

BRUNO RUSCA

**FUNDAMENTOS
DE LA CRIMINALIZACIÓN
DEL COHECHO**

Prólogo de
José Milton Peralta

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2020

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , por José Milton Peralta	15
AGRADECIMIENTOS	21
ABREVIATURAS	23
INTRODUCCIÓN	25
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	25
2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.....	27
3. PRECISIONES SOBRE LA METODOLOGÍA.....	28
4. ESTRUCTURA GENERAL DEL TRABAJO	31
CAPÍTULO I. LA RELEVANCIA DE LA ILICITUD MORAL DE LA CONDUCTA PARA SU CRIMINALIZACIÓN	35
1. INTRODUCCIÓN.....	35
1.1. Precisiones conceptuales	35
1.2. La inmoralidad de la conducta como <i>requisito</i> para su criminalización.....	37
1.3. La legitimidad de los delitos <i>mala prohibita</i>	39
1.4. La inmoralidad de la conducta como <i>límite</i> a las razones consecuencialistas que fundamentan la criminalización.....	40
CAPÍTULO II. LA ILICITUD MORAL DEL COHECHO PASIVO	43
1. DEFINICIÓN DE COHECHO	43
2. LA ILICITUD DEL COHECHO PASIVO	46
2.1. ¿Hay algo <i>prima facie</i> incorrecto en aceptar un soborno?.....	46
2.2. El cohecho como utilización de un cargo público para beneficio privado.....	48

	Pág.
2.3. La teoría de la mercantilización. La teoría del valor externo...	52
2.4. La teoría de la deslealtad	59
2.5. Toma de posición	66
2.6. Consecuencias de la perspectiva adoptada	69
3. CONCLUSIONES	73
CAPÍTULO III. LA ILICITUD MORAL DEL COHECHO ACTIVO...	75
1. INTRODUCCIÓN.....	75
2. LA ILICITUD DEL COHECHO ACTIVO	76
2.1. El sobornador como autor de su propio ilícito.....	76
2.1.1. El cohecho activo como mercantilización de las deci- siones del gobierno.....	76
2.1.2. El cohecho activo como comportamiento tramposo ...	78
2.2. El sobornador como partícipe en el ilícito de otro.....	81
2.2.1. El cohecho activo como inducción a la corrupción del <i>carácter</i> del funcionario	81
2.2.2. El cohecho activo como inducción a la <i>deslealtad</i> del funcionario.....	83
2.3. Toma de posición	86
3. EL OFRECIMIENTO DE SOBORNOS BAJO COACCIÓN. LA DISTINCIÓN ENTRE EL COHECHO Y LA EXTORSIÓN.....	90
3.1. La conducta del funcionario como parámetro.....	92
3.2. Las características del acto como criterio de delimitación	95
3.3. Toma de posición	97
3.3.1. La distinción entre ofertas y amenazas	98
3.3.2. La solución al problema: el cohecho activo como ofrecimiento espontáneo o respuesta a una <i>oferta</i> . La extorsión como respuesta a una <i>amenaza</i>	100
4. CONCLUSIONES	103
CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DEL DAÑO COMO CRITERIO DE CRIMINALIZACIÓN.....	105
1. INTRODUCCIÓN.....	105
2. EL PRINCIPIO DEL DAÑO	106
2.1. El concepto de daño	108
2.2. ¿Intereses públicos?.....	112
3. LA CRIMINALIZACIÓN DE ACCIONES RIESGOSAS	115

