

¿POR QUÉ ESTÁ MAL ACEPTAR Y OFRECER SOBORNOS? UNA DISCUSIÓN DE LA TESIS DE LA MERCANTILIZACIÓN DEL GOBIERNO

Bruno RUSCA*

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 29 de abril de 2016

Resumen

De acuerdo con cierto punto de vista, el cohecho es moralmente incorrecto porque supone la mercantilización del gobierno, esto es, la conversión en “mercancía” de algo que debería estar fuera de las leyes del mercado. Esta perspectiva ha sido desarrollada principalmente por Peter ALLDRIDGE. No obstante, la idea de la mercantilización como un ilícito moral es bastante más amplia y se recurre a ella para intentar justificar la incorrección de toda una serie de conductas, como por ejemplo: la esclavitud, la venta de órganos o la prostitución. El objetivo principal de este trabajo es presentar los fundamentos de esta perspectiva y discutir en qué medida puede explicar por qué está mal aceptar y ofrecer un soborno.

Palabras clave: Cohecho – Incorrección moral – Mercantilización – Política criminal

Title: Why is it wrong to accept and offer bribes? A discussion of the thesis of government commodification

Abstract

According to certain point of view, bribery is morally wrong because it supposes the commodification of the government, that is to say, the conversion into a “commodity” of something that should be outside the scope of the market rules. This perspective has been mainly developed by Peter ALLDRIDGE. However, the idea of commodification as a moral wrongdoing is quite broader and it is resorted to in order to try to justify the wrongness of several behaviors,

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en derecho penal económico, Universidad Blas Pascal. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario de doctorado de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Agradezco las valiosas observaciones y críticas del Prof. Dr. José M. Peralta a una versión preliminar de este trabajo. Contacto: brunorusca@gmail.com.

such as: slavery, sale of organs or prostitution. The main objective of this article is to present the foundations of this perspective and to discuss to what extent it can explain the reasons why it is wrong to accept and offer bribes.

Key words: Bribery – Wrongness – Commodification – Criminal Policy

Sumario

I. Introducción; II. Definición de cohecho; III. Concepto de mercado; IV. La mercantilización como ilícito moral; V. El cohecho como mercantilización del gobierno; VI. Evaluación crítica; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Una de las razones más importantes para criminalizar una conducta es su inmoralidad, es decir, su contrariedad a normas morales no jurídicas.¹ Esta afirmación puede resultar extraña a muchos penalistas. A menudo, especialmente en la tradición continental europea, la perspectiva del derecho penal enfatiza demasiado la discusión sobre la afectación al “bien jurídico” de un delito, entendido normalmente como la producción de un daño o perjuicio. Sin embargo, como ha demostrado John GARDNER, ni siquiera un delito como la violación puede ser entendido si sólo se presta atención al daño ocasionado por la conducta.² Esto es bastante más claro en los delitos contra la propiedad. Por ejemplo, alguien puede ocasionar el mismo perjuicio a la propiedad de otro cuando lo engaña para que voluntariamente le entregue su dinero, que cuando incumple un contrato. No obstante, sólo en el primer supuesto podría cometerse una estafa. La razón de esto

¹ El término “moral” tiene diferentes significados, lo que en ocasiones puede dar lugar a ciertos malentendidos. En un sentido, la moral hace referencia al conjunto de normas y pautas de comportamiento aceptadas en un grupo social determinado (“moral positiva”). En otro sentido, el término designa a un conjunto de normas y pautas de comportamiento que se consideran válidas y merecedoras de respeto, en base a principios justificados racionalmente y sin importar si son socialmente aceptadas o no (“moral crítica”). Asimismo, pueden distinguirse dos dimensiones de la moralidad: la que prescribe un comportamiento hacia otros (“moral pública”) y la que establece deberes hacia uno mismo (“moral privada”). En este trabajo, la palabra “moral” se empleará en el sentido de “moral crítica” y en su dimensión pública, esto es, en referencia a los deberes que las personas tienen hacia otros. Sobre la distinción entre moral positiva y moral crítica, véase HART, *Law, liberty and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 17. Sobre la distinción entre moral pública y moral privada, véase NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 427.

² GARDNER & SHUTE, “La ilicitud de la violación”, en GARDNER, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (traducción a cargo de María Laura MANRIQUE y José Milton PERALTA), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 23-53.

es simple, hay algo moralmente más grave en el acto de engañar a otro. Ello hace a la particular ilicitud del delito de estafa.

El concepto de incorrección o ilicitud moral se define, de acuerdo con la perspectiva sostenida por Stuart GREEN, como “la violación intrínseca de un deber o una regla moral autónoma, más allá de las consecuencias de la conducta en sí”.³ Este es un enfoque deontológico, lo cual supone que “ilicitud moral” y “daño” son concebidos como conceptos analíticamente distintos. En otros términos, la ilicitud de una conducta es definida por la violación de deberes morales, no por la causación de daños. Así, como explica GARDNER, el incumplimiento de un contrato es incorrecto porque significa el incumplimiento de una obligación voluntaria, no por los daños que eventualmente puedan acompañar a ese incumplimiento.⁴ Precisamente lo mismo ocurre con el cohecho. Si la aceptación de sobornos afecta la imparcialidad de los funcionarios públicos, como muchos piensan,⁵ su incorrección moral es algo distinto de esa afectación. De hecho, también los jueces que omiten excusarse ante un conflicto de intereses ponen en riesgo su imparcialidad. Sin embargo, el juez que acepta un soborno parece hacer algo sustancialmente más grave que el juez que indebidamente omite apartarse de un caso.

Ciertamente, esto no implica que el daño sea irrelevante para la justificación del castigo penal. Por el contrario, para una concepción liberal del derecho penal la inmoralidad de una conducta es insuficiente para su castigo. Además, es necesario que ocasione un daño o riesgo de daño a intereses de terceros, o al menos que la ausencia de criminalización de esa conducta pueda ocasionar un daño, según como se interprete el alcance del denominado “principio del daño”.⁶ Pero este principio no afirma que el derecho penal sólo deba prestarle atención al daño, o que las consideraciones morales sean irrelevantes.⁷ En todo caso, sólo establece que el daño es una condición necesaria para el castigo legítimo de una acción.

³ GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (traducción a cargo de José Ramón AGUSTINA SANLLEHÍ, Miriam AMORÓS BAS e Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO), Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 74.

⁴ GARDNER & SHUTE, *supra* nota 2, p. 27.

⁵ KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán” (traducción a cargo de Percy GARCÍA CAVERO), en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 3, 2007, p. 10. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf [enlace verificado el día 11 de diciembre de 2015].

⁶ Sobre el principio del daño, véase MILL, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 68. Una defensa en el segundo sentido, en GARDNER & SHUTE, *supra* nota 2, p. 51.

⁷ GARDNER, “Justificaciones y razones”, en GARDNER, *supra* nota 2, p. 140.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año I, número 2 (2016)

En general, el cohecho tiende a ser considerado uno de los delitos más graves que puede cometer un funcionario público. Más allá de ciertas diferencias en la regulación, aceptar y ofrecer sobornos merece reproche penal en cualquier Estado moderno. Y, sin dudas, esto es correcto. Es necesario contar con un delito especial, que imponga un estigma especial, para reprochar una conducta que es moralmente incorrecta de un modo particular.⁸ Sin embargo, es difícil determinar por qué el cohecho es incorrecto de ese modo particular. De hecho, se han formulado diferentes teorías al respecto. Todas ellas intentan responder a la pregunta de por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos, y qué es lo que hace a estos comportamientos más graves que otros.⁹

El objetivo del trabajo es presentar y discutir una de esas teorías. Particularmente, la perspectiva que identifica la incorrección moral del cohecho con la mercantilización del gobierno. En adelante, se expondrán sus fundamentos y las consecuencias que traería aparejada su adopción. El análisis es de naturaleza normativa. En definitiva, se pretende discutir las razones que hacen del cohecho un comportamiento merecedor de castigo penal, más que describir o interpretar cierta legislación.

II. Definición de cohecho

Intentar definir de modo preciso qué debe entenderse por cohecho, sin explicar previamente en qué consiste lo reprochable del cohecho puede ser problemático. Esto debido al hecho de que existe una evidente circularidad en la definición; delimitar lo que debe y lo que no debe ser incluido en el concepto de cohecho depende de las razones por las cuales se considere disvalioso el cohecho.¹⁰ De modo tal que, en principio, sólo puede presentarse una descripción esquemática de cómo las distintas regulaciones legales definen la conducta que configura el delito de cohecho.

El denominado delito de cohecho pasivo castiga la conducta del agente estatal que recibe o acepta una promesa de recibir algo de valor a cambio de realizar u omitir un acto relativo a su función. El cohecho activo, en cambio, castiga la conducta del que ofrece o promete algo de valor al agente estatal para que haga u omita un acto relativo a su función. Así, el delito de cohecho supone necesariamente la intervención de dos partes: alguien que soborne o al menos intente

⁸ LOWENSTEIN, "Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics", en *UCLA Law Review*, 32, 1985, p. 806.

⁹ Acerca de las distintas teorías sobre la inmoralidad del cohecho, puede verse RUSCA, "Delito de cohecho. Una discusión acerca de su ilicitud", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año V, número 05, 2015, p. 129 ss.

¹⁰ GREEN, *supra* nota 3, p. 258.

RUSCA, B. (2016) “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos?...”, pp. 86-104

sobornar, y alguien que sea sobornado o al menos intente serlo. En general, ambas conductas son castigadas con igual intensidad, aunque existen legislaciones que prevén penas diferentes.¹¹ Por otra parte, la definición de lo que debe entenderse por “algo de valor” varía en los distintos ordenamientos jurídicos. Mientras en algunos casos se exige que el soborno tenga valor económico, en otros se incluye todo aquello que pueda importar un beneficio de cualquier índole.¹²

Como se explicó más arriba, para que la entrega o promesa de algo de valor sea considerada un “soborno” debe ser realizada a cambio de una decisión por parte del funcionario. Esto es lo que diferencia el delito de cohecho de la mera aceptación de regalos. El funcionario que acepta un regalo no se compromete a realizar una conducta determinada como contraprestación¹³. De este modo, el cohecho puede ser representado como una especie de contrato consensual por medio del cual ambas partes se comprometen a realizar prestaciones recíprocas: el funcionario a realizar un acto relativo a sus funciones y el particular a entregar algo de valor a cambio de dicho acto. Sin embargo, algunas legislaciones también incluyen dentro del concepto de cohecho la aceptación por parte del funcionario de una retribución por un acto ya realizado, aun sin mediar acuerdo previo a su realización. Por ejemplo, el código penal alemán (§ 334 StGb) y el código penal español (art. 421, CP es).

En general, el delito de cohecho comprende aquellos casos en los cuales en virtud del soborno el funcionario se compromete a realizar un acto contrario a sus deberes (denominado por la doctrina “cohecho propio”), como aquellos casos en los cuales se compromete a realizar un acto de acuerdo con estos (denominado por la doctrina “cohecho impropio”). No obstante, algunos

¹¹ Véase ROSE ACKERMAN, “The Law and Economics of Bribery and Extortion”, en *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, Vol. 6, 2010, p. 223. Disponible en <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942> [enlace verificado el día 20 de noviembre de 2015].

¹² La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, en su art. 15, define al soborno como el ofrecimiento o la concesión de un “beneficio indebido” que redunde en provecho del agente estatal. Convención ratificada por ley 26.097 (B.O. 9/06/2006). Por el contrario, el código penal argentino utiliza los términos “dinero” o “dádiva” (art. 256, CP ar). La doctrina argentina se encuentra dividida sobre la interpretación que debería darse al término “dádiva”. Para un sector, sólo comprendería objetos dotados de valor económico, mientras que para otros, también incluiría beneficios sin contenido patrimonial. Véase DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 243. También, BUOMPADRE, “Cohecho y tráfico de influencias”, en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. X, artículos 237/274, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 479.

¹³ Distinguir un soborno de un regalo puede ser una tarea complicada en la práctica, ya que en la mayoría de los casos el acuerdo se celebra de modo encubierto. Además, como señala ROSE ACKERMAN, es frecuente que los involucrados tiendan a presentar el soborno como un regalo a los fines de atenuar su responsabilidad penal. Al respecto, véase ROSE ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001, p. 135.

ordenamientos jurídicos castigan de un modo diferente ambas modalidades, ya que prevén una atenuación del castigo para los casos de cohecho impropio.¹⁴

Si bien hasta aquí el cohecho ha sido caracterizado como la aceptación de sobornos por parte de funcionarios públicos, esta descripción debe ser matizada. En los últimos años, varios países han incorporado a su legislación penal el delito de corrupción privada o corrupción entre particulares.¹⁵ Este delito comprende la conducta de directivos, administradores o empleados de entidades del sector privado, que reciben sobornos para favorecer a otros en la adquisición o venta de bienes o en la contratación de servicios profesionales, como también el ofrecimiento de sobornos a las personas que desempeñan esas funciones, para ser favorecido en la adquisición o venta de bienes, o en la contratación de servicios profesionales. En algunos casos, la reforma ha sido más radical. Por ejemplo, la nueva legislación británica no sólo introdujo el castigo de la corrupción privada, sino que creó un tipo penal de corrupción de carácter general, el cual eliminó toda distinción entre el cohecho público y el privado.¹⁶

Estas reformas han dado lugar a serias controversias, especialmente en relación a si los fundamentos del castigo del cohecho privado son los mismos que los del cohecho público. Sobre este aspecto, la legislación británica ha sido objeto de severas críticas.¹⁷ Ahora bien, en tanto la teoría del cohecho como mercantilización del gobierno sólo pretende explicar la inmoralidad de los sobornos en el ámbito del Estado, en adelante se entenderá por cohecho exclusivamente la aceptación de sobornos por parte de funcionarios públicos.

III. El concepto de mercado

¹⁴ Así lo dispone el art. 420, CP español. Del mismo modo, el código penal uruguayo prevé un castigo agravado cuando el acto a realizar por el funcionario sea contrario a sus deberes (art. 158, CP ur).

¹⁵ Entre otros, Alemania (§299 StGb) y España (art. 286 bis, CP es). También se prevé el delito de cohecho privado en el Código Penal Modelo de los Estados Unidos (Section 224.8).

¹⁶ UK bribery Act 2010, Chapter 23, section 3. Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf

¹⁷ Para un análisis crítico de esta legislación, véase GREEN, "Official and commercial bribery: should they be distinguished?", en HORDER/ALLDRIDGE (eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*. New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 39-65. También, ALLDRIDGE, "Reforming criminal law of corruption", en *Criminal Law Forum*, Vol. 11, 2000, pp. 287-322.

En principio, los mercados pueden ser definidos como instituciones en las cuales tienen lugar intercambios voluntarios entre personas.¹⁸ Ciertamente, un intercambio voluntario presupone que tanto el comprador como el vendedor tengan la libertad de aceptar o rechazar la transacción y de negociar un acuerdo con otro que ofrezca condiciones más ventajosas. Esta libertad de negociación es fundamental para el funcionamiento de un mercado. Pero un mercado es algo más que el lugar donde se encuentran la oferta y la demanda de algún bien,¹⁹ es también un mecanismo que coordina la conducta de los individuos.²⁰ En general, se argumenta que los mercados producen ese efecto de coordinación a través de variaciones en los precios. Por medio del alza y de la baja de los precios, las personas reciben mensajes que orientan sus decisiones de comprar o vender ciertas mercancías. De esta manera, el mecanismo del mercado determina los precios de los productos y, con ello, el modo en que se distribuyen esos bienes.²¹ En definitiva, el mercado es tanto un lugar donde ocurren transacciones comerciales, como también un mecanismo de coordinación de esas transacciones.

Los defensores de la institución del mercado suelen invocar dos virtudes en su favor: la eficiencia y la libertad. En primer lugar, se sostiene que en situaciones ideales de información completa, inexistencia de monopolios y racionalidad de las partes, el mecanismo del mercado es más eficiente que otras formas de distribución de bienes. Es eficiente porque limita el desperdicio de los recursos y mejora el nivel de satisfacción de las preferencias individuales. Existen varias teorías económicas que pretenden demostrar esta relación entre mercado y eficiencia. No obstante, la idea central es que el mejor modo para que las personas obtengan lo que desean, es darles libertad para contratar con las condiciones y sujetos que ellas mismas elijan.²² Piénsese, por ejemplo, en la reventa de entradas para un espectáculo deportivo. Que las partes estén dispuestas a celebrar esa transacción se debe a que el acuerdo promueve beneficios para ambas. El comprador que paga un monto superior al precio original de la entrada se ahorra el tiempo de espera y los trámites que realizan los demás para adquirirla. El vendedor que invierte parte de su tiempo en la adquisición de la entrada obtiene una ganancia como contraprestación. Como consecuencia del intercambio ambos se encuentran en una mejor situación con respecto a la

¹⁸ SATZ, *Why some things should not be for sale. The moral limits of markets*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 15.

¹⁹ ZIMMERLING, “Mercado libre y justicia social”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 2, 1995, p. 57. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/mercado-libre-y-justicia-social-0/> [enlace verificado el 8 de diciembre de 2015].

²⁰ SATZ, *supra* nota 18, p. 15.

²¹ ZIMMERLING, *supra* nota 19, p. 57.

²² SATZ, *supra* nota 18, p. 21.

satisfacción de sus preferencias. Así, un mercado libre de reventa de entradas constituiría un sistema de distribución de recursos más eficiente que, por ejemplo, uno que prohibiera la reventa u otro que estableciera un precio obligatorio para esas transacciones.

En segundo lugar, se argumenta que la institución del mercado promueve el desarrollo de la libertad y la capacidad de elección de los individuos.²³ A diferencia de lo que sucedía en el sistema feudal donde los siervos estaban obligados a trabajar para un determinado señor, la economía de mercado en teoría permite a las personas trabajar para quienes quieran, decidir qué cosas producir, cuáles bienes consumir o las transacciones económicas que desean realizar. Y al permitir que los individuos sean capaces de expresar sus metas y deseos en las decisiones que toman, se sostiene que el mercado favorece en gran medida el desarrollo de la personalidad individual.²⁴ Asimismo, como afirma SATZ, el mercado como mecanismo de distribución de bienes y servicios es indiferente a los valores y modos de pensar de los individuos.²⁵ En principio, cualquier cosa puede ser comercializada por cualquier persona, sea un par de zapatos, una biblia o un riñón. Lo único necesario para realizar la transacción es que las partes acuerden sobre el precio, sin importar lo que represente la mercancía para cada una de ellas o la importancia que pueda tener en su plan de vida. En otros términos, la lógica del mercado no discrimina según la diversidad de valores morales de las personas.²⁶ Por ello, al reconocer tanto la capacidad de elección de las personas como el respeto por la diversidad de sus valores, el mercado es considerado una institución que promueve la libertad individual. Esto es especialmente destacado por sus defensores en comparación con distintas formas de organización económica. Mientras otros sistemas suponen un alto grado de injerencia estatal, el mercado permitiría coordinar las acciones de los individuos sin interferir en su ámbito de autonomía.

IV. La mercantilización como ilícito moral

²³ SATZ, *supra* nota 18, p. 21.

²⁴ DUXBURY, "Do Markets Degrade?", en *The Modern Law Review*, vol. 59, n.º 3, 1996, p. 333.

²⁵ SATZ, *supra* nota 18, p. 22.

²⁶ "In its own way, market reasoning also empties public life of moral argument. Part of the appeal of markets is that they don't pass judgment on the preferences they satisfy. They don't ask whether some ways of valuing goods are higher, or worthier, than others. If someone is willing to pay for sex or a kidney, and a consenting adult is willing to sell, the only question the economists asks is, 'How much?' Markets don't wag fingers. They don't discriminate between admirable preferences and base ones. Each party to a deal decides for himself or herself what value to place on the things being exchanged". SANDEL, *What money can't buy. The moral limits of markets*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012, p. 14.

RUSCA, B. (2016) “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos?...”, pp. 86-104

Ahora bien, aun cuando se reconozcan las virtudes del mercado, la pregunta a formular es si existen límites a aquello que puede ser objeto de mercantilización. En este sentido, como señala Michael SANDEL, se plantean dos problemas diferentes. Por un lado, un problema de naturaleza conceptual. Existen ciertas cosas que no *pueden* ser mercantilizadas porque someterlas a las leyes del mercado las convierte en algo completamente diferente.²⁷ Así, por ejemplo, no se pueden comprar amigos. Si alguien afirmara que ha comprado en el mercado un nuevo “amigo”, con seguridad se le respondería que lo que ha comprado no es un verdadero amigo. Probablemente la persona contratada pueda hacer algunas de las cosas que hacen los amigos, pero la amistad misma no puede ser mercantilizada. La intervención del dinero convierte a esa relación en algo diferente.²⁸ Lo mismo sucedería si alguien pretendiera comprar un “novio” o una “novia”. Estas relaciones no pueden ser adquiridas, porque conceptualmente dejarían de ser lo que son.

Por otro lado, se presenta un problema de naturaleza normativa. Es decir, aun cuando ciertas cosas sí pueden mercantilizarse, se sostiene que no *deben* ser objeto de compra y venta por razones morales. Esas razones son fundamentalmente de tres clases.

Primero, se argumenta que la comercialización produce efectos degradantes en algunos bienes. Esto es, la aplicación de las reglas del mercado a la distribución de esos bienes los corrompe.²⁹ El argumento de la corrupción es independiente de los resultados que podría traer consigo la mercantilización. De hecho, un mercado podría ser un medio adecuado para incrementar las preferencias de todas las partes interesadas en la comercialización de esos bienes. Puede pensarse, por ejemplo, en la mercantilización de niños en adopción. Así, un padre pobre podría vender su hijo a una pareja adinerada imposibilitada de procrear, en la cual el niño gozaría de una calidad de vida y oportunidades sustancialmente mejores. El padre pobre obtendría de la transacción ingresos necesarios para sostener al resto de su familia y los compradores podrían satisfacer su deseo de ser padres. Si bien la transacción sería beneficiosa para todos, aun puede sostenerse que sería moralmente reprochable. Comprar y vender niños es inmoral porque degrada su valor como seres humanos, en tanto supone tratarlos como si fueran cosas. En efecto, la comercialización de bebés en adopción supondría establecer un precio para los niños, el cual sería determinado por la oferta y la demanda según las cualidades que se consideren más o menos apreciables en el mercado (raza, color de ojos, sexo, coeficiente intelectual, etc.). Pero este modo

²⁷ SANDEL, *supra* nota 26, p. 93.

²⁸ SANDEL, *supra* nota 26, p. 93.

²⁹ SANDEL, *supra* nota 26, p. 110.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año I, número 2 (2016)

de valorar a los niños es inaceptable si se considera que todos ellos tienen exactamente el mismo valor moral y la misma dignidad como seres humanos.

En segundo lugar, se ofrecen reparos a la mercantilización de ciertos bienes apelando al valor de la igualdad. De acuerdo con este argumento, la razón por cual determinados mercados son inadmisibles es que debilitan las condiciones necesarias para que las personas puedan interactuar como iguales.³⁰ En cierto sentido, el argumento se relaciona con la defensa de los valores democráticos, particularmente con la idea de que los individuos tienen derecho a participar en un pie de igualdad en el gobierno de la sociedad.³¹ Supóngase, como ejemplifica SATZ, que los votos de los ciudadanos pudieran intercambiarse como cualquier mercancía. Este mecanismo de distribución de la voluntad política sería probablemente un sistema eficiente. Los votos terminarían en manos de aquellos que tuvieran más interés en ellos y disposición a pagar el mejor precio. Asimismo, un mercado electoral reconocería amplia libertad a los ciudadanos para disponer de su voluntad política como más quisieran. Pero la razón por cual la compraventa de votos debería ser prohibida es la necesidad de preservar ciertos valores democráticos. Si se autorizara a los ciudadanos a comprar y a vender votos, la voluntad de algunos valdría más que la de otros. Por lo tanto, este sistema sería incompatible con el procedimiento democrático, particularmente con el derecho de participación igualitaria en el gobierno de la sociedad.

En tercer lugar, se argumenta que crear un mercado para distribuir determinados bienes permitiría a algunas personas explotar la desesperación de los pobres.³² Piénsese, por ejemplo, en si debería autorizarse un mercado de trasplantes de órganos humanos. Los que defienden la comercialización argumentan que la prohibición de vender órganos es ilegítima, porque infringe la libertad de las personas de disponer de su cuerpo. Además, un mercado de trasplantes probablemente sería más eficiente que un sistema que dependiera de la donación, dado que los incentivos económicos ayudarían a incrementar la oferta de dadores y, por consiguiente, se reduciría la escasez de órganos.³³ Por el contrario, los que apoyan la prohibición sostienen que la comercialización de órganos produciría situaciones de explotación inaceptables.³⁴ Si se permitiera el funcionamiento de un mercado de esas características, los pobres podrían aceptar vender sus

³⁰ SATZ, *supra* nota 18, p. 95.

³¹ SATZ, *supra* nota 18, p. 100.

³² SATZ, *supra* nota 18, p. 195.

³³ BECKER/POSNER, *Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism*, Chicago, University of Chicago Press, 2009, p. 80.

³⁴ SATZ, *supra* nota 18, p. 195.

RUSCA, B. (2016) “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos?...”, pp. 86-104

órganos coaccionados por circunstancias de necesidad extrema, mientras que otros podrían aprovecharse fácilmente de esa situación. En última instancia, el argumento supone que por las condiciones de desigualdad de las partes, las transacciones de este tipo no serían realmente voluntarias. Es decir, la razón en contra de la mercantilización no se fundamenta en este caso ni en la degradación de los bienes comercializados ni en su incompatibilidad con el principio democrático de igualdad ante la ley, sino en la necesidad de evitar la explotación de personas vulnerables.

En conclusión, la defensa de la institución del mercado como forma de coordinación social se fundamenta en razones de eficiencia y en razones de protección de la libertad individual. Sin embargo, existen determinados ámbitos en los cuales aun quienes abogan por una economía de mercado están dispuestos a rechazar la creación de un mercado. En esos casos, la oposición a la mercantilización se basa comúnmente en tres argumentos diferentes: el efecto de degradación que puede producir sobre lo que se comercializa, su incompatibilidad con reglas necesarias para que las personas puedan interactuar como iguales y el interés por prevenir situaciones radicales de explotación de los pobres. Por supuesto, no todos comporten estos argumentos. Para algunos la economía de mercado carece por completo de esas virtudes y, por el contrario, otros piensan que ningún mercado es inmoral. Asimismo, del hecho de reconocer que un mercado sea inmoral, no se sigue necesariamente que deba prohibírsele. En ciertos casos podría ser preferible, en lugar de establecer una prohibición absoluta, imponer sólo algunas regulaciones obligatorias para los contratantes. Todo ello forma parte de una discusión más amplia sobre qué hacer y qué medidas adoptar para prevenir de manera eficaz determinadas transacciones económicas. En principio, aquí sólo se ha pretendido describir las razones por las cuales ciertos mercados son *especialmente* cuestionables.

V. El cohecho como mercantilización del gobierno

Ahora bien, en tanto se acepte la premisa de que algunos mercados son inmorales, el siguiente paso es determinar si esta idea permite explicar por qué es incorrecto que los funcionarios públicos acepten sobornos. Como se mencionó más arriba, ha sido Peter ALLDRIDGE quien ha desarrollado una teoría que se orienta en esa dirección. Según este autor, algunos delitos que los penalistas tienden a considerar marginales y poco conectados con los problemas teóricos de la parte general del derecho penal (vgr.: el contrabando, la falsificación de moneda o el cohecho), pueden comprenderse mejor cuando se clarifica la relación existente entre el mercado y el

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año I, número 2 (2016)

derecho penal. En este sentido, ALLDRIDGE sostiene que estos delitos deberían ser agrupados en la categoría de “delitos relativos al mercado”, dado que presentan características comunes y problemas similares.³⁵

Dentro esta categoría, ALLDRIDGE incluye dos grupos de delitos. En primer lugar, aquellos que prohíben conductas que impiden al mercado funcionar de acuerdo con sus objetivos manifiestos. En estos casos, el Estado castiga ciertos comportamientos para proteger el funcionamiento adecuado del mercado. Entre estas infracciones, puede mencionarse el delito de falsificación de moneda, cuya finalidad sería la protección de la unidad de intercambio del mercado, o el delito de contrabando, que tendría como función garantizar el mantenimiento de sus límites geográficos.³⁶ Por otro lado, un segundo grupo de delitos relativos al mercado estaría conformado por la prohibición de cierto tipo de intercambios económicos. Según ALLDRIDGE, es necesario establecer límites para definir cuáles áreas de la sociedad deben ser gobernadas por las reglas del mercado y cuáles no. Para ello, se recurre al derecho penal con el fin de prevenir la formación de mercados que son considerados inaceptables en una sociedad determinada. Así, por ejemplo, la prohibición sobre la compraventa de sexo, de órganos humanos o de decisiones estatales, tendría la finalidad de evitar la mercantilización de ciertas cosas que no deben ser compradas ni vendidas.³⁷

No resulta del todo claro cuál es la utilidad de esta categoría de delitos relativos al mercado. Tampoco si lo que pretende ALLDRIDGE es describir ciertas características que asume el derecho penal moderno o si en cambio procura justificar las normas penales relativas al mercado. El autor sólo se limita a señalar que es imposible justificar estos delitos sobre la base de la existencia de un daño específico a intereses de terceros, como lo requeriría el principio del daño, dado que el perjuicio ocasionado por estas conductas es en general remoto y muy difícil de apreciar.³⁸ Luego afirma que no puede desarrollarse una explicación coherente del daño que previenen los delitos contra el mercado, sin establecer previamente qué clases de mercados se quiere promover y cómo deberían operar.³⁹ Sin embargo, no especifica qué clases de mercados serían deseables ni qué reglas deberían respetar. De todos modos, aquí el análisis se limitará a su teoría del cohecho como mercantilización del gobierno.

³⁵ ALLDRIDGE. *Relocating Criminal Law. Applied legal philosophy*, Aldershot, Dartmouth, 2000, p. 167.

³⁶ ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 168.

³⁷ ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 186.

³⁸ ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 169.

³⁹ ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 178.

Según el punto de vista de ALLDRIDGE, la ilicitud del cohecho radicaría en la conversión de los actos de gobierno en una mercancía sujeta a las leyes del mercado. Esto sería algo incorrecto porque afectaría la legitimidad del gobierno:

“En general, la razón para criminalizar la creación de mercados en el gobierno es proteger la legitimidad del gobierno. Los casos de soborno o chantaje que afectan el funcionamiento del sistema de gobierno, la aplicación de la ley y las elecciones, tienen como vicio fundamental contra el que se dirigen la mercantilización de algo que es esencial que se encuentre fuera del mercado para el funcionamiento de una sociedad democrática que expresa el Estado de derecho. Como los delitos contra la moneda, históricamente se desarrollaron muy temprano y son delitos graves. El argumento es que el Estado de derecho no puede funcionar en un sistema en donde el gobierno está a la venta”.⁴⁰

Pues bien, ¿por qué sería ilegítimo un Estado en el cual las decisiones de sus funcionarios pudieran ser comercializadas? ¿Por qué sería esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática prevenir la formación de un mercado de actos de gobierno? El autor no ofrece una respuesta precisa a estas preguntas. Luego de señalar que la mercantilización del gobierno podría ocasionar ciertos daños, ALLDRIDGE se limita a afirmar que debe evitarse la coalescencia entre riqueza y poder.⁴¹ De cualquier modo, si se considera el segundo argumento contra la mercantilización desarrollado más arriba, es posible ofrecer una razón bastante simple. Supóngase, por ejemplo, un sistema de justicia penal regido por las leyes del mercado, en el cual el contenido de las sentencias se determinara por el precio que las partes estuvieran dispuestas a pagar. En ese sistema, ser culpable o inocente de un delito dependería del dinero que cada uno tuviera y, por consiguiente, el principio democrático de igualdad ante la ley carecería de toda relevancia. Lo mismo podría decirse de un sistema político en el que las leyes y medidas de gobierno se decidieran por dinero.⁴² Si los únicos capaces de incidir en el gobierno fueran las personas con poder económico, todo el procedimiento democrático de sanción de las leyes y elección de las autoridades sería una quimera. En definitiva, la pretensión de que los ciudadanos sean capaces de interactuar y participar como iguales en el gobierno de la sociedad, se torna imposible si el contenido del derecho o su aplicación varía en función de la riqueza de los ciudadanos. Por

⁴⁰ ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 186.

⁴¹ ALLDRIDGE, *supra* nota 17, p. 300.

⁴² DUXBURY, *supra* nota 24, p. 331.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año I, número 2 (2016)

consiguiente, para que un régimen político pueda ser considerado democrático, el dominio del mercado no puede alcanzar el ámbito de las decisiones del Estado.

En conclusión, de acuerdo con esta perspectiva el cohecho es moralmente incorrecto porque supone la compraventa de decisiones estatales. Es decir, lo que hace reprochable la conducta de los funcionarios públicos que aceptan sobornos y de los particulares que se los ofrecen, es la creación de un mercado en el cual se pueden comprar y vender las decisiones del Estado. Esta clase de mercantilización debe ser evitada porque contradice principios esenciales de un sistema democrático de gobierno.

VI. Evaluación crítica

La teoría del cohecho como la creación de un mercado ilícito ha sido objeto de varias críticas. En primer lugar, Stuart P. GREEN ha sostenido que la perspectiva de ALLDRIDGE no puede explicar adecuadamente la distinción entre sobornos y regalos.⁴³ Ciertamente, la mayoría de las legislaciones distinguen entre la comisión del delito de cohecho y el ofrecimiento y aceptación de regalos. En principio, la distinción radica en que el funcionario que acepta un soborno se compromete a realizar un acto determinado como contraprestación, mientras que el funcionario que recibe un regalo no ofrece nada a cambio.⁴⁴ La crítica pretende demostrar que la teoría de la mercantilización conduce a consecuencias inadmisibles, dado que aceptar un soborno es algo mucho más grave que aceptar un regalo y, por consiguiente, ambas conductas deberían tener consecuencias penales diferentes. Sin embargo, la objeción de GREEN es infundada. Si se entiende por mercantilización del gobierno la compraventa de decisiones del Estado, entonces aceptar un regalo no es mercantilizar. El funcionario que acepta un regalo no se ha “vendido” y el que le regala algo no lo ha “comprado”.⁴⁵ Por lo tanto, no es una consecuencia de esta perspectiva que los sobornos y los regalos sean lo mismo.

Por otro lado, GREEN cuestiona a ALLDRIDGE por equiparar el cohecho a la prostitución y a la venta de órganos, al incluir todas estas conductas dentro de la misma categoría de mercantilización ilícita.⁴⁶ En efecto, el cohecho parece ser algo mucho más grave que la

⁴³ GREEN, *supra* nota 3, p. 260.

⁴⁴ GREEN, *supra* nota 3, p. 263. PHILIPS, “Bribery”, en *Ethics*, vol. 94, n.º 4, 1984, p. 633.

⁴⁵ PHILIPS, *supra* nota 44, p. 633.

⁴⁶ GREEN, “Review Essay/Broadening the Scope of Criminal Law Scholarship”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 20, 2001, p. 59.

prostitución y la venta de órganos; considerarlos igualmente a todos como casos de mercantilización ilícita no permitiría reflejar su distinto grado de incorrección. Sin lugar a dudas, la crítica de GREEN es interesante y señala un problema importante del enfoque de la mercantilización. De todos modos, podría intentarse una respuesta a tal objeción. Si bien todas esas conductas suponen la mercantilización de algo que debe estar fuera del mercado, lo que hace particularmente más grave al cohecho son las razones por las cuales esa mercantilización es incorrecta. A diferencia de la prostitución y la venta de órganos, la compraventa de actos del Estado vulnera principios esenciales para el funcionamiento de la democracia. Además, son aquellos que están especialmente obligados a resguardar los principios que rigen el sistema democrático, esto es, los funcionarios públicos, quienes transgreden esos principios al autorizar la venta de los actos de gobierno. Por consiguiente, tanto por el objeto que se comercializa como por el rol de los sujetos que intervienen en la transacción, el cohecho puede ser considerado una especie diferente y más grave del género “mercantilización ilícita”.

Por último, Jeremy HORDER ha señalado otro problema de la perspectiva de ALLDRIDGE. El argumento del autor es que determinadas decisiones estatales pueden ser legítimamente “vendidas”. Es decir, entendida la mercantilización del gobierno como el intercambio de decisiones estatales por dinero, no es posible diferenciar el cohecho de conductas completamente legítimas de los funcionarios públicos. Así, sostiene HORDER:

“A la inversa, es perfectamente concebible que los que trabajan en el sector público puedan legítimamente ‘vender’ sus servicