

Reseña de: “Bruno Rusca, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Marcial Pons”

Daniela Pereyra y Lucía Troncoso*

1. Introducción

Quien se interesa por una figura penal, en particular, puede estudiarla de varias maneras: desde su tipificación en la ley positiva hasta las razones últimas que justifican la prohibición. Si se opta por esta última, es porque se decide abordar la cuestión desde una perspectiva filosófica. En términos específicos, se trata de definir si el tipo responde a una incorrección moral. Asimismo, la deliberación puede llevar a un segundo problema: ¿esto es suficiente para reprimir una conducta? Más aún si se concibe al derecho penal como una herramienta de excepción. Así, lo relevante será analizar la potencialidad ofensiva de una conducta. Y, en definitiva, se logrará un estudio completo, que permitirá concluir si actuar de una manera determinada está mal en sí y, si es así, si además puede producir un daño.

2. Descripción de la obra

El trabajo de Bruno Rusca se identifica con este segundo tipo de análisis dogmático. El autor estudia el delito de cohecho, tanto activo como pasivo; propio o impropio, para establecer si su castigo se encuentra legitimado, desde un doble análisis: la ilicitud moral y la criminalización.

* Daniela Pereyra, Universidad Nacional de Córdoba, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Integrante del grupo de investigación: “El delito de asociación ilícita: análisis de problemas dogmáticos y de política criminal”. Coordinadora de la “Especialización Interinstitucional de Derecho Penal”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: abdanielapereyra@hotmail.com. ORCID: [0000-0002-2984-5328](https://orcid.org/0000-0002-2984-5328).
Lucía Troncoso, Universidad Nacional de Córdoba, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Integrante del grupo de investigación: “El delito de asociación ilícita: análisis de problemas dogmáticos y de política criminal”. Correo electrónico: luciatroncoso@hotmail.com. ORCID: [0000-0002-3306-8453](https://orcid.org/0000-0002-3306-8453).

“Fundamentos de la criminalización del cohecho” es el nombre de su tesis doctoral, publicada por la renombrada editorial Marcial Pons (2020). Y a la promesa de calidad que este sello ofrece se le suma el prólogo de José Peralta, quien dirigió esta investigación. La obra comienza con una introducción en la que se detallan los puntos problemáticos que le interesan al autor. A su vez, se explica cuál será la metodología de trabajo, el denominado: “equilibrio reflexivo”, la justificación del tema elegido y un breve adelanto del contenido de la obra.

El capítulo I se compone de varias aclaraciones que el investigador define como “precisiones conceptuales”. En los capítulos II y III, Rusca analiza la ilicitud moral del cohecho en sus dos modalidades: pasivo y activo. En el capítulo IV, por su parte, se presenta un exhaustivo desarrollo del principio del daño (*harm principle*) y del principio de protección de bienes jurídicos (o principio de lesividad). A continuación, en los capítulos V y VI, Rusca trabaja el problema de la criminalización del cohecho y se reserva el capítulo VII para exponer algunas consideraciones del tipo penal entre particulares. Como epílogo, presenta sus conclusiones.

3. Análisis crítico de la obra

Para comenzar, la tesis de Rusca garantiza una lectura amena. La manera en que presenta los problemas y sus soluciones permite suponer que esta ha sido una preocupación para el autor. Él logra exponer cuestiones de suma complejidad en un lenguaje técnico y preciso, pero, sobre todo, llano. En este sentido, la obra puede ser leída por cualquier profesional del derecho penal.

En relación con lo anterior, en la comprensión de sus tesis colaboran ejemplos muy bien pensados. En efecto, cada problema, cada teoría y cada toma de posición se ve acompañada de situaciones hipotéticas concretas que grafican de una manera muy clara la incidencia de lo teórico sobre lo práctico y, en definitiva, los yerros y aciertos que el autor quiere demostrar.

Para continuar, se destaca, entre otras cualidades, una fuerte influencia del derecho penal general. Así, en cada capítulo, el autor se adentra en cuestiones sustanciales, las que, además de explicarlas y confrontarlas, aplica luego al análisis del delito de cohecho.

No obstante, en general, se advierten citas en inglés. Y, aunque el libro contiene cada una de las traducciones, estas poseen una ubicación marginal, como nota al pie. Creemos que hubiera sido mejor conservar las traducciones en la parte principal del texto, para una lectura rápida y concentrada.