	<u>Pág.</u>
3.1. Delitos de peligro concreto.....	117
3.2. Delitos de peligro abstracto.....	122
3.2.1. Los delitos de peligro abstracto como criminaliza- ción de conductas «arrogantes».....	125
3.2.2. Los delitos de peligro abstracto como criminaliza- ción de conductas que crean un peligro contra el «Estado de Derecho».....	126
3.2.3. Los delitos de peligro abstracto como lesiones contra la seguridad en la disposición de los bienes	127
3.2.4. Los delitos de peligro abstracto como delitos impru- dentes sin resultado.....	129
3.3. Toma de posición	130
4. LA JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DAÑO	133
4.1. Diferentes concepciones del principio del daño.....	133
4.2. Críticas al principio del daño.....	140
4.3. Toma de posición	142
5. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS ...	147
5.1. Las funciones de la teoría del bien jurídico	147
5.2. El concepto de bien jurídico.....	149
5.3. Los bienes jurídicos colectivos	150
5.3.1. Concepción dualista	150
5.3.2. Concepción monista-individualista.....	151
5.4. Toma de posición	151
6. CONCLUSIONES.....	154
 CAPÍTULO V. LA CRIMINALIZACIÓN DEL COHECHO PASIVO...	 157
1. INTRODUCCIÓN.....	157
2. TEORÍAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL COHECHO	158
3. EL COHECHO COMO DELITO AUTÓNOMO	159
3.1. La tesis de los deberes del cargo.....	159
3.2. La confianza de la sociedad en la Administración	161
3.3. La imparcialidad de la Administración	163
4. EL COHECHO COMO ACTO PREPARATORIO DE UN DE- LITO POSTERIOR.....	168
5. TOMA DE POSICIÓN	171
5.1. La aceptación de un soborno como paso previo de una ac- ción desleal	171
5.1.1. La distinción entre preparación y tentativa.....	172

	Pág.
5.1.2. La aceptación de un soborno como acto preparatorio o comienzo de ejecución de una acción desleal....	176
5.2. La legitimidad de la criminalización anticipada del cohecho pasivo.....	177
5.3. El carácter lesivo de la toma de decisiones por sobornos.....	181
5.3.1. La toma de decisiones por sobornos como procedimiento riesgoso.....	182
5.3.2. La toma de decisiones por sobornos como procedimiento lesivo.....	184
5.3.3. La toma de decisiones por sobornos como incentivo lesivo a largo plazo.....	187
6. CONSECUENCIAS DE LA TESIS ADOPTADA.....	190
6.1. La gradación del ilícito de cohecho pasivo.....	191
6.2. La admisibilidad del desistimiento voluntario.....	194
6.2.1. Los fundamentos del desistimiento liberador de pena.....	195
6.2.2. El desistimiento en delitos que castigan actos preparatorios.....	197
6.3. Concurso con otros delitos.....	199
7. CONCLUSIONES.....	200
CAPÍTULO VI. LA CRIMINALIZACIÓN DEL COHECHO ACTIVO.	203
1. INTRODUCCIÓN.....	203
2. LA LEGITIMIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN ANTICIPADA DEL SOBORNADOR.....	204
2.1. El problema del castigo autónomo de la <i>instigación</i>	204
2.2. La justificación del castigo autónomo del cohecho activo.....	206
3. LA NECESIDAD DE CRIMINALIZAR EL COHECHO ACTIVO.....	209
3.1. La criminalización del pago de sobornos de hostigamiento....	210
3.2. La criminalización del pago de sobornos colusorios.....	214
4. CONSECUENCIAS DE LA PERSPECTIVA ADOPTADA.....	219
4.1. La gradación del ilícito del sobornador.....	219
4.2. La posibilidad del desistimiento voluntario.....	221
5. CONCLUSIONES.....	224
CAPÍTULO VII. EL COHECHO ENTRE PARTICULARES.....	227
1. INTRODUCCIÓN.....	227
2. DEFINICIÓN LEGAL DE COHECHO PRIVADO.....	228

	<u>Pág.</u>
3. EL COHECHO EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO	231
3.1. La teoría de la deslealtad	232
3.2. La teoría del fraude a la libre competencia.....	237
3.2.1. El cohecho comercial como un ilícito contra los consumidores.....	238
3.2.2. El cohecho comercial como un ilícito contra los demás competidores.....	239
3.3. Teorías mixtas.....	242
3.4. Conclusiones sobre el cohecho en el ámbito comercial	246
4. EL COHECHO EN OTROS ÁMBITOS DE LA VIDA SOCIAL.	247
5. CONCLUSIONES	250
CONCLUSIONES GENERALES.....	251
BIBLIOGRAFÍA.....	261

