboratorio con la finalidad de evaluar la eficacia de los diferentes sistemas de responsabilidad del cohecho en casos de sobornos de hostigamiento.³⁰ En un estudio llevado a cabo en India,³¹ se diseñó un experimento para comparar la reacción de un grupo de personas ante un régimen legal *simétrico* –ambas partes enfrentan un potencial castigo– y ante uno *asimétrico* –solo el receptor del soborno enfrenta un potencial castigo–. Los participantes fueron divididos en parejas, uno de los cuales asumía el rol de un funcionario obligado a prestar determinado servicio, con el poder *de facto* para negarse a hacerlo, y quien podía reclamar un soborno para cumplir con su deber; el otro participante asumía el rol de un

ciudadano con el derecho a recibir la prestación de ese servicio. Si el funcionario decidía condicionar la prestación del servicio al pago de un soborno, el ciudadano disponía de tres opciones: rehusarse a pagar (1), pagar sin denunciar (2), pagar y denunciar (3); la opción 3 daba lugar a una *mayor* probabilidad de detección de la transacción que la opción 2.

En diferentes instancias del experimento, se modificaron las reglas del juego. En un primer momento, si la transacción era descubierta, tanto el funcionario como el ciudadano recibían una multa, lo que repercutía en el dinero que obtenían al finalizar el experimento –régimen simétrico–. En una segunda etapa, si la transacción era descubierta, la multa era aplicada únicamente al funcionario y el ciudadano recuperaba el monto del soborno pagado –régimen asimétrico–. En una tercera instancia, se modificaron de nuevo las reglas del juego: el descubrimiento de la transacción, al igual en el régimen anterior, daba lugar a la imposición de la multa únicamente al funcionario y el ciudadano podía recuperar el monto del soborno; empero, si el ciudadano denunciaba y la operación *no* era descubierta, el funcionario tenía la posibilidad de tomar represalias contra el denunciante. En tal caso, las ganancias del ciudadano sufrían una disminución, aunque la decisión de vengarse también tenía un costo para el funcionario. Por último, el experimento incluyó una cuarta modalidad, la cual solo difería de la anterior por el hecho de que, si la operación era descubierta, el ciudadano no recuperaba el monto del soborno.³²

En lo que aquí interesa, los resultados del estudio demostraron que en el escenario en el que ambas partes enfrentaban la posibilidad de sufrir una multa si la operación era descubierta, la opción “pagar y denunciar” alcanzó el 25%; en cambio, en el régimen en el que la multa solo se aplicaba al funcionario, esa opción ascendió al 59% (Abbink *et al.*, 2014, p. 23). Cabe aclarar que dicho incremento no se debió a una modificación del porcentaje de la opción “rehusarse a pagar”, sino que, por el contrario, tuvo origen en una disminución del porcentaje de la opción “pagar sin denunciar” (Abbink *et al.*, 2014, p. 23). En este sentido, los datos del experimento demuestran que, a pesar de que la opción “rehusarse a pagar” era extremadamente costosa en términos monetarios,³³ una minoría substancial de ciudadanos rechazó pagar sobornos en *cualquier* clase de régimen aplicable (Abbink *et al.*, 2014, p. 25). Asimismo, cuando se pasó al escenario en el cual los funcionarios disponían de la opción de vengarse, la alternativa “pagar y denunciar” descendió a valores similares al del régimen simétrico (Abbink *et al.*, 2014, p. 23). El estudio también demostró que, independientemente del régimen que se trate, mientras mayor era el monto del soborno exigido, mayor probabilidad de que el ciudadano eligiera la opción “pagar y denunciar”; consecuentemente, la probabilidad de que

el ciudadano escogiera esa opción descendía cuando el monto del soborno era más bajo. Por último, el porcentaje de funcionarios que exigieron el pago de un soborno descendió del 39% en el régimen simétrico al 24% en el régimen asimétrico; no obstante, en la situación en que se podían tomar represalias contra los denunciantes, el porcentaje de funcionarios que demandó el pago de sobornos se incrementó, aunque sin alcanzar los valores del régimen simétrico (Abbink *et al.*, 2014, p. 23).

En definitiva, los resultados del experimento confirman la hipótesis de que, con respecto a los sobornos de hostigamiento, un régimen legal que solo atribuye responsabilidad penal al funcionario, en términos de eficiencia, es preferible a uno que prevé responsabilidad penal para ambas partes. A este respecto, existen razones para sostener que, si el sobornador no enfrenta un potencial castigo, es más probable que denuncie la operación para intentar recuperar el monto del soborno pagado. A su vez, esto da lugar a que los funcionarios, al anticiparse a una posible denuncia, estén menos dispuestos desde el comienzo a exigir pagos. Es importante destacar, además, que, si bien una minoría de ciudadanos rechaza pagar esta clase de sobornos por convicciones morales, pues elige esta opción a pesar de ser costosa, tal porcentaje no se incrementó con el régimen asimétrico. Esto proporciona evidencia *en contra* de la hipótesis de que la despenalización de los sobornos de hostigamiento, al modificar el mensaje moral del derecho sobre este comportamiento, provocaría un aumento de la incidencia del cohecho activo (Abbink *et al.*, 2014, p. 25). Por último, para que el régimen de responsabilidad asimétrico funcione de modo eficiente, se deben adoptar medidas institucionales para minimizar los costos informales de la decisión de denunciar, pues, de otra forma, las ventajas de dicha legislación se desvanecen.

El experimento realizado por Abbink *et al.*, hasta ahora, es el único que, respecto de los sobornos de hostigamiento, ha comparado la eficacia de un régimen de responsabilidad simétrico con uno asimétrico. De todos modos, los resultados de dicho estudio proporcionan evidencia empírica a un enunciado que, desde un punto de vista teórico, si se asume que los agentes son seres racionales y auto-interesados, resulta bastante difícil de cuestionar: en un escenario en el que ambas partes están amenazadas por un costo x –en este caso, la pena– si denuncian la operación, ninguno tiene incentivos para informar el hecho y traicionar a su compañero; en consecuencia, ambos pueden confiar en la *complicidad* del otro para guardar silencio sobre la transacción. En cambio, en un escenario en el que solo de una de las partes está amenazada por ese costo y la otra, en caso de denunciar, resulta beneficiada, se crea un incentivo para que éste último informe el hecho y traicione a su compañero. En este contexto, desde el punto de vista

del sujeto que se halla amenazado por el costo de la pena, es *irracional* confiar en que, en contra de sus propios intereses, el otro guardará silencio. Y la desconfianza, naturalmente, disuade de realizar tales transacciones. Por ello, tanto por razones teóricas como por la evidencia empírica disponible,³⁴ se ha alcanzado un consenso importante sobre la conveniencia de conceder impunidad al sobornador en el cohecho de hostigamiento (Engel *et al.*, 2016, p. 516).