Ahora bien, más allá de las observaciones generales que surgen a primera vista, encontramos puntos que vale la pena detallar. En el capítulo I, se destaca la rigurosidad del autor. En pocos párrafos, Rusca distingue cuestiones conceptuales de cierta complejidad. Además, es franco con su lector: en cada oportunidad, toma una postura al respecto y lo declara de manera explícita. En otras palabras, se ocupa de suprimir todo margen a la interpretación. Por otra parte, se preocupa por explicar cuáles son las premisas de las que parte y estipula con sus lectores el uso de algunos

términos como, por ejemplo, *moral crítica*, que son vitales para comprender su enfoque. Por estas razones, lo consideramos un muy buen capítulo introductorio.

Gracias al capítulo II, sus lectores abordarán rápidamente la primera parte del problema central de su tesis: la ilicitud moral del cohecho pasivo. Aquí Rusca ofrece diferentes enfoques, lo que resulta un marco teórico considerable para quien desea introducirse en el estudio de este tipo penal.

El capítulo III, por su parte, refleja la influencia de derecho penal general, tal como se mencionó. Rusca analiza la ilicitud moral del cohecho activo, pero, además, los problemas de participación que esta figura trae aparejados. Resulta de sumo interés atender al modo en el que el autor define cuestiones de ilicitud, desvalor de acción, y problemas relativos a la accesoriedad de la participación, sobre todo en los delitos especiales.

Además, en este punto, advierte un problema frecuente en la doctrina y jurisprudencia: la confusión que existe entre los casos de cohecho y los casos de extorsión. En este sentido, aporta definiciones, *v. gr.*, ofertas y amenazas, y criterios útiles para lograr distinguirlos con mayor precisión.

Seguidamente, luego del análisis de la incorrección moral (tanto del cohecho activo, como del cohecho pasivo), Rusca dedica todo un capítulo a lo que considera una cuestión previa al problema de la criminalización: su justificación en función del principio del daño. Al efecto, expone cuál ha sido su tratamiento en la doctrina anglosajona (con citas de Duff, Alexander y Kessler Ferzan, entre otros) y nos permite acceder a cuestiones de filosofía moral que, en su gran mayoría, no cuentan con traducción al español.

Pero, además, se preocupa por establecer distinciones entre este principio y nuestro referente más cercano: el principio de lesividad. Con todo, ofrece una reconstrucción que posibilita avanzar hacia la segunda parte del problema central: la criminalización del cohecho pasivo. Por otra parte, vale destacar el desarrollo de otro problema central de la parte general, útil incluso para los manuales de grado: la distinción entre los delitos de peligro concreto y peligro abstracto.

Si bien es un capítulo de extensión considerable, se justifica por el valor que aporta. El autor detalla diferentes líneas de pensamiento, a las que acompaña con sus principales críticas y, tal como ya lo hemos destacado, ejemplos ilustrativos. Asimismo, en este punto se advierte la utilización de las reglas de la lógica para explicar las implicancias de cada una de las concepciones del principio del daño. Rusca es consistente y esto merece ser reiterado.

Creemos que el aporte teórico de este capítulo es vital, sobre todo para quien se adentra en los fundamentos del derecho penal y desea explorar más allá de la influencia alemana. Además, presenta cierta autonomía en relación con la obra, lo que promueve su lectura por separado, si se lo desea.

Pues bien, una vez establecidos los presupuestos para analizar la criminalización de las conductas, Rusca desarrolla el capítulo V, relativo al castigo del cohecho pasivo. Sobre este, tenemos varios puntos para destacar.

En primer lugar, Rusca se compromete con una seria discusión en torno al bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Aquí, supera las posiciones dogmáticas argentinas para aportar claridad en el tema. En segundo lugar, complementa su estudio con un relevamiento de derecho comparado. En este sentido, se destacan legislaciones que marcan tendencia como el Código Penal Modelo de los Estados Unidos (MPC) y el Código Penal alemán (StGB). No obstante, recopila también las previsiones legales de países vecinos, como Uruguay y Perú.