PRÓLOGO

José MILTON PERALTA

En la parte especial se deberían realizar con más frecuencia estudios sobre la legitimidad de la intervención penal. Si bien es cierto que son comunes investigaciones en esta área del Derecho, estas, generalmente, están más vinculadas a la interpretación del Derecho positivo que a la evaluación de la permisibilidad de la criminalización de una conducta. Los análisis acerca de la legitimidad del castigo son usuales en trabajos sobre los fundamentos del Derecho penal y no en los dedicados a sus figuras en particular. Sin embargo, la pregunta por la legitimidad de la criminalización de cierta conducta requiere un estudio especial de esa conducta en concreto y no puede responderse con una mera referencia a principios generales. Por ello, resulta muy bienvenida la obra de Bruno Rusca que aquí presento y que he tenido el gusto de dirigir.

El trabajo de Rusca ha tomado como objeto de análisis el delito de cohecho y su desarrollo demuestra la verdad de las afirmaciones anteriores: son las peculiaridades de este delito las que requieren un examen en particular para saber si es legítima su criminalización y, si así fuera, qué contornos debería tener y cuál debería ser la intensidad de la reacción estatal. Rusca responde estas preguntas con notable solvencia, utilizando herramientas analíticas sofisticadas, valiéndose de aportes hechos tanto por la dogmática penal como por la filosofía, y también tomando en cuenta investigaciones empíricas, algo poco frecuente entre nosotros.

Antes de comenzar a hacer un análisis de los problemas concretos que presenta el delito que Rusca ha trabajado, vale la pena detenerse en la metodología utilizada. Como adelanté, su trabajo no es dogmático en el sentido tradicional del término. No trata de sistematizar el Derecho positivo o darle a este el mejor sentido posible, sino que pretende evaluar el cohecho desde una perspectiva moral, es decir, de cómo debe ser el Derecho. Recién en una segunda instancia se ocupa de la cuestión dogmática de qué espacio ofrecen las legislaciones positivas para sus consideraciones morales.

En los estudios más tradicionales se suele utilizar el término «política criminal» para hacer referencia a este tipo de enfoques de los problemas penales.

Por política criminal se entienden argumentos de lege ferenda, i. e., también sobre cómo debe ser la legislación. Aunque normalmente esos análisis se hacen a propósito de un trabajo dogmático en sentido estricto, y de un modo más bien tangencial. De todos modos, hay matices que diferencian el emprendimiento que hizo Rusca de aquel que lleva adelante quien hace política criminal. Mientras en la filosofía solo se apela a «principios morales generales» e «intuiciones en el caso particular» para llegar a un equilibrio reflexivo (Rawls), en la política criminal todavía se apela a normas positivas de rango superior, especialmente la Constitución. Si bien ambos se emparentan en cuanto a que las normas de rango legal no son vinculantes, difieren en cuanto a la relevancia de las normas superiores. Esto en parte es solo una declamación pues normalmente una Constitución dice pocas cosas. En ella suele haber solo normas muy generales que ofrecen poco para la solución de problemas específicos. No obstante, hablar de política criminal le permite al eventual autor «distanciarse» de aquello que sostiene (algo propio del Derecho legal), puesto que puede (e incluso parece que debe) decir que tal o cual conclusión es lo que se sigue de ciertas normas o principios constitucionales nos gusten o no. En cambio, el filósofo no puede hacer este movimiento y, en esa tarea, no puede eludir el escollo que significan consecuencias insatisfactorias de una teoría y la tarea de continuar en ese ir y venir que caracteriza el equilibrio reflexivo. La filosofía penal es, en un sentido fuerte, una tarea en primera persona que no puede apelar a otra autoridad que la corrección de las conclusiones.

Al llevar a cabo esta empresa, Rusca, siguiendo una tradición ya empezada por Husak, Gardner y Green, entre otros filósofos penales, sostiene que para que una conducta pueda ser criminalizada debe satisfacer dos criterios. Por un lado, esta debe ser incorrecta en sí misma, es decir, más allá de cualquier consideración consecuencialista. Rusca le llama a esto «la ilicitud del cohecho». Dado que su tarea es estrictamente filosófica, la respuesta por la incorrección de esa conducta no puede encontrarse en el Derecho positivo (no basta decir que es ilícita porque así lo establece el Derecho), sino que debe buscarse en la moral. Los penalistas de tradición continental solemos tenerle cierta fobia a este término, pues lo asociamos con la intervención del Estado a la moral privada, es decir, justamente con aquella parte de la moral con la que el Estado no debería interferir. Pero hay un sentido de moral más amplio, que es justamente al que se debe apelar si uno no puede basarse en normas del Derecho positivo. La pregunta a la que se debe responder es si el cohecho está mal, tan mal que sea permisible (aunque no obligatorio, ni lícito solo por eso) que se lo califique como delito. Y esta es una pregunta moral, pues es una pregunta que pretende afirmar que cometer un delito no debe ser. Las áreas de estudio que trabajan particularmente con estos temas y de la que los filósofos penales no pueden prescindir son la filosofía moral, referida a comportamiento del individuo, y la filosofía política, referida al comportamiento del Estado.

En segundo lugar, la conducta debe satisfacer los requisitos que impone el principio del daño. Según este, la mera ilicitud moral de una conducta no basta

para que sea punible. La prohibición penal debe redundar en algún beneficio para la sociedad. Rusca denomina a la evaluación de este aspecto «criminalización del cohecho». Previo al análisis de las figuras en concreto, realiza un estudio del principio del daño, de su justificación en los delitos de peligro y de su relación con el principio de protección de bienes jurídicos. Todo este análisis resulta sumamente interesante en sí mismo y pertinente en relación con el resto de su trabajo. De las dos concepciones posibles del principio del daño, Rusca adopta una posición similar a la defendida por Gardner, según la cual este principio no requiere que el delito cause un daño en el caso concreto, sino, antes bien, que su castigo sirva para evitar posibles daños en el futuro. Una concepción más débil que su alternativa, pero aun así más exigente que lo que se seguiría de una postura meramente moralista.

En esta tarea, en cuanto a la ilicitud del cohecho, Rusca distingue según el caso sea de cohecho pasivo o activo. Entiende que la «ilicitud moral» del «cohecho pasivo», radica en la violación de un deber de lealtad. La deslealtad ocurre porque el autor se motiva por razones diferentes a las que debería, ya que, al decidir, tiene en cuenta los intereses del sobornador en lugar de los de la institución estatal a la que representa. El «cohecho activo», en cambio, constituye un delito de instigación pues la figura central es el cohecho pasivo y quien tiene el deber más fuerte de velar por los intereses generales es el funcionario, no el particular. Por ello, también, el ilícito del cohecho pasivo es menor.

A raíz de esta precisión de en dónde radica exactamente la ilicitud del cohecho pasivo, se hizo necesario distinguirlo de otras conductas que pueden realizar funcionarios estatales en el contexto de sus funciones, que podrían parecer cohecho, pero que, en realidad, responden a una ilicitud diferente. Esto ocurre con la estafa, la extorsión y las dádivas. Los aportes de Rusca aquí no solo enriquecen la comprensión del cohecho, sino que también son útiles para la precisión de las figuras con las que se puede llegar a confundir.

Rusca también utiliza correctamente las herramientas de la parte general. Si bien ninguno de los problemas por él planteados puede solucionarse con la mera aplicación de las reglas de esa área del Derecho penal, no cabe duda de que el manejo de las teorías de la parte general también puede ser útil para resolver ciertas cuestiones. En este sentido, con suma agudeza, Rusca ha sabido detectar cuándo ciertos inconvenientes que plantea el delito de cohecho pueden solucionarse simplemente utilizando las reglas de la parte general. En este aspecto, no solo ha demostrado destreza en el uso de estas herramientas, sino también capacidad crítica en cuanto a su corrección. Así, Rusca somete a una crítica filosófica, por dar un ejemplo, a las reglas que dominan los ordenamientos que él toma en consideración según los cuales, ceteris paribus, ser autor y partícipe (necesario) implica haber llevado adelante una conducta con idéntica carga de reproche moral.

Al utilizar las herramientas de la parte general, Rusca también percibe que el cohecho es, en rigor, apenas un delito de preparación del daño final que se

quiere evitar. Este daño consiste en que un funcionario tome cierta decisión por razones incorrectas. De allí extrae las consecuencias que ello tendría para la legitimidad del castigo de este «acto preparatorio» y para la posibilidad de desistimiento. Si bien entiende que el castigo es legítimo, incluso con la envergadura que normalmente tiene en estos casos, cree que ello no debe impedir la posibilidad de que el autor desista voluntariamente y que con ello obtenga la consiguiente impunidad. Estas dos tesis parecen difícilmente compatibles, pero Rusca fundamenta satisfactoriamente por qué entiende que lo son.

Siguiendo con su planteamiento general, en una segunda etapa, se dedica a analizar el daño que la penalización del cohecho puede evitar. Resulta digno de destacar aquí que Rusca realiza una evaluación de los daños de una manera muy rigurosa, algo que no se suele hacer al llevar adelante análisis penales. Por el contrario, estos suelen circunscribirse a evaluar la incorrección intrínseca de una conducta, conforme a lo que permiten las palabras de la ley, y a esgrimir razones preventivas sin una fundamentación acabada al respecto. Rusca, por el contrario, lleva adelante esta tarea valiéndose de datos empíricos, en la medida en que estos están disponibles, y con una argumentación rigurosa.

Al igual que en el resto de su trabajo, analiza el daño respecto de cada figura en particular, lo cual está justificado, pues, como con la incorrección, el daño depende específicamente de cada conducta. En los casos centrales (de cohecho pasivo en el que el agente resuelve llevar adelante una conducta contraria a deber) el daño es conceptual, pues si la decisión es incorrecta, se afecta la Administración Pública. En cambio, en los casos donde la conducta es por lo demás correcta, el daño tiene que estar en otro lado. Rusca entiende que está en las consecuencias que tendría su permisión. Esto resulta especialmente relevante en aquellos supuestos en donde, en primera instancia, el cohecho activo parece tornar más eficiente la Administración Pública. Esto ocurre cuando el cohecho activo puede ser visto como un plus para que el funcionario haga mejor su trabajo. Allí el problema no es el caso individual, sino las consecuencias a largo plazo de una Administración Pública con estas características. Estos, y otros análisis de este tipo, son hechos por Rusca con destacada capacidad analítica.

En este análisis, además, Rusca no descuida el principio de «indispensabilidad» de la intervención penal, pues aun cuando la pena pueda ser útil quizá puede haber otras herramientas menos invasivas igualmente eficientes; e incluso puede ocurrir que la no intervención sea una mejor estrategia para luchar contra ciertos delitos. Esta es otra muestra de cómo el autor toma en serio las consecuencias de la criminalización. Así, se pregunta por la conveniencia de criminalizar al sobornador, especialmente porque esto implica, con mucha probabilidad, que este no va a comunicar el hecho a las autoridades y, con seguridad, que no podrá ser obligado a declarar como testigo. Rusca distingue supuestos, que tendrían distintas consecuencias, según, otra vez, qué clase de conducta sea la que se está investigando. Se trata de un análisis sumamente interesante al que los juristas, al menos los de tradición continental, estamos poco acostumbrados.

Finalmente, Rusca estudia con detalle la figura denominada de «cobecho privado». Esto resulta interesante, pues se trata de una figura novedosa que se va imponiendo legislativamente en diferentes países. Es, asimismo, pertinente pues se trata de un supuesto de cobecho que debería tener cosas en común con el cobecho común, pero que es extraño, pues tiene lugar en un ámbito completamente distinto: el del tráfico comercial privado. Rusca se detiene en estas peculiaridades y demuestra la dificultad que tiene el cobecho privado de encajar en la regla general que justifica la criminalización del cobecho público, algo que solo resulta evidente gracias al estudio hecho por el autor sobre este último delito.