Ahora bien, los resultados del experimento llevado a cabo por Abbink *et al.* proporcionan evidencia en apoyo de la completa despenalización del ofrecimiento de sobornos, pues, según las reglas del régimen de responsabilidad asimétrico implementado en dicho estudio, el sobornador *nunca* recibe una sanción, aun cuando la operación se descubra sin que él haya realizado la denuncia (Abbink *et al.*, 2014, pp. 19-20). Empero, algunos autores sostienen que sería más conveniente, en vez de establecer la impunidad del cohecho activo de modo definitivo e incondicional –i. e., la *atipicidad* de ese comportamiento–, subordinar la eximición de pena a que el sobornador, *ex post*, denuncie espontáneamente el hecho a las autoridades, como efectivamente lo disponen algunas legislaciones.³⁵ De acuerdo con este argumento, si el beneficio de la impunidad se concede solo al que voluntariamente informa el pago del soborno, ello funcionaría como un estímulo más eficaz para incentivar la cooperación con las autoridades, ya que, especialmente cuando el monto del soborno no es lo suficientemente elevado como para compensar los costos de la denuncia, la necesidad de garantizarse la impunidad proporcionaría al sobornador una razón adicional para denunciar.

No obstante, a pesar de la ausencia de estudios de laboratorio que comparen el funcionamiento de ambos dispositivos en el cohecho de hostigamiento, existen razones importantes para sostener la mayor eficacia del régimen de despenalización. Ciertamente, lo característico de la medida que condiciona la impunidad a la denuncia es que el sobornador, en este caso, enfrenta el riesgo de ser castigado si la operación se descubre por razones externas a su confesión. Si bien debe tenerse en cuenta que el principal estímulo para que el sujeto informe la operación es la recuperación del monto pagado al funcionario, cuando los costos de la denuncia superan ese beneficio, particularmente si se trata de sobornos pequeños, ante el temor a ser castigado si la operación se revela por otros medios, el sobornador tendría una razón adicional para denunciar, la cual estaría ausente en la propuesta de despenalización. Empero, si bien ello podría introducir una variable positiva en un grupo limitado de casos –i. e., sobornos de bajo monto–, establecería también una variable negativa en *todos* los casos. Concretamente, ante la posibilidad de que, antes de la denuncia, las autoridades hayan sido advertidas del delito,

la información proporcionada por el sobornador podría aportar la evidencia necesaria para su propia condena, lo que, naturalmente, también tiene la capacidad de disuadir a los agentes de cooperar.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el régimen de excusa absolutoria introduce un costo adicional. Mientras que con la despenalización del cohecho activo el sobornador se presenta ante la autoridad como un “inocente”, con la implementación de una excusa absolutoria el sobornador se presenta como un “culpable” que requiere ser perdonado (Dufwenberg – Spagnolo, 2015, p. 847). Expresado de un modo más preciso: ahora la impunidad depende de la decisión de un órgano institucional, lo que introduce el riesgo de una aplicación ineficiente o arbitraria de la norma.³⁶ Por tal razón, al supeditar la impunidad a la decisión de los operadores judiciales, la posición del sobornador se debilita y, al final, esto puede disminuir la eficacia de la medida. En definitiva, si bien el régimen de excusa absolutoria podría introducir un estímulo positivo para cooperar en un grupo limitado de casos, hay razones para suponer que también traería aparejados costos adicionales que, considerados en su conjunto, harían a dicho régimen menos eficaz que la despenalización.

V. La criminalización del pago de sobornos de colusorios

En comparación con la despenalización del pago de sobornos de hostigamiento, la cual tiene un importante respaldo tanto a nivel teórico como experimental, no está claro que esta medida sea eficiente para disuadir el cohecho colusorio. La principal diferencia entre ambas situaciones reside en que, el ciudadano que paga a un funcionario por un beneficio ilegal, obtiene una prestación del Estado que, en un mundo honesto, no obtendría. Mientras que, en relación con los sobornos de hostigamiento, la despenalización del cohecho activo permite *contraponer* los intereses entre el sobornador y el funcionario, respecto de los sobornos colusorios, ambas partes tienen intereses comunes independientemente del régimen de responsabilidad penal que se instituya (Abbink *et al.*, 2014, p. 18). Desde la perspectiva del sobornador, el soborno constituye un costo para obtener un beneficio mayor, el cual deriva del acto que el funcionario, en violación de sus deberes, promete realizar (Rose-Ackerman, 2010, p. 224); por consiguiente, la recuperación del monto pagado no alcanza a ser un incentivo suficiente para compensar sus ganancias y, consecuentemente, para que él denuncie al funcionario. Fundamentalmente, esta es la razón por la cual los sobornos colusorios son más difíciles de controlar (Rose-Ackerman *et al.*, 2016, p. 219).

Como la promesa de impunidad y la recuperación del monto del soborno no pueden incentivar al ciudadano a que denuncie al funcionario en estos casos, algunos autores sostienen que, además de tales medidas, debe preverse el otorgamiento de un beneficio económico para el sobornador, que compense las ganancias que obtendría del acuerdo (Dufwenberg *et al.*, 2015, p. 848). Dado que, en el cohecho colusorio, el acto a cambio del cual se paga el soborno es ilegal, no resulta posible garantizar al sobornador su realización (Dufwenberg *et al.*, 2015, p. 848). Piénsese, paradigmáticamente, en el narcotraficante que soborna a la policía para poder vender droga en determinados lugares, o en el empresario que paga a un funcionario para que autorice el funcionamiento de una planta industrial en violación a las normas de protección ambiental. Aunque por los efectos que tendría en la sociedad sería contraproducente incentivar al sobornador mediante la promesa del cumplimiento de tales actos,³⁷ el otorgamiento de una recompensa económica por las ganancias perdidas *sí* podría operar como un incentivo para estimular la denuncia contra el funcionario y, en consecuencia, para producir *desconfianza* entre las partes.

A. Estudio sobre la eficacia de las recompensas económicas en un escenario de cohecho colusorio

En este sentido, para evaluar la eficacia de diferentes medidas con respecto a la disuasión del cohecho colusorio, se han realizado algunos experimentos de laboratorio. En un estudio llevado a cabo por Abbink y Wu en China,³⁸ los investigadores analizaron, en una situación representativa de un escenario de colusión, la reacción de las personas frente a sucesivos cambios en las reglas del juego. Al comienzo del experimento, los participantes eran divididos en parejas, uno de los cuales asumía el rol de un importador que intentaba ingresar ciertos bienes al país, mientras que el otro sujeto asumía el rol de un funcionario de aduana, quien debía imponer un impuesto a la importación de tales bienes. El importador disponía de la opción de ofrecer al funcionario de aduana un soborno, que podía variar en su monto (de 1 hasta 200 créditos), a cambio de que este incumpliera su deber y no aplicara el impuesto correspondiente. A su vez, el funcionario contaba con distintas alternativas: rechazar el soborno y cobrar el impuesto al importador; aceptar el soborno y eximir del impuesto al importador; aceptar el soborno y no eximir del impuesto al importador; eximir del impuesto al importador sin cobrarle el soborno.

Durante el transcurso del experimento, se introdujeron varias modificaciones en las reglas del juego. Una modalidad permitía al importador obtener una recompensa si denunciaba al funcionario, luego de que este aceptara el soborno (OIR). Otra variante facultaba al funcionario a recibir una recompensa si, luego de aceptar el soborno, denunciaba al importador (OOR). Por último, la modalidad simétrica permitía a ambos participantes denunciar al otro a cambio de la obtención de una recompensa (ST). En cualquier variante, la recompensa por la denuncia era de 200 créditos y la sanción por ser denunciado, de 400 créditos. Empero, en la modalidad simétrica (ST), si los dos participantes informaban la operación, ambos eran sancionados con 150 créditos.

Los resultados del experimento demostraron que la modalidad de tratamiento simétrico (ST), que permitía a ambas partes obtener una recompensa si denunciaban la operación, fue la única que logró disminuir la aceptación y el ofrecimiento de sobornos. De todos modos, el mecanismo solo fue eficiente durante los períodos en que los participantes desconocían si volverían a interactuar (“*one shot*”); en cambio, cuando ambos sabían que tendrían que interactuar en las siguientes etapas del experimento, ninguna modalidad redujo significativamente el cohecho (Abbink *et al.*, 2007, p. 264). Los autores inferen de los resultados del estudio que la implementación de un sistema de recompensa simétrica constituye un mecanismo eficaz para prevenir la aceptación y el ofrecimiento de sobornos, aunque solo en la medida en que se complementa con una política tendiente a evitar que los agentes interactúen repetidamente unos con otros –*v. gr.*: por medio de un sistema de rotación del personal de la administración pública– (Abbink *et al.*, 2007, p. 267).

B. Estudio sobre la eficacia de las recompensas económicas en un escenario de cartelización empresarial

Las conclusiones del estudio llevado adelante por Abbink y Wu son consistentes con hallazgos realizados en experimentos de laboratorio sobre cartelización empresarial. Evidentemente, existen diferencias entre ambos comportamientos. La colusión empresarial, a diferencia del cohecho, puede involucrar la participación de más de dos agentes, quienes actúan simultáneamente; en cambio, del cohecho participan normalmente dos agentes que actúan de modo secuencial (Engel *et al.*, 2016, p. 512). Además, los miembros de un cartel, en principio, son competidores que se hallan en la misma posición y asumen un costo equivalente al participar del acuerdo; respecto del cohecho, la situación es diferente, pues el acuerdo no involucra para ambas partes necesariamente el mismo costo, ni se encuentran en una relación de competencia horizontal entre sí.

De todos modos, la conducta de empresarios que, en violación a las reglas de la competencia comercial, fijan precios mínimos para evitar competir entre sí configura un acuerdo ilícito que tiene similitudes importantes con el escenario de cohecho colusorio. Más específicamente, desde un punto de vista económico, el cohecho colusorio constituye un acuerdo en el que *ambas* partes de la transacción se benefician de la transgresión del sistema reglas aplicable a esa interacción (Stein, 2012, p. 61). Piénsese, por ejemplo, en el juez que acepta un soborno de una de las partes en el juicio para dictar una sentencia contraria al derecho; en tal caso, es la violación de las normas jurídicas aplicables a la solución del litigio lo que le permite al juez obtener un beneficio –i.e., el monto del soborno– y al litigante una decisión del Estado que no debería obtener. La situación respecto de la colusión empresarial, en este sentido, resulta equivalente. Los empresarios que coluden para establecer precios comunes obtienen un beneficio de la violación de las reglas de competencia del mercado, pues si compitieran libremente, no obtendrían tales ganancias ilegítimas. Por ello, en ambos casos, se presenta el mismo problema relativo la dificultad para obtener evidencia de la comisión del delito, debido a que, por los beneficios derivados de incumplir las normas jurídicas o las reglas del mercado, las partes del acuerdo son las principales interesadas en mantenerlo en secreto y, por tanto, carecen de todo incentivo para cooperar con las autoridades.

A este respecto, en un experimento realizado en universidades de Suecia e Italia,³⁹ se diseñaron una serie de situaciones, similares a un escenario de colusión, con el fin evaluar la eficacia de diferentes estrategias legislativas contra la cartelización empresarial. Los participantes, divididos previamente en parejas, participaban de un juego en el que cada uno de ellos representaba una empresa (Bigoni *et al.*, 2012, p. 372). En las distintas etapas del experimento, tenían la posibilidad de tomar tres decisiones: en primer lugar, podían formar un cartel por medio de un acuerdo de precios; en segundo lugar, independientemente de si habían acordado un precio común, cada uno debía decidir a qué precio vendería distintos bienes; por último, también tenían la opción de denunciar la formación del cartel a las autoridades. Las ganancias que obtenía cada jugador dependían tanto del precio al que decidía vender sus productos como del precio de venta que fijaba su competidor. Cabe aclarar, además, que las partes podían apartarse unilateralmente del precio que eventualmente hubieran acordado, lo que daba lugar a una maximización de las ganancias del incumplidor, en desmedro de una disminución de las ganancias de la parte cumplidora.

Durante el experimento, se introdujeron cuatro tratamientos correspondientes a distintos modelos legislativos. De acuerdo con el primero, el acuerdo de precios era

completamente legal *–laissez-faire–*. En el segundo tratamiento, la formación de un cartel era ilegal y, en caso de que fuera descubierto por las autoridades, los participantes debían pagar una multa *–fine–*.⁴⁰ El tercer tratamiento solo difería del anterior por el hecho de que si alguno de los participantes decidía denunciar el acuerdo de precios, era eximido del pago de la multa, mientras que el otro participante debía pagarla en su totalidad *–leniency–* (Bigoni *et al.*, 2012, p. 374). Por último, se introdujo un nuevo tratamiento, conforme al cual, si un participante denunciaba la formación del cartel, no solo era eximido de pagar la multa, sino que también recibía como recompensa el monto de la multa pagado por el otro participante *–reward–* (Bigoni *et al.*, 2012, p. 374).

Como era previsible, los datos recabados por los investigadores confirmaron que la formación de carteles daba lugar a un aumento de los precios. Asimismo, en los tratamientos *leniency* and *reward*, se incrementó sustancialmente el porcentaje de participantes que denunciaba el acuerdo de precios, lo cual provocó una disminución de la cartelización, tanto en comparación con *fine* como, aún más, con *laissez-faire*. De todos modos, un hallazgo interesante del experimento es que los precios que acordaron los sujetos en *fine* y *leniency* fueron significativamente más altos que los precios de cartelización en *laissez-faire*. Ello demuestra que, si bien tales tratamientos son eficaces en disuadir la formación de carteles, no logran una disminución los precios, lo cual constituye el objetivo central de la legislación contra la cartelización. Los investigadores atribuyen estos resultados al hecho de que, aun cuando en *fine* y *leniency* los participantes formaron menos carteles, cuando lo hacían, por el temor a ser denunciados por su compañero y recibir una sanción si incumplían el acuerdo de precios, los carteles que se constituían eran más estables; es decir, tales tratamientos fundamentalmente disuadieron a los agentes a incumplir unilateralmente los acuerdos de precios (Bigoni *et al.*, 2012, pp. 381-383). En cambio, en *reward*, no solo se incrementaron los niveles de denuncia de la operación y de formación de carteles, sino que también tuvo lugar una disminución de los precios. La explicación de este resultado, según los investigadores, se debe a que mientras los tratamientos *fine* y *leniency* disuadieron solo aquellos carteles que los agentes formaban con la sola finalidad de posteriormente incumplir el acuerdo y, así, obtener mayores ganancias *–i. e., engañar a su competidor–*, *reward* logro disuadir la formación de *todo* tipo de carteles (Bigoni *et al.*, 2012, pp. 385-386).