En tercer lugar, profundiza cuestiones generales, relativas a la distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución —*i. e.*, tentativa inacabada—, las que somete a crítica. Específicamente, se advierte una buena exposición del estado de discusión. De todos modos, el autor admite que las circunstancias de cada caso definirán cuál es el criterio correcto para señalar la distinción mencionada. En este sentido, determinará que la aceptación de un soborno será por regla un acto preparatorio y, no obstante, logrará justificar su criminalización anticipada. Su esfuerzo por hacerlo es otro de los puntos fuertes por destacar.

Por otra parte, en el capítulo V, el autor desarrolla las consecuencias teórico-prácticas de la postura que asume. Entre otras implicancias, trata el problema del desistimiento voluntario. Nuevamente, Rusca se destaca por su innovación y prolijidad; analiza con cuidado, describe, critica y propone. Aquí plantea una suerte de analogía *in bonam partem*, con prescindencia de lo que prescribe el art. 256 del CP argentino. A su vez, adhiere a la concepción *progresiva* del delito, que ofrece una herramienta para la determinación de una pena más justa.

Ahora bien, a modo de observación, podemos mencionar que el tratamiento del concurso de cohecho con otras figuras es el punto menos desarrollado del libro. En efecto, como lectoras, y ya acostumbradas a la minuciosidad del autor, esperábamos un análisis más detallado. Por ejemplo, hubiera sido propicio un relevamiento de los postulados principales en materia de concurso de delitos, las teorías principales, incluso, la postura tomada por el autor. Asimismo, hubiera ayudado en la comprensión del tema alguna precisión relativa al tipo de concursos que habría entre el cohecho y otras figuras —*v. gr.*, prevaricato—. De igual manera, hubiera sido fructífero que le dedicara una mayor extensión a uno de los puntos fuertes de este capítulo: su propuesta legislativa, según la cual el tipo penal de cohecho debería estar agravado por el resultado.

Ya en el capítulo VI, Rusca analiza la criminalización del cohecho activo. En primer lugar, lo define como un caso de participación en un ilícito ajeno —instigación al cohecho—. En segundo lugar, distingue dos tipos de soborno: de hostigamiento y colusorios. Mientras que para el primer tipo recomienda su impunidad, para el segundo se inclina por su prohibición. Al respecto, se destacan aportes teóricos, pero, sobre todo, el relevamiento de investigaciones empíricas mediante las cuales el autor concluye en la necesidad de distinguir los casos de cohecho activo y criminalizar una parte de ellos.

Hacia el final de la obra, trata, en el capítulo VII, el cohecho entre particulares. Este es el capítulo más novedoso, pues contiene referencias teóricas y prácticas actuales, fundamentalmente, las relativas al aspecto de la criminalización. Aquí, el

autor se preocupa por definir contextos específicos y, a su vez, discriminar los casos que deberían ser punibles.

4. Conclusión

La tesis de Rusca debería ser leída por todo profesional del derecho penal. En primer lugar, porque promete una lectura, ante todo, enriquecedora. Se compone de precisiones teóricas y serios cuestionamientos formulados por el autor, con respecto a varios problemas del derecho penal general. Por otra parte, las lectoras y los lectores se encontrarán con citas y referencias de autores reconocidos y expertos en filosofía moral; áreas poco exploradas por quienes se formaron en la tradición alemana. Y, como si todo ello no justificara su lectura, cabe agregar el relevamiento de derecho comparado contextualizado y las investigaciones empíricas.

Además, según cual sea el perfil de quien lea esta obra, será el uso que pueda darle, pues este trabajo admite más de uno. Para quien se inicie en la investigación, esta tesis grafica de una manera clara la aplicación del método del equilibrio reflexivo. Asimismo, propone otro estilo de dogmática; estilo que se destaca por su potencial crítico e innovador.

En cuanto a quien ya cuenta con experiencia en la labor de jurista, este trabajo será sumamente aprovechado. Este tipo de lectores o lectoras se encontrarán con un serio (y actual) relevamiento de la dogmática, tanto de derecho continental europeo como de derecho anglosajón. A su vez, las explicaciones teóricas se ven sometidas a fino análisis del autor.

Por último, este libro es una herramienta útil para el operador judicial que deba trabajar cierto tipo de investigaciones que versen sobre criminalidad económica o corrupción.



DOI: [10.5281/zenodo.4686040](https://doi.org/10.5281/zenodo.4686040)