

Recensión del libro de Bruno Rusca, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*

Roberto Cruz Palmera

Universidad Isabel I de Castilla

CRUZ PALMERA, ROBERTO. Recensión del libro de Bruno Rusca, *Inteligencia artificial, Fundamentos de la criminalización del cohecho*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-r3, pp. 1-9.

<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc24-r3.pdf>

RESUMEN: El trabajo analizado contiene un estudio sobre la justificación del delito de cohecho. El propósito del autor es ahondar en la legitimación de dicho comportamiento delictivo, intentando encontrar, a lo largo de su obra, criterios para lograr una interpretación constitucional, esto es, una aplicación legítimamente punible. Por ello, no solo estudia las características especiales del cohecho, también los principios que sustentan la criminalización de toda conducta.

PALABRAS CLAVE: cohecho; justificación; moral; principio de daño; peligro.

TITLE: **Review of the book by Bruno Rusca, *I Fundamentos de la criminalización del cohecho***

ABSTRACT: This book is a rigorous study on the crime of bribery. The author's purpose is to expose the legitimacy of bribery, trying to find, throughout the book, criteria to achieve a constitutional interpretation, i.e., a fair or adequate sanction or in accordance with the Constitution. Therefore, he analyzes not only the special characteristics of bribery, but also the rules that support the criminalization of all human conduct.

KEYWORDS: bribery; harm principle; justification; morality; risk.

Fecha de recepción: 15 mayo 2022

Fecha de publicación en RECPC: 30 agosto 2022

Contactos: robertojose.cruz@ui1.es
- brunorusca@gmail.com

SUMARIO: 1. *El autor y su obra*. 2. *Crítica a la tesis de Rusca*. 3. *Final. Bibliografía*.

1. El autor y su obra

La monografía de Bruno RUSCA constituye la publicación de su tesis doctoral, defendida en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, bajo la dirección del Prof. Dr. José Milton PERALTA. La obra tiene como objeto analizar los fundamentos para la legitimación del delito de cohecho, en concreto, desde la óptica del principio de daño. Para ello, su autor se propone no solo comprobar con su investigación si la incriminación del cohecho está justificada desde el “principio de daño”, también ofrece una interpretación de dicho comportamiento anclada a la Constitución. En efecto, en este texto el lector podrá constatar que la investigación acaba exponiendo no pocas aportaciones más allá de la propuesta específica de interpretación y análisis de justificación para el cohecho.

El libro se compone de siete capítulos (I. “La relevancia de la ilicitud moral de la conducta para su criminalización”, II. “La ilicitud moral del cohecho pasivo” III. “La ilicitud moral del cohecho activo”, IV. “El principio del daño como criterio de criminalización”, V. “La criminalización del cohecho pasivo”, VI. “La criminalización del cohecho activo”, VII. “El cohecho entre particulares”).

En el Cap. I. el autor expone la relevancia del análisis de la ilicitud moral de la conducta para la criminalización del cohecho. Este capítulo inicia con una diferenciación entre las distintas formas de moralidad (“moral positiva”, “moral crítica”, “moral pública”, “moral privada”). Su autor toma como base la inmoralidad para fijar los límites del castigo en materia penal; dicho de otra manera, sostiene que un requisito necesario —pero no suficiente—, para criminalizar una conducta de forma legítima es su inmoralidad, puesto que, sin este, a su juicio, la incriminación resultaría injustificada. En relación con eso, apuesta por un moralismo legal en sentido negativo; así las cosas, afirma que el estudio de la legitimación del delito de cohecho debe ser tratado bajo la problemática de la inmoralidad; no bajo otro particular. El autor centra su postura en una “moral crítica”, esto es, aquella que se referencia en los deberes que los sujetos tienen frente a otros (p. 35).

En el Cap. II. tras ofrecer un marco conceptual del cohecho, el autor analiza, entre otros tópicos, el problema de “si y por qué es” incorrecto que los servidores públicos en función acepten un soborno. Su análisis sobre la incorrección de esta conducta aborda una serie de temas de no poco calado; así pues, nos muestra el cohecho como la instrumentalización para la obtención de beneficios inadecuado y expone que una teoría sobre la inmoralidad del cohecho debe ofrecer explicaciones solventes para dicho fenómeno. Para lograrlo, RUSCA se apoya en diferentes teorías elaboradas por varios autores. El primer autor que cita es John DANLEY, quien muestra el soborno como la proposición de algo valioso con el propósito de inducir a otro a violar los deberes oficiales de su cargo. Sobre la teoría de DANLEY, siempre hay algo *prima facie* inmoral en aceptar el soborno, pues quien lo acepta se emplaza en un comportamiento desde todo punto de vista negativo, esto es, sin importar que el resultado,