En definitiva, las conclusiones de este experimento sobre cartelización son coherentes con los hallazgos del estudio sobre cohecho colusorio realizado por Abbink y Wu, en la medida en que ambos indican que solo un sistema de recompensa simétrica, que prevea impunidad y el cobro de una recompensa para el agente que primero denuncie

la operación, puede constituir un mecanismo eficiente de disuasión. Ahora bien, a diferencia de la propuesta de Basu sobre el cohecho de hostigamiento, la cual consiste en la completa *despenalización* de la conducta de ofrecer sobornos, los mecanismos que demostraron eficiencia en estos experimentos constituyen una especie de perdón judicial *ex post* para el agente que denuncia la operación, lo cual requiere la previa criminalización de la conducta en cuestión. En este sentido, la información que surge de estos estudios confirma la necesidad de penalizar tanto el cohecho pasivo como el cohecho activo; en todo caso, solo avala la conveniencia de prever la aplicación una excusa absolutoria, junto con una recompensa económica, para *cualquiera* de las partes que primero informe el hecho a las autoridades.

C. Estudio sobre un régimen de asimetría parcial, sin recompensas económicas, en un escenario de cohecho colusorio

Un estudio llevado adelante por Engel, Goerg y Yu, el que tuvo lugar en ciudades de Alemania y China, examinó la implementación de un sistema de asimetría *parcial* para los casos de cohecho colusorio.⁴¹ A diferencia de los experimentos descriptos previamente, en este caso, no se analizaron las consecuencias de establecer recompensas económicas para quienes denunciaran la operación. En cambio, mediante dicho experimento, los investigadores simplemente compararon las consecuencias de un régimen de responsabilidad que establecía sanciones de la misma intensidad para ambas partes del acuerdo con uno que disponía la aplicación de una sanción más leve para el sobornador.

Concretamente, las reglas del juego consistían en que, al inicio del experimento, los participantes eran divididos en parejas; el sujeto que desempeñaba el rol de sobornador recibía un aporte de dinero mayor al que cumplía el rol de funcionario. Por un lado, el sobornador tenía la opción de transferir al funcionario una suma de dinero y pedir un favor a cambio, o no realizar ninguna transferencia, lo que daba lugar a la finalización del experimento. En tal caso, ambos participantes recibían el monto inicial del aporte convertido en Euros.

Por otro lado, si el sobornador decidía realizar la transferencia y pedir un favor, el funcionario disponía de tres opciones. En primer lugar, podía rechazar la transferencia y no realizar el favor; dicha opción ocasionaba la finalización del juego. En segundo lugar, el funcionario podía aceptar la transferencia y *no* realizar el favor; en ese caso, el sobornador tenía la opción de “castigar” al funcionario. La decisión de castigar le costaba al sobornador una suma determinada de dinero y daba lugar a la aplicación de una mul-

ta contra el funcionario. En tercer lugar, el funcionario podía aceptar la transferencia y *conceder* el favor; en tal caso, una lotería determinaba si la operación era descubierta, lo cual acarrearía la imposición de una multa del mismo monto para ambos jugadores y la destrucción del dinero de la transferencia (régimen simétrico). Más adelante, se modificaron las reglas del juego: en caso de que los participantes fueran descubiertos, la multa que se imponía al funcionario era mayor a la del sobornador (régimen asimétrico).⁴²

El experimento arrojó los siguientes resultados: la introducción del régimen asimétrico provocó que aumentara *significativamente* el porcentaje de sobornadores que denunciaron al funcionario cuando este aceptaba el dinero de la transferencia, pero no concedía el favor a cambio —*i. e.*, la situación de explotación—. Es decir, aun cuando en el régimen asimétrico el sobornador debía pagar una multa si denunciaba la operación, muchos prefirieron sufrir una pérdida pequeña para causar un daño significativo al funcionario que incumplía el acuerdo. En cambio, durante la aplicación del régimen simétrico, casi nunca se denunció a los funcionarios cuando aceptaban la transferencia e incumplían el favor. Asimismo, en el tratamiento asimétrico, se incrementó el porcentaje de transferencias realizadas para pedir un favor a cambio. Con respecto a la conducta del funcionario, sin importar el tratamiento, en todos los casos el porcentaje de aceptación de transferencias fue elevado. La diferencia más relevante consistió en que, al implementar el régimen asimétrico, se produjo una disminución muy pronunciada de los casos de explotación, esto es, la decisión de aceptar la transferencia y no conceder el favor a cambio. Por último, aunque en el escenario asimétrico disminuyó la aceptación de transferencias por parte de los funcionarios, el efecto fue mínimo.⁴³

En definitiva, según los investigadores, el experimento permitió corroborar las hipótesis que formularon, a saber: en el régimen asimétrico, los sobornadores son más propensos a denunciar el hecho a las autoridades si el funcionario no realiza el acto prometido, los funcionarios cumplen más con lo pactado y aumenta la oferta de sobornos (Engel *et al.*, 2016, p. 530). La explicación de los resultados se basa en lo siguiente: desde el punto de vista del funcionario, el comportamiento más rentable consiste en aceptar el soborno y *no* realizar el acto prometido al sobornador.⁴⁴ Como el cohecho es ilegal, el sobornador no puede demandar judicialmente el cumplimiento del acuerdo.⁴⁵ Desde el punto de vista de la disuasión, dicha incertidumbre resulta beneficiosa, pues el temor a que el funcionario se quede con el dinero y no cumpla es un incentivo contra el ofrecimiento de sobornos.⁴⁶ El sobornador podría amenazar al funcionario con denunciarlo, pero esa amenaza es poco creíble si él también enfrenta un castigo considerable. Empero, con la reducción de la sanción del cohecho activo, el régimen asimétrico

otorga mayor credibilidad a la amenaza: el sobornador podría estar dispuesto a soportar un perjuicio modesto si de ese modo puede ocasionar un daño severo al receptor del soborno. Por otro lado, dado que los funcionarios anticiparían el mayor riesgo que implica incumplir el acuerdo, serían más propensos a realizar el acto a cambio del cual recibieron el soborno. En resumidas a cuentas, según Engel *et. al.*, a diferencia de lo que ocurre con el cohecho de hostigamiento, en este caso, la implementación del régimen asimétrico incrementa la confianza entre las partes, lo cual, finalmente, provoca un *aumento* de la incidencia del cohecho colusorio.

Aunque el experimento en cuestión analiza un régimen de asimetría parcial, cabe preguntarse cuáles serían las consecuencias de la implementación de un régimen de asimetría *total*, en el que el ofrecimiento de sobornos fuera completamente impune. Y, en principio, de acuerdo con las conclusiones del estudio llevado a cabo por Engel *et. al.*, existen razones para pensar que se incrementaría aún más la incidencia del cohecho colusorio. En primer lugar, porque cuando el cohecho activo es delito, el sobornador enfrenta el riesgo de que el funcionario, además de rechazar el ofrecimiento, lo denuncie ante las autoridades. La implementación de un régimen de asimetría total eliminaría por completo ese riesgo, por lo cual es razonable esperar un aumento significativo del ofrecimiento de sobornos. Aun cuando también podría incrementarse el porcentaje de funcionarios que rechazan sobornos, si se tienen en cuenta los resultados del estudio de Engel *et. al.*,⁴⁷ tal incremento difícilmente pueda compensar el aumento de la oferta. En segundo lugar, porque cabe suponer que el efecto de mayor confianza entre las partes, comprobado en casos de asimetría parcial, se maximice en la situación de asimetría total; dicho de otra forma, es razonable que se produzca una disminución más importante de los casos de explotación, pues, ante la despenalización del cohecho activo, la amenaza de que el sobornador denuncie al funcionario si éste no cumple deviene aún más seria.