Todo esto ha sido escrito por Rusca de un modo sencillo y accesible. En el texto se evita el uso de una terminología saturada de historia y discusiones no explicitadas, que solo resultarían entendibles por personas avezadas en la dogmática de tradición alemana. Por el contrario, se especifica cada vez que resulta necesario lo que se quiere expresar con la utilización de cierta terminología. La obra resulta, por ello, comprensible para cualquier lector interesado en el tema propuesto y abre, así, el juego argumental también a filósofos, sociólogos y prácticos, y a cualquier persona que esté dispuesta a hacer el esfuerzo por seguir su argumentación.

Asimismo, Rusca no intenta hacer grandes muestras de erudición. El trabajo no está cargado de largos capítulos destinados a contar la historia del delito de corrupción, ni tampoco tediosos espacios reservados al Derecho comparado o la evolución de la jurisprudencia. No es que aquellas cuestiones no sean dignas de una indagación académica, se trata de que tendrían poco que ver con la tarea que Rusca quiso emprender y serían tediosas en esta obra. En este sentido, el texto tiene un contenido completamente pertinente y cada una de sus partes resulta, por eso mismo, interesante y necesaria para entender su posición de manera completa. El texto tiene, por esto, también una extensión más amable que otras obras, lo que también invita a su lectura.

El autor ha demostrado aquí que es un jurista notable, que ha llevado adelante esta obra con humildad en la búsqueda genuina de los argumentos correctos. El apoyo de instituciones como Conicet, la Fundación Fulbright y su estancia en Barcelona han permitido tener el tiempo de reflexión que un trabajo de este tipo requiere y aquí se ven los frutos en un libro sumamente atractivo en el que se trabaja un delito de un modo novedoso y ameno. El lector encontrará aquí, entonces, un trabajo serio, profundo, original y realmente interesante, que implica un verdadero aporte a la discusión sobre el problema social que implica la corrupción pública.

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un problema fundamental de la parte especial del Derecho penal consiste en determinar la clase de comportamientos que deberían criminalizarse; más precisamente, la cuestión es si existe algún parámetro normativo para evaluar las decisiones del legislador en esta materia¹. Para ello, es necesario recurrir a algún criterio externo al Derecho positivo, esto es, al conjunto de normas y principios jurídicos vigentes en una sociedad determinada. A modo de ejemplo, si la conducta consistente en «no saludar a un vecino» constituyera un delito, habría importantes razones para cuestionar la legitimidad de dicha norma. Naturalmente, una prohibición penal de estas características podría ser coherente con todos los principios formales y sustanciales de un ordenamiento jurídico dado, como las pautas emergentes de determinada Constitución u otras normas de jerarquía superior. Con todo, más allá de lo que el Derecho positivo permita hacer al legislador, criminalizar esta clase de comportamientos es una decisión cuestionable: ninguna persona debería ser castigada simplemente por omitir saludar a alguien.

En este sentido, la pregunta acerca de qué conductas pueden ser un delito es un problema de naturaleza *moral* o, lo que es igual, se trata de una cuestión de *política criminal*. La misma clase de problemas surge cuando, por ejemplo, se debate sobre si la práctica del aborto consentido por la mujer tiene que ser criminalizada. En este caso, el objeto de la discusión no es lo que el Derecho positivo prescribe, sino, por el contrario, lo que *debería* prescribir. Empero, para determinar si el aborto, la aceptación y el ofrecimiento de un soborno, o cualquier otro comportamiento debe constituir un delito, previamente, se requiere contar con algún criterio sobre la clase de acciones que, en general, el legislador legítimamente puede criminalizar.

En principio, el parámetro más importante para establecer si una conducta debe ser prohibida mediante el Derecho penal es el «principio de lesividad» o, como se denomina en la tradición anglosajona, «principio del

¹ R. A. DUFF y Stuart P. GREEN, «Introduction: The Special Part and its Problems», en R. A. DUFF y Stuart P. GREEN (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 4.

daño»². Este criterio de criminalización requiere, según una interpretación bastante extendida, limitar la prohibición penal exclusivamente a acciones que dañen a otros o, al menos, involucren un riesgo de daño sobre sus intereses. Por consiguiente, se impide al Estado castigar a las personas por realizar conductas inocuas o que solo ocasionen un perjuicio para ellos mismos. Así, por ejemplo, si se acepta la premisa de que solo pueden ser un delito las acciones que perjudiquen a terceros, no se deberían criminalizar las prácticas sexuales consentidas entre personas adultas o el consumo de estupefacientes realizado en un ámbito de privacidad. Tales comportamientos, en la medida en que no involucren siquiera una mínima interferencia en la vida de los demás, deben quedar fuera del ámbito del Derecho penal.

Por otra parte, el delito de cohecho sanciona las conductas que constituyen el intercambio corrupto por antonomasia³. El cohecho pasivo, por un lado, dispone la aplicación de una pena para el funcionario público que recibe algo de valor, o acepta una promesa, a cambio de realizar un acto relativo a sus funciones. El cohecho activo, en cambio, castiga al particular que promete o entrega algo de valor al funcionario para que este realice un acto relativo a sus funciones. En general, el delito comprende tanto la aceptación y el ofrecimiento de un soborno a cambio de la ejecución de un acto ilícito —cohecho propio—, que viola los deberes del funcionario, como de un acto lícito —cohecho impropio—, que resulta conforme a sus deberes⁴.

Ahora bien, ciertos casos de cohecho impropio plantean un problema serio al principio de lesividad, puesto que, presumiblemente, no ocasionan un daño ni crean un peligro contra intereses de terceros. Repárese, por ejemplo, en el siguiente escenario:

Un empleado del registro civil está obligado a entregar, al menos, diez pasaportes por día de trabajo. Luego de cumplir con esa cuota mínima, una persona, que reúne todos los requisitos legales para obtener el documento, le ofrece un

² En rigor, una equiparación total entre el principio del daño y el principio de lesividad, en cierta medida, es exagerada, puesto que existen diferencias relevantes entre ambos. Sin embargo, a modo de aproximación preliminar al problema de investigación, se asume deliberadamente esta imprecisión, con la salvedad de que, más adelante, la cuestión será abordada con mayor profundidad.

³ El término corrupción es más amplio que el de cohecho, puesto que, normalmente, hace referencia también a otros delitos contra la Administración Pública (*v. gr.*: peculado, malversación de caudales públicos, etc.) y, además, denota conductas que, sin constituir un ilícito penal, involucran un ejercicio irregular de la función pública o una falta ética por parte del funcionario. Sin embargo, es frecuente que ambos términos sean asimilados. Así, por ejemplo, el delito que comprende la aceptación y ofrecimiento de sobornos en el ámbito privado se designa, frecuentemente, como «corrupción privada» o «corrupción entre particulares».

⁴ Por el momento, la definición de cohecho que se presenta incluye los comportamientos que, prácticamente, bajo cualquier legislación quedarían subsumidos en este delito. No obstante, más adelante se abordarán las particularidades de la regulación del cohecho en diferentes ordenamientos jurídicos y, a su vez, el modo en que, según la perspectiva defendida aquí, debería ser regulado.

soborno para que le entregue un pasaporte adicional. El empleado acepta el soborno y, además, cumple su promesa.

En la situación descrita, en principio, nadie sufre un perjuicio. El ciudadano que paga el soborno recibe un documento que, según el ordenamiento jurídico, tiene derecho a obtener. Las demás personas no padecen ninguna demora por el trámite adicional que realiza el empleado; y, finalmente, como consecuencia del soborno, la Administración Pública es más productiva, puesto que entrega mayor cantidad de pasaportes que si el cohecho no hubiera tenido lugar. De todos modos, aun si verdaderamente nadie resulta perjudicado, subsiste la intuición de que el cohecho debería ser castigado.

En este aspecto, si en verdad existen casos de cohecho inocuos, como el ejemplo planteado previamente, el problema de investigación se puede presentar, de un modo algo esquemático, de la siguiente manera: una posibilidad consiste en abandonar el principio del daño como criterio de criminalización y, en consecuencia, buscar una justificación diferente, que permita legitimar el castigo en tales casos. En segundo lugar, se puede simplemente mantener la interpretación convencional del principio del daño y, por tanto, concluir que los casos de cohecho inocuos deben ser despenalizados; aunque esta propuesta contradiga ciertas intuiciones morales sobre el problema, finalmente, podría ser la respuesta correcta. Por último, otra alternativa radica en defender el principio del daño, pero sostener una interpretación más amplia, que comprenda los casos de cohecho inocuos.

En última instancia, el objetivo principal de esta investigación es determinar si la criminalización del cohecho está justificada y, en todo caso, proponer una interpretación del delito para que su alcance se ciña a lo legítimamente punible. Ello requiere analizar tanto las características especiales del cohecho como los principios que fundamentan la criminalización de una conducta.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

En verdad, si se acepta como premisa que el Estado solo debería criminalizar conductas lesivas para terceros, el cohecho no es el único delito que presenta problemas de legitimación. La criminalización de muchos otros comportamientos también resulta difícil de justificar conforme al principio del daño. Así pues, el lavado de dinero, el abuso de información privilegiada o la explotación plantean dificultades similares. Sin embargo, el cohecho constituye, por diferentes razones, un caso especial.

Por un lado, como señala Green, el cohecho representa de cierta forma el delito de cuello blanco por excelencia. Normalmente, sus autores son personas con poder económico o político, tiene lugar en el ámbito de actividades comerciales o gubernamentales, sus víctimas son muy difíciles de identi-

ficar, y lo único que diferencia al cohecho de otro tipo de comportamientos es un elemento subjetivo muy difícil de probar⁵. Por otro lado, a diferencia de ciertos delitos de cuello blanco, cuya aparición es relativamente reciente, la criminalización del cohecho en el ámbito público tiene origen en una larga tradición y, a su vez, se apoya firmemente en las intuiciones morales de una parte importante de la sociedad⁶. Es decir, no se trata de una tendencia legislativa novedosa, producto de la influencia de grupos de presión u organismos técnicos internacionales; por el contrario, el cohecho constituye, por así decirlo, un delito «nuclear» de la legislación de cualquier país moderno, como el robo o la violación.

Por ello, si la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de sobornos contradice principios reconocidos del Derecho penal, como el de lesividad, no se puede concluir, sin más, que el cohecho deba ser despenalizado. En cambio, dicho conflicto obliga, por lo menos, a revisar si el modo en que el principio en cuestión ha sido interpretado es correcto. Y, en última instancia, este esfuerzo por compatibilizar la criminalización del cohecho con los fundamentos filosóficos del Derecho penal, probablemente, permita también aportar elementos para solucionar los problemas de legitimación de otros delitos.

3. PRECISIONES SOBRE LA METODOLOGÍA

La pregunta por la legitimidad de la criminalización del cohecho constituye fundamentalmente un problema *moral* o, lo que es igual, un asunto de política criminal. En efecto, de lo que trata esta investigación es si la legislación acerca del cohecho está justificada, en función de determinados principios que, en general, son reconocidos como válidos en el campo del Derecho penal. Por ello, la respuesta al problema no se puede obtener mediante la descripción del Derecho vigente, puesto que, precisamente, la corrección del juicio del legislador forma parte del objeto de investigación.

En el estudio de los problemas del Derecho penal, es frecuente que se presente un conflicto entre, por un lado, el amplio reconocimiento de una

⁵ Stuart P. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (trad. de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 257.

⁶ En un estudio empírico realizado en Estados Unidos, Green y Kugler investigaron si las intuiciones morales de los legos sobre el cohecho eran coherentes con la legislación norteamericana. Entre otras preguntas, se les consultó a los ciudadanos si la aceptación y el ofrecimiento de sobornos en el ámbito público eran conductas reprochables y, en su caso, si debían ser criminalizadas. Los resultados del estudio revelaron que un porcentaje muy alto de los encuestados, alrededor de un 90 por 100 aproximadamente, respondieron que tanto el cohecho activo como el pasivo constituían conductas inmorales y, además, merecedoras de sanción penal. Al respecto, véase Stuart P. GREEN y Matthew B. KUGLER, «La percepción pública de la culpabilidad en los delitos de cuello blanco: cohecho, falso testimonio y estafa», en Stuart P. GREEN, *Mentir, hacer trampas...*, op. cit., p. 353.