aparéntemente, reluzca inofensivo. El segundo autor, James LINDGREN, es un expositor de la teoría del cohecho como la instrumentalización del cargo público para beneficio personal. Resumidamente, LINDGREN sostiene que la justificación del cohecho reside en la instrumentalización del poder público por parte del funcionario. El tercer autor, Peter ALLDRIDGE, exponente de la teoría de la mercantilización del gobierno, afirma que el delito de cohecho se fundamenta en la transformación de los actos de gobierno en mercancía. La tesis de la cuarta autora citada dicha sección, Deborah HELLMAN —no es precisamente una exponente de la teoría de la mercantilización—, sobre la fundamentación del cohecho se mueve hacia esa dirección; pues bien, para HELLMAN estaríamos ante un delito de cohecho, siempre que logremos determinar que el objeto del acuerdo consiste en un intercambio de bienes de esferas distintas. Finalmente, expone los planteamientos de Stuart P. GREEN y Michael PHILIP; ambos son destacados exponentes de la teoría de la deslealtad o “traición al cargo”. Bajo esta corriente, la ilegitimidad del cohecho reside en el comportamiento desleal por parte del funcionario, en pocas labras: la acción es ilegítima porque ha faltado a la imparcialidad que de él se espera. Tanto GREEN como PHILIP sostiene que un rasgo del cohecho es el acuerdo bilateral entre las partes, y esto se da cuando un sujeto entrega o promete algo de valor a un sujeto sobornado para que se actué a favor del sobornador. Dicha característica, como puede intuirse, sirve para discriminar sobornos de conductas neutrales, aunque debe determinarse en dicha acción una falta de “fidelidad” o “sinceridad” al cargo. Y esta fidelidad la tiene el funcionario con la ley, la Constitución, pero también con los principios objetivos de buen gobierno.

En el Cap. III. el autor expone una serie de planteamientos sobre la ilicitud moral del cohecho activo. A mi juicio, el núcleo del capítulo se circunscribe a resolver una pregunta: ¿es tan grave ofrecer un soborno como aceptarlo? Sobre la ilicitud del cohecho activo, RUSCA afirma que la inmoralidad de la aceptación de la propuesta se basa en la deslealtad del funcionario; es decir: “en las malas razones por las cuales toma una decisión relativa a su función”. Ahora bien, tras agotar un conjunto de posiciones que intentan explicar la variante del sobornador como participe en el ilícito de otro, el profesor RUSCA estima que la teoría de la participación en la deslealtad es la que nos permite comprender mejor la especial incorrección en el ofrecimiento de un soborno. En ese aspecto, hasta cierto punto, asume que tanto la mercantilización como el comportamiento tramposo son elementos clave para constituir la ilicitud del cohecho. Seguidamente, en esa sección RUSCA, también expone un análisis sobre el ofrecimiento de soborno bajo coacción y ofrece un interesante estudio sobre la diferencia entre *cohecho* y *extorsión*. Al respecto, expone criterios para determinar cuándo el ofrecimiento del soborno emana de la libertad del agente o; por el contrario, se origina en la coacción del funcionario. Tras exponer enfoques que a su juicio solo intentan explicar el problema —a) La conducta del funcionario como parámetro

y b) Las características del acto como criterio de delimitación— concluye que: “para que se constituya un supuesto de extorsión, el soborno debe tener por finalidad la evitación de un perjuicio producto de una amenaza previa, formulada por el funcionario. Como lógica consecuencia, todo ofrecimiento realizado espontáneamente, constituye, objetivamente, un caso de cohecho”. Seguidamente, su autor expone la distinción entre oferta y amenaza; finalmente, nos muestra una propuesta de solución, afirmando que para la configuración de la extorsión es necesario que el funcionario comunique al ciudadano que si no paga el soborno sobrellevará un daño grave que en términos objetivos no está obligado a soportar o a tolerar.