D. Recapitulación

A modo de síntesis, si bien los dos primeros experimentos presentados analizan la eficacia de implementar recompensas económicas para la delación en el escenario de colusión, lo cual no se evalúa en el experimento de Engel *et. al.*, del examen conjunto de todos los estudios puede extraerse una conclusión común: la estrategia de incentivar a una sola de las partes, ya sea con un premio económico o con una disminución de pena, no es un mecanismo eficaz respecto de la disuasión de esta clase de ilícitos. En definitiva, tal evidencia permite advertir el contraste con lo que ocurre respecto del cohecho de

hostigamiento, pues, en este caso, la incentivación al sobornador, si se aseguran ciertas condiciones adicionales, es capaz de producir desconfianza en el funcionario y, consecuentemente, disuadirlo de reclamar sobornos. Dicho de otro modo, el principio que subyace a la justificación de la despenalización del ofrecimiento de sobornos en el cohecho de hostigamiento demuestra ser ineficaz en el cohecho colusorio.

VI. La criminalización del pago de sobornos mixtos

Una limitación de los experimentos analizados previamente consiste en que presuponen escenarios puros, en los que, o bien el sobornador paga para obtener algo que legalmente le corresponde –*i. e.*, hostigamiento–, o bien paga para obtener un beneficio ilegal –*i. e.*, colusión–. Empero, es probable que, en muchos casos, la situación real se caracterice por una combinación de hostigamiento y colusión.⁴⁸ Ello ocurre cuando, por ejemplo, un funcionario público propone a un empresario que le pague un soborno a cambio de la adjudicación de un contrato que no merece, por haberse presentado ofertas superiores a la suya, pero, simultáneamente, para el caso de que se niegue a pagar el soborno, lo amenaza con excluirlo de toda contratación futura, aun cuando eventualmente *sí* reúna las condiciones para la adjudicación. Del mismo modo, si la institución policial es altamente corrupta y se ha mezclado con el crimen organizado, los policías pueden recibir sobornos de organizaciones delictivas como condición para permitirles llevar a cabo sus actividades ilegales, y, al mismo tiempo, amenazarlos con tomar represalias violentas si no pagan lo suficiente.⁴⁹ Tales situaciones pueden describirse como sobornos *mixtos*, pues el sujeto paga tanto para conservar un derecho como para obtener un beneficio ilegal.

Lamentablemente, no existen estudios empíricos que evalúen el comportamiento de los agentes en escenarios que combinen hostigamiento y colusión, por lo cual es difícil formular apreciaciones concluyentes sobre cuál sistema de responsabilidad resulta conveniente. En estos casos, si es preferible implementar un régimen asimétrico, en el cual el cohecho activo no sea delito y el sobornador tenga a derecho a recuperar el monto pagado al funcionario, como en el cohecho de hostigamiento puro, o, por el contrario, si tal régimen resulta contraproducente, como en el cohecho colusorio puro, podría variar según el balance de costos y beneficios involucrados en la transacción. Más precisamente, si el beneficio ilícito que el sobornador obtiene del acuerdo resulta significativamente menor a los perjuicios con los que el funcionario lo amenaza, la situación podría asemejarse al escenario de hostigamiento. En el ejemplo planteado previamente, si un empresario, que paga para obtener un contrato inmerecido y evitar ser excluido

injustamente de futuras contrataciones, tiene *en general* más probabilidades de ganar en un escenario honesto que de perder, pareciera que el acuerdo perjudica sus intereses, y, en consecuencia, la situación se asemejaría a la del cohecho de hostigamiento. En cambio, si el empresario tiene más probabilidades de perder en futuras licitaciones si la adjudicación de los contratos se realiza de acuerdo con las reglas, el acuerdo podría ser más favorable a sus intereses y, por tanto, el escenario sería similar al del cohecho colusorio.

De todos modos, más de allá de las especulaciones que puedan hacerse, para determinar si es conveniente la despenalización del cohecho en estos casos, se requiere la realización de estudios empíricos, que tomen en cuenta las distintas variables que intervienen en la situación de cohecho mixto. Los experimentos de laboratorio llevados a cabo hasta el momento, en cambio, no han analizado esta clase de interacciones.

VII. Conclusiones

En las últimas dos décadas, se han realizado varios experimentos de laboratorio para examinar la conveniencia de implementar un régimen de responsabilidad asimétrico en el delito de cohecho, que solo penalice la conducta de aceptar sobornos. El argumento principal en que se fundamenta esta hipótesis reside en el hecho de que, si, desde el comienzo, el sobornador no está sujeto a la imposición de un potencial castigo, el funcionario percibiría con *desconfianza* la celebración de un acuerdo con él, pues podría denunciarlo luego de que aquel lleve a cabo el acto prometido a cambio del soborno. Con respecto al cohecho de hostigamiento, existe importante evidencia empírica en respaldo de esta hipótesis. Cuando el ciudadano paga un soborno para obtener una decisión del Estado que debería obtener sin necesidad de pagar, la despenalización del cohecho activo conduciría efectivamente a una disminución del cohecho pasivo. De todos modos, para garantizar la eficacia de esta medida, se deben implementar controles para evitar que los funcionarios puedan tomar represalias contra los denunciantes, como así también para disminuir otros costos derivados del procedimiento para denunciar.

Aunque la propuesta de despenalizar el pago de sobornos de hostigamiento tiene importante consenso teórico y respaldo empírico (Engel *et al.*, 2016, p. 507), la situación es diferente respecto de los sobornos colusorios. Cuando el ciudadano paga al funcionario para obtener algo que legalmente no le corresponde, de acuerdo con la información que surge de ciertos estudios, podría ocurrir que la despenalización del cohecho activo produzca el efecto contrario: *incrementar* la confianza entre las partes. Ello se debe a que la medida disuadiría a los funcionarios, principalmente, de explotar

al sobornador, esto es, de recibir el soborno y no realizar el acto prometido a cambio; al final, la disminución de los casos de explotación transformaría al cohecho en un negocio más seguro para el sobornador, lo que daría lugar a un aumento de la incidencia tanto del cohecho activo como del cohecho pasivo. Sin embargo, según los resultados de varios estudios empíricos, en el campo del cohecho y de la cartelización empresa, para disuadir la formación de acuerdos colusorios, podría ser eficaz la implementación de un mecanismo de recompensa simétrica, que prevea impunidad y el pago de una recompensa económica para *cualquiera* de las partes que primero denuncie la operación. Tal régimen presupone, no obstante, la criminalización del ofrecimiento de sobornos.

Por último, es necesario señalar que los estudios analizados presuponen escenarios puros, en los que, o bien los funcionarios hostigan a los ciudadanos, o bien tiene lugar una colusión entre las partes. Empero, en el mundo real, es posible que, a veces, ambas situaciones coexistan. La información que surge de los experimentos realizados hasta el momento no permite, pues, formular conclusiones sobre cuál régimen de responsabilidad podría ser conveniente en estos casos.

Referencias bibliográficas

- Abbink, Klaus, Utteeyo Dasgupta, Lata Gangadharan y Tarun Jain, 2014: "Letting the briber go free: An experiment on mitigating harassment bribes". *Journal of Public Economics*, vol. 111, pp. 17-28.
- Abbink, Klaus, Bernd Irlenbusch y Elke Renner, 2002: "An Experimental Bribery Game". *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 18, núm. 2, pp. 428-454.
- Abbink, Klaus y Danila Serra, 2012: "Anticorruption Policies: Lessons from the Lab", en Serra, Danila y Leonard Wantchekon (eds.), *New Advances in Experimental Research on Corruption*. UK, Emerald Group Publishing Limited, pp. 77-115.
- Abbink, Klaus y Kevin Wu, 2007: "Reward self-reporting to deter corruption: An experiment on mitigating collusive bribery". *Journal of Economic Behavior & Organization*, núm. 133, pp. 256-272.
- Andenaes, Johannes, 2002: "Deterrence", en Joshua Dressler (ed.), *Encyclopedia of crime and justice*. 2a edición, New York, Macmillan Reference USA, pp. 507-514.
- Basu, Karna, Kaushik Basu y Tito Cordella, 2014: "Asymmetric Punishment as an Instrument of Corruption Control", *World Bank Policy Research Working Paper*, núm. 6933, pp. 1-19. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?ab->

stract_id=2458219

- Basu, Kaushik, 2011: "Why, for a Class of Bribes, the Act of Giving a Bribe Should Be Treated as Legal." *MPRA*, núm. 50335, pp. 1-13. Disponible en: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/50335/>
- Batory, Agnes, 2012: "Why do anti-corruption laws fail in Central Eastern Europe? A target compliance perspective". *Regulation & Governance*, núm. 6, pp. 66-82.
- Bigoni, María, Sven-Olof Fridolfson, Chloé Le Coq y Giancarlo Spagnolo, 2012: "FINES, LENIENCY, and REWARDS in antitrust". *The RAND Journal of Economics*, vol. 43, núm. 2, pp. 368-390.
- Buompadre, Jorge E., 2011: "Exacciones Ilegales", en David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. 1a ed., Buenos Aires, Hammurabi, pp. 813-840.
- Carrió, Genaro R., 2011: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 6a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Creus, Carlos y Jorge Eduardo Buompadre, 2007: *Derecho penal. Parte especial. Tomo 2*. Buenos Aires, Astrea.
- Della Porta, Donatella y Alberto Vannucci, 1997: "The 'Perverse Effects' of Political Corruption". *Political Studies*, vol. 45, núm. 3, pp. 516-538.
- Donna, Edgardo Alberto, 2007: *Derecho Penal: parte especial. Tomo II B*. 2a ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Duff, R. A., 2014: "Towards a Modest Legal Moralism". *Criminal Law and Philosophy*, núm. 8, pp. 217-235.
- Dufwenberg, Martin y Giancarlo Spagnolo, 2015: "Legalizing bribe giving". *Economic Inquiry*, vol. 53, núm. 2, pp. 836-853.
- Dworkin, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- Edwards, James, 2014: "Harm Principles". *Legal Theory*, vol. 20, pp. 253-285.
- Engel, Christoph, Sebastian J. Goerg y Gaoneng Yu, 2016: "Symmetric vs. Asymmetric Punishment Regimes for Collusive Bribery". *American Law and Economics Review*, vol. 18, núm. 2, pp. 506-551.

- Falk, Armin y James J. Heckman, 2009: "Lab Experiments are Major Source of Knowledge in the Social Sciences". *Science*, núm. 323, pp. 535-538.
- Frister, Helmut, 2009: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4a ed., München, Verlag C. H. Beck. Citado por la traducción castellana de Sancinetti, Marcelo: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- Gómez Pomar, Fernando e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, 2005: *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*. Madrid, Thomson-Civitas.
- Green, Stuart P. "What's Wrong With Bribery", en R. A. Duff. y Stuart P. Green (eds.), 2005: *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, pp. 143-167.
- Hasic, Jasmin, 2018: "Asymmetric Deterrence and Punishment Systems for Combating Collusive Bribery: A Theoretical Examination of Legalizing Bribe-Giving". *Sarajevski žurnal za društvena pitanja*, vol. VIII, pp. 39-55.
- Hess, David y Thomas W. Dunfee, 2000: "Fighting Corruption: A principled Approach; The C² Principles (Combating Corruption)". *Cornell International Law Journal*, vol. 33, pp. 593-626.
- Laudan, Larry, 2006: *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- Lambsdorff, Johann Graf, 2010: "Deterrence and constrained enforcement: Alternative regimes to deal with bribery". *Passauer Diskussionspapiere, Volkswirtschaftliche Reihe*, 60, pp. 1-39.
- Lindgren, James, 1993: "The Theory, History, and Practice of the Bribery-Extortion Distinction". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, pp. 1695-1740.
- Nozick, Robert, 1977: *Socratic Puzzles*. Cambridge, Harvard University Press.
- Olaizola Nogales, Inés, 1995: "Cobhecho y amenazas: la relación entre ambos delitos (A propósito de la STS de 17 de marzo de 1972)". *Poder Judicial*, núm. 40, pp. 425-471.
- _____, 1999: *El delito de cobhecho*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Olivier, Armantier y Amadou Boly, 2012: "On the external validity of laboratory experiments on corruption", en Serra, Danila y Wantchekon, Leonard (eds.), *New Advances in Experimental Research on Corruption*. UK, Emerald Group Publi-

shing Limited.

- Orce, Guillermo, 2017: “Fundamentos de la despenalización del cohecho activo. Bases para una discusión”. *Revista de Derecho Penal*, Abeledo Perrot, núm. 2363, pp. 1-19.
- Ortiz, Juan Carlos, 2017: “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 1, pp. 39-70.
- Peralta, José Milton, 2008: “Prevención como respeto por el orden jurídico”. *InDret*, núm. 2, pp. 1-32.
- _____, 2016: “La explotación. Una discusión filosófica sobre su ilicitud”. *Anuario XVI (2015). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, pp. 481-497.
- Rawls, John, 1971: *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge. Citado por la traducción castellana de González, María Dolores: *Teoría de la Justicia*, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Rose-Ackerman, Susan y Bonnie J. Palifka, 2016: *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*. 2a ed., New York, Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, Susan, 2010: “The Law and Economics of Bribery and Extortion”. *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, núm. 6, pp. 217-238.
- Sundström, Aksel, 2019: “Why Do People Pay Bribes? A Survey Experiment with Resource Users”. *Social Science Quarterly*, vol. 100, núm. 3, pp. 725-735.
- Stein, Alex, 2012: “Corrupt Intentions: Bribery, Unlawful Gratuity, and Honest Services Fraud”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 75, núm. 2, pp. 61-81.
- Stiegler, Charles J., 2012: “Offering Monetary Rewards to Public Whistleblowers: A proposal for Attacking Corruption as Its Source”. *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 9, núm. 2, pp. 815-829.
- Stratenwerth, Günter, 2000: *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. Köln, Carl Heymanns Verlag. Citado por la traducción castellana de Cancio Meliá, Manuel y Sancinetti, Marcelo A.: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 1a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

Documentos Citados

Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), 2009a: *Third Evaluation Round. Evaluation Report on Bulgaria Incriminations*, pp. 1-25. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c4e67>

_____, 2009b: *Third Evaluation Round. Evaluation Report on Hungary Incriminations*, pp. 1-26. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6b2d>

_____, 2009c: *Third Evaluation Round. Evaluation Report on Poland Incriminations*, pp. 1-29. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7ada>

_____, 2009d: *Third Evaluation Round. Evaluation Report on Romania Incriminations*, pp. 1-40. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7cc4>

_____, 2009e: *Third Evaluation Round. Evaluation Report on the Slovak Republic Incriminations*, pp. 1-28. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca43d>

_____, 2009f: *Third Evaluation Round. Evaluation Report on Slovenian Incriminations*, pp. 1-22. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca75>

_____, 2009g: *Third Evaluation Round. Evaluation Report on Spain Incriminations*, pp. 1-29. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c9d6f>

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017: *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional*, 2a ed., Viena. Disponible en https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Estado_de_la_aplicacion.pdf

The American Law Institute, 1980: *Model Penal Code and Commentaries* (Official Draft and Revised Comments), Part II, § 240.0 to 251.4, Philadelphia.

Agradecimientos

Agradezco a Hernán Bouvier, José Milton Peralta y Alejandro Berrotarán por la lectura de una versión previa del trabajo y por las importantes recomendaciones realizadas. También quiero expresar mi agradecimiento a dos árbitros anónimos por las interesantes observaciones que realizaron al trabajo, las cuales han enriquecido sustancialmente el producto final.

Notas

- 1 Sobre el concepto de soborno, pueden verse Olaizola Nogales, 1999, pp. 305-334; Green, 2005, pp. 149-150.
- 2 Algunas legislaciones incluyen en la definición de cohecho la retribución posterior a un acto del funcionario, no pactada con anterioridad, como la legislación alemana (§332 - §333), española (art. 421) y chilena (art. 248, 2º párrafo – 248 bis). En cambio, según otros ordenamientos jurídicos, como el Código Penal argentino (art. 258) y el Código Penal Modelo de los Estados Unidos (§240.3), tal conducta constituye un delito distinto y de menor gravedad que el cohecho.
- 3 Al respecto, véase Rose-Ackerman *et al.*, 2016, pp. 27-36.
- 4 Particularmente, véase Abbink *et al.*, 2002, pp. 448 y ss.
- 5 La defensa de una perspectiva consecuencialista en cuanto a los *fundamentos* de la criminalización no implica, al menos necesariamente, desconocer toda relevancia a la inmoralidad del comportamiento a prohibir. En este sentido, de acuerdo con un punto de vista extendido, mientras que la razón para criminalizar consiste en la prevención de daños, la incorrección intrínseca de la conducta a prohibir –*i.e.*, su inmoralidad– opera como una restricción a la consecución de ese objetivo, sobre la base de una concepción negativa de la retribución; esto es, la idea de que la culpabilidad no proporciona una razón en favor de la pena, pero la inocencia sí provee una razón *en contra* de ella. Consecuentemente, como alguien solo puede ser *materialmente* culpable cuando, entre otras cosas, realiza una acción inmoral, aunque la razón para criminalizar sea consecuencialista, el derecho penal únicamente debería prohibir los comportamientos que, desde el punto de vista de la moral crítica, sean intrínsecamente incorrectos. Sobre este problema, véase Duff, 2014, pp. 218-222.

- 6 Para más detalles, puede verse Edwards, 2014, pp. 259-262.
- 7 Al respecto, véase Laudan, 2006, pp. 64 y ss.
- 8 Aprobada en la ciudad de Nueva York, con fecha 31/10/2003. Disponible en: <https://www.unodc.org/ropan/es/AntiCorruptionARAC/united-nations-convention-against-corruption.html>
- 9 De este modo lo establece, por ejemplo, el art. 426 del Código Penal español.
- 10 Concretamente, así lo disponen las legislaciones de Hungría y Eslovenia. En el caso de Hungría, la eximente es aplicable también al funcionario que recibe el soborno.
- 11 La versión en inglés de los Códigos Penales de estos países puede consultarse en <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.
- 12 Es interesante señalar que, según las regulaciones húngara y eslovena, la concesión de la exención de la pena para el sobornador queda sujeta a la discrecionalidad judicial, lo cual, evidentemente, puede reducir la eficacia de este dispositivo. Sobre este argumento, véase UNODOC, 2017, p. 187.
- 13 Según surge de los informes citados, tanto en Rumania como en Eslovaquia, se ha informado que alrededor del cincuenta por ciento del descubrimiento de los casos de cohecho tuvo origen en la denuncia del sobornador.
- 14 Sobre esta distinción, véanse Sundström, 2019, p. 726.
- 15 Al respecto, véase Orce, 2017, pp. 9-12.
- 16 El ejemplo es de Lindgren, 1993, p. 1700
- 17 Defiende esta opinión: Orce, 2017, pp. 10-12.
- 18 Sobre estos conceptos, Rawls, 1995, pp. 89-93.
- 19 El ejemplo es de Rawls, 1995, p. 89.
- 20 Al respecto, véase Laudan, 2006, pp. 66 y ss.
- 21 Ello no implica adherir a la tesis de que el derecho proporciona *siempre* una única respuesta correcta y que los jueces *nunca* tienen discrecionalidad, en sentido fuerte, para decidir entre distintas alternativas, como efectivamente sugieren ciertos autores. En cambio, lo único que se afirma aquí es que, *a veces*, el derecho proporciona una respuesta correcta y, en *esos* casos, los jueces están obligados a tomar tal decisión. Esto es compatible con afirmar también que, *en ocasiones*, existe discrecionalidad en sentido *fuerte* para decidir de diverso modo. Sobre este tema, puede verse Dworkin, 1977, pp. 31 y ss.; Carrió, 2011, pp. 49-72.
- 22 Se asume aquí que no existe una norma constitucional que obligue a los legisladores a adoptar una decisión específica sobre la cuestión. Por supuesto, ello no implica que *todas*

las decisiones legislativas sean de esta clase, pues, en ocasiones, es posible que los legisladores carezcan de discrecionalidad para decidir, en virtud de que una norma válida de jerarquía superior disponga la obligatoriedad de aprobar una ley de cierto contenido.

- 23 Sobre el modo de distinguir entre ofertas y amenazas, véanse Nozick, 1977, pp. 23 y ss.; Peralta, 2016, pp. 485 y ss.
- 24 Sobre los diferentes criterios para distinguir el cohecho y la extorsión, puede verse Lindgren, 1993, pp. 1702-1704.
- 25 También debe tenerse en cuenta que algunas legislaciones expresamente niegan una defensa de extorsión en casos de cohecho. Así lo hace, por ejemplo, el Código Penal Modelo de los Estados Unidos (The American Law Institute, 1980, pp. 39-41).
- 26 Además del delito de extorsión, los tipos penales de concusión y exacciones ilegales, previstos en algunos ordenamientos jurídicos, también abarcan situaciones en las que el sobornador es víctima de exigencias coactivas del funcionario. Empero, conforme a una interpretación bastante extendida, en estos casos, solo se configura el delito cuando lo exigido coactivamente es para la Administración, aunque *posteriormente* el funcionario lo convierta en provecho propio. En definitiva, lo que importa señalar aquí es que tales figuras legales no agotan todas las situaciones descritas como “sobornos de hostigamiento”. Sobre esto tipos penales, pueden verse Olaizola Nogales, 1995, pp. 443-453; Buompadre, 2011, pp. 828-834; Creus, 2007, pp. 333-334.
- 27 De acuerdo con las tendencias legislativas actuales, el hecho de que el funcionario activamente reclame o solicite el pago de un soborno no excluye la aplicación del cohecho, ya que no se requiere para la consumación de este delito que el funcionario adopte necesariamente un rol pasivo. Esta concepción del cohecho se ha plasmado en importantes convenciones internacionales, como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 15, inc. b) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. IV, inc. 1 a).
- 28 Al respecto, véase The American Law Institute, 1980, p. 41-42.
- 29 “(...) Under the kind of revised law that I am proposing here, once a bribe is given and the bribe giver collects whatever she is trying to acquire by giving the money, the interests of the bribe taker and bribe giver become completely orthogonal to each other. If caught, the bribe giver will go scot free and will be able to collect his bribe money back. The bribe taker, on the other hand, loses the booty of bribe and faces a hefty punishment.

Hence, in the post-bribe situation it is in the interest of the bribe giver to have the bribe taker caught. Since the bribe giver will cooperate with the law, the chances are much higher of the bribe taker getting caught. In fact, it will be in the interest of the bribe giver to have the taker get caught, since that way the bribe giver can get back the money she gave as bribe. Since the bribe taker knows this, he will be much less inclined to take the bribe in the first place. This establishes that there will be a drop in the incidence of bribery.”
- 30 Acerca de la validez externa de los experimentos de laboratorio, véase Abbink *et al.*, 2012,

pp. 84-85.

- 31 El estudio fue realizado en distintas universidades de la ciudad de Hyderabad, una de las más importantes de la India. Tales instituciones fueron elegidas, según Abbink *et al.*, porque ello permitió reclutar a personas provenientes de distintos contextos culturales. A este respecto, una objeción que puede plantearse a *cualquier* estudio empírico, incluidos los experimentos de laboratorio, es que sus conclusiones solo serían aplicables a la sociedad en la que se realizó –entendiendo por sociedad el lugar y tiempo en el que tuvo lugar tal estudio–; esto es, que no resultarían generalizables. Empero, esta objeción contextual pierde importancia cuando, en relación con aquello que se presente analizar, las distintas sociedades mantienen similitudes estructurales. Dicho más claramente, en cualquier sociedad capitalista, en la que la economía se organiza a partir de la lógica del mercado, es sensato suponer, especialmente respecto de interacciones que involucran un intercambio de prestaciones –como el cohecho–, que la *mayoría* de los agentes se orientan por una racionalidad de tipo instrumental; es decir, que, por medio de un cálculo de costo-beneficio, tienden a elegir el curso de acción que maximiza sus intereses. Por supuesto, esto no implica desconocer que otros factores culturales tengan importancia en la explicación del comportamiento social. Así, por ejemplo, es posible que, por distintas causas, la inclinación de los individuos a ofrecer sobornos sea mayor en un país que en otro; empero, aun así, si se introduce un factor que hace más costosa esa conducta en ambos casos, en la medida en que se den las condiciones de similitud mencionadas previamente, es razonable prever que ello provoque una reducción *proporcional* del ofrecimiento de sobornos en tales sociedades. Expresado de otro modo, es sensato pensar que, a pesar de tales diferencias culturales, la reacción frente al estímulo sea la misma. Este modo de entender el problema tiene apoyo en importante literatura teórica y evidencia empírica. Al respecto, véase Olivier *et al.*, 2012, pp. 132-133.
- 32 Para una explicación más detallada de las diferentes etapas del experimento, véase Abbink *et al.*, 2014, pp. 19-20.
- 33 Si el sujeto que cumplía el rol de sobornador elegía esta opción, su pago disminuía en 50 rupias y el juego terminaba. Al respecto, véase Abbink *et al.*, 2014, p. 19.
- 34 Sobre la complementariedad entre los experimentos de laboratorio y los estudios teóricos, véase Falk *et al.*, 2009, pp. 535-538.
- 35 Defienden esta opinión, Dufwenberg *et al.*, 2015, pp. 846-847.
- 36 Reconocen esta consecuencia, Dufwenberg *et al.*, 2015, p. 847.
- 37 En contra, Hasic, quien sostiene que, a pesar de las consecuencias negativas que podría tener legalizar el acto por el cual el sujeto ha pagado el soborno, los beneficios de la medida compensarían sus costos, pues serviría para evitar que tales actos ocurran en el futuro. De todos modos, la propuesta de reemplazar la legalización del acto ilegal por el beneficio económico que el sobornador obtendría del acuerdo, desde un punto de vista consecuencialista, parece más conveniente, porque permite cumplir la función de incentivar al sobornador a denunciar, sin dar lugar a las consecuencias negativas que implicaría la

realización del acto ilegal. Sobre este argumento, véase Hasic, 2018, p. 51.

- 38 El estudio se llevó a cabo en la Universidad de Xiamen, ubicada en dicha ciudad. Para más detalles, véase Abbink *et al.*, 2007, p. 261.
- 39 El estudio tuvo lugar en universidades de Estocolmo y Roma. Para más detalles, véase Bigoni *et al.*, 2012, p. 375.
- 40 Aun cuando ninguna de las partes informara la formación del cartel, siempre existía la posibilidad de que, según un margen de probabilidad determinado, el acuerdo fuera descubierto. A este respecto, véase Bigoni *et al.*, 2012, p. 373.
- 41 El experimento se realizó en las ciudades de Shangai y Bonn. Para más detalles, véase Engel *et al.*, 2016, pp. 506-551.
- 42 Para una explicación detallada de las reglas y metodología del experimento, véase Engel *et al.*, 2016, pp. 518-520.
- 43 El aumento del porcentaje de funcionarios que, en el régimen asimétrico, rechazó ofrecimientos fue apenas *modesto*. Dado que los rechazos se volvieron más frecuentes luego de que los funcionarios, al incumplir el acuerdo, fueron denunciados por los sobornadores, los investigadores entienden que ello indica que el régimen asimétrico disuade solo la formación de los acuerdos que, desde el principio, no hubieran sido ejecutados. Al respecto, véase Engel *et al.*, 2016, pp. 540-541.
- 44 El cumplimiento de la promesa, como supone la realización de un acto contrario a los deberes del cargo, puede traer consecuencias perjudiciales para el funcionario, como así también generar sospechas sobre la existencia del cohecho. Esta es la razón por la cual la realización del acto prometido a cambio del soborno, en el cohecho colusorio, involucra potencialmente un costo para el funcionario.
- 45 Sobre este punto, también Bigoni *et al.*, 2012, pp. 663 y ss.; Abbink *et al.*, 2012, p. 430.
- 46 En el mismo sentido, Lambsdorff, 2010, pp. 4-5.
- 47 Véase nota 43.
- 48 Al respecto, véase Lindgren, 1993, p. 1700.
- 49 Sobre la relación entre crimen organizado y corrupción, puede verse Rose-Ackerman *et al.*, 2016, pp. 294-306.

Recepción: 7 diciembre 2020

Revisión: 9 febrero 2021

Aceptación: 17 febrero 2021