En el Cap. IV. el autor expone un análisis sobre el principio de daño como criterio de criminalización. A mi modo de ver, es uno de los capítulos más relevantes a efectos de la elaboración de su propuesta. A modo de síntesis, en esta sección se abordan tanto los fundamentos como el alcance del principio de daño en un intento de buscar argumentos para justificar comportamientos delictivos que no lesionan o que no producen daño sobre los bienes jurídicos protegidos en las respectivas normas. Para ello, se exponen varias teorías sobre el denominado principio de daño junto a un análisis crítico. Al respecto, RUSCA se apoya en un sugerente análisis de Derecho Comparado —sistema anglosajón, como lo muestra casi que a lo largo de su obra— para poder fijar una comparación entre el principio de daño y el principio de lesividad. Entre las principales conclusiones, destaca, considerablemente, lo que su autor valora como la razón en favor de la criminalización fundada en consideraciones consecuencialistas; esto es, la fusión entre el *principio de lesividad* y el principio de daño. La fusión entre ambos principios implica, para RUSCA, criterios necesarios para poder demostrar que “la legislación penal, a pesar de constituir una herramienta costosa y nociva, es necesaria para prevenir daños y, de esta forma contribuye a evitar que la calidad de vida empeore sustancialmente” (p. 254). Asimismo, afirma la conveniencia de: “adoptar una definición de daño como el puro menoscabo de un interés, independientemente de si, además, tal menoscabo es producto de un comportamiento moralmente incorrecto” (p. 111). Además, concluye que los delitos peligro abstracto no resultan problemáticos de cara a su legitimación, pues el principio de daño habilita la incriminación de comportamientos inofensivos y, de ahí, surge la posibilidad de castigar conductas cargadas de riesgo o no lesivas (como los delitos peligro abstracto). Para RUSCA: si el principio de daño “permite criminalizar acciones completamente inocuas, con más razón, se pueden castigar también acciones, en general, riesgosas” (p. 155).

En el Cap. V. RUSCA nos muestra un interesante análisis sobre la criminalización del cohecho pasivo. Para ello, expone con solvencia, en primer lugar, un recorrido sobre las teorías que intentan determinar el bien jurídico tutelado en ese delito. Seguidamente, expone tres tesis sobre el cohecho como delito autónomo —teoría de los deberes jurídicos, teoría sobre la confianza de la sociedad en la Administración

y, la tercera, la teoría sobre la imparcialidad de la Administración—. Sobresalen dos secciones en este capítulo. La primera, su análisis del cohecho como acto preparatorio para la comisión de un delito posterior como delito de preparación de los previstos en la Parte Especial; la segunda, como consecuencia del adelantamiento de la intervención penal, la compleja determinación del desistimiento voluntario en los comportamientos referidos a los actos preparatorios autónomos.

En el Cap. VI. trata sobre la criminalización del cohecho activo. En dicha sección se analiza a fondo la criminalización del ofrecimiento de un soborno a un funcionario público; en realidad, se trata de una revisión sobre la necesidad de criminalizar el citado comportamiento. Al respecto, entiende ese delito como un acto de instigación autónomo en donde se adelantan las barreras de punición, ya que el soborno se castiga en el momento en que inicia la tentativa de la instigación, esto es, desde la realización del acto de ofrecer. Por ello, asumo “la penalización del acuerdo corrupto como un adelanto del castigo a un momento previo a la lesión del bien jurídico protegido” (p. 159). En ese orden, entiende que —respecto al cohecho activo— se deja de lado el principio de accesoriedad externa, pues dicho postulado nos marca que solo es punible la participación —cuanto menos— al iniciar la tentativa del *comportamiento principal*.

En el Cap. VII., su autor expone un análisis sobre el cohecho entre particulares. Al respecto, destaca su noción legal de cohecho privado, así como la recapitulación de las teorías que estudian el soborno en el ámbito del comercio —teoría de la deslealtad, teoría del fraude a la libre competencia y la teoría mixta. En similar sentido, Bruno RUSCA nos muestra un breve estudio sobre el cohecho en otros ámbitos de la vida social. Pues bien, en este apartado resalta que —en nuestras legislaciones— existe cierta tendencia a erradicar la diferencia entre el cohecho público y el cohecho privado; sin embargo, el problema de este ejercicio es el desconocimiento de las diferencias morales entre ambos comportamientos; pues no son exactamente iguales. Como lo expone, el cohecho público es mucho más grave que el cohecho privado, y ello debería obligarnos a una escala penológica coherente con el nivel de gravedad. Para cerrar ese apartado, respecto al cohecho privado, apunta que ese comportamiento solo debería incriminarse en contextos puntuales, estos son, en donde se determine, en realidad, relevancia para intereses jurídicos muy valiosos, pues solo así la anticipación de esa *incriminación podría estar justificada*. Respecto al bien jurídico protegido en el delito de cohecho, tras exponer varias tesis —como la imparcialidad de la Administración, la confianza en la Administración, y la tesis sobre la teoría de los deberes del cargo—; si no lo malinterpreto, RUSCA prescinde de un objeto de tutela en el cohecho. No obstante, apunta que la imparcialidad en la Administración es la tesis más adecuada para justificar el delito de cohecho (pp. 166-167).

2. Crítica a la tesis de Rusca

Hasta aquí la exposición del planteamiento elaborado por el profesor Bruno RUSCA, quien lleva a cabo un profundo análisis sobre los Fundamentos de la criminalización del cohecho. Expongo seguidamente algunas cuestiones suscitadas tras agotar mi lectura.

La primera crítica está relacionada con la base que adopta el autor para fundamentar el castigo de cualquiera clase de comportamiento delictivo. Sobre este particular sostiene:

“Una condición indispensable para criminalizar —*legítimamente*— una conducta es su inmoralidad [...] [P]or este motivo, la criminalización de acciones que, de alguna manera, no involucren la realización de un ilícito moral resulta injustificada” (cursivas en original).

En tal sentido, me pregunto si toda conducta delictiva para estar justificada debe ser inmoral. A mi juicio, la respuesta es depende...; piénsese, sin ir más lejos, en las distintas realidades sociológicas que intentan regular los distintos ordenamientos jurídicos. Esta variante, a mi modo de ver impediría aceptar la rápida y ligera generalización emitida por RUSCA. Como se sabe, la expresión “inmoral” resulta altamente problemática, se trata de un concepto jurídico indeterminado —que nos remite a algo diferente para cada cultura e incluso para cada individuo: aunque se compartan ciertas ideas de lo inmoral a niveles macro; sin embargo, es posible que existan ideas diferentes e incompatibles, inclusive entre personas de una misma cultura o que compartan una misma creencia—. En ese orden, conviene entonces abordar un marco terminológico distinto al adoptado por el autor, en todo caso, menos problemático, sustituyendo la expresión “inmoralidad” por “inhumanidad” o “falta de ética”; se podría pensar que al fin de cuentas es lo mismo, pero estas últimas acepciones nos remiten más al sujeto de derecho que a la palabra “inmoral”, que remite más a las creencias del sujeto metafísico, religioso y/o existencial —si se quiere *ver* de otro modo—. Como puede apreciarse, es más problemático tratar algo inmoral a nivel político, social o jurídico; como en el caso que nos compete en esta recensión. En consecuencia, insisto, debemos cambiar de terminología y separarla de las creencias para poder legislar para agentes que creen en cosas diversas.

La segunda crítica está relacionada con la noción de daño adoptada por el autor. Así pues, para la elaboración de su debate, el profesor RUSCA adopta un concepto de daño que no logra resolver todos los supuestos que pone sobre la mesa de debate, me refiero al conjunto de casos de cohecho objeto de revisión que aparecen en su trabajo. Pongo al lector en contexto:

“[...] la noción de daño adoptada aquí [...] es neutral con respecto a la cuestión de la inmoralidad de la conducta que ocasiona ese perjuicio. Esto significa que el análisis para determinar la existencia del daño no involucra

una evaluación normativa, o sea, un examen acerca de si la producción de dichas consecuencias constituye, a su vez, la realización de un hecho ilícito. En efecto, aunque en ocasiones estos conceptos —*ilícito y daño*— se solapan, son analíticamente independientes. Por esas razones, en definitiva, resulta conveniente adoptar una definición de daño como el puro menoscabo de un interés, independientemente de si, además, tal menoscabo es producto de un comportamiento moralmente incorrecto. [...] [P]ara que ocurra un daño, la conducta del autor debe producir un efecto adverso de cierta magnitud en los intereses de la víctima, de tal manera que afecte sus perspectivas u oportunidades de vida; básicamente, según el punto de vista adoptado en esta investigación, ello se determina mediante la comparación temporal entre su situación *antes y después* de que tenga lugar dicho comportamiento” (cursivas en original) pp. 110-112.

Como puede observarse, dicha postura resulta insuficiente —cuanto menos—, para la resolución de los supuestos donde el legislador adelanta excesivamente las barreras de protección penal respecto a los delitos contra la Administración, estoy pensando en la tentativa del cohecho o de tráfico de influencias. Para esos supuestos, “la definición de daño como el puro menoscabo de un interés” resulta escaso. Y sostengo que es escaso porque su planteamiento se aleja, en buena medida, de una concepción normativa de la teoría del delito; esto es, la valoración del delito no como fenómeno natural, sino como creación valorativa. Esto implica, como se sabe, orientar la explicación del delito bajo la ponderación de un juicio de valor sobre determinadas formas de ataque a los bienes jurídicos. Ello es lo que fija, en realidad, la diferenciación entre los comportamientos que interesan y los que no resultan de interés para el Derecho Penal. Así las cosas, es posible sostener que RUSCA deja por fuera uno de los criterios bastante aceptados para la valoración negativa de comportamientos a efectos de imputación; me refiero, como puede intuir el lector, a la detección de la puesta en peligro; de ahí mi estimación como insuficiente su concepción de daño la hora de resolver supuestos de tentativa y, diría aún más, para el castigo de la preparación delictiva. Del mismo modo, su postura tampoco resultaría adecuada para casos donde, escasamente, se ven afectados los intereses de la Administración.

La tercera crítica está relacionada con la bibliografía empleada. Pues bien, pese a la calidad de los autores citados en su monografía, RUSCA debería haber incluido para su publicación en España a Fernando VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, uno de los más importantes exponentes en lo que respecta a los delitos contra la Administración Pública en la literatura hispana¹. Por otra parte, en similar dirección, también llama la atención que OLAIZOLA NOGALES solo haya sido

¹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (1998); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2011); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2015a); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2015b); entre otras aportaciones.

referenciada una de sus contribuciones, dejando por fuera de debate tanto su principal monografía —El delito de cohecho (1999)—, como un conjunto significativo de aportaciones que están directamente relacionadas con la temática evaluada por RUSCA².

3. Final

Para cerrar, estimo que las observaciones efectuadas a este trabajo no pueden ni deben restar mérito alguno a la obra de Bruno RUSCA, todo lo contrario, creo que nos invitan a reavivar el debate sobre el delito de cohecho. Aportaciones como las del autor asisten —en muy alta medida— a enriquecer el estado de la cuestión. Como se mostró, RUSCA no solo expone lo conocido, también elabora una propuesta propia, seria, coherente con los objetivos trazados en su investigación³. Como se mostró, en este libro de texto destaca, sobre manera, fluidez a la hora de adoptar posiciones y emitir valoraciones arriesgadas para uno de los comportamientos más complejos en nuestro saber: el delito de cohecho.

Referencias

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1997), “El delito de cohecho”, en Asua Batarrita (ed. lit.): *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, pp. 161-170.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2004), “Corrupción y delitos contra la administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: El ejemplo Español”, *Revista de Derecho*, n. 7, pp. 147-196.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (1997), “Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento de cargo”, en Asua Batarrita (ed. lit.): *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, pp. 85-93.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (1999), *El delito de cohecho*, Valencia.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2006), “Los delitos contra la administración pública” en Mir Puig, et. al. (dirs.): *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo/Buenos Aires, pp. 361-403.
- OLAIZOLA NOGALES, I., (2008) “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, en Echano Basaldua (dir.): *Corrupción y urbanismo*, Bilbao, pp. 123-162.
- OLAIZOLA NOGALES, I., (2016) “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010” en Maqueda Abreu, et. al., (coord.): *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, pp. 739-755.
- RUSCA, B. (2020), *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Madrid.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F (2011), “Admisión de regalos y corrupción pública.

² OLAIZOLA NOGALES (1997); OLAIZOLA NOGALES (2006); OLAIZOLA NOGALES (2008); OLAIZOLA NOGALES (2016). En similar dirección, además, se detectan otras ausencias bibliográficas de necesaria referencia, sin ir más lejos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1997); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2004); entre otros.

³ Confróntese, RUSCA (2020), pp. 27-33; 251-259.

Consideraciones político-criminales sobre el llamado "cohecho de facilitación", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, pp. 151-179.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (1998), *Introducción a los delitos contra la Administración pública*.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2015a), "¿Exacciones ilegales o cohecho?: (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 255/2016, de 31 de marzo. Ponente: Excmo Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón)", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 131, 2018, pp. 1 y ss. (versión online).

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2015b), Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español (2015), *Diario La Ley*, n. 8526, pp. 1 y ss. (versión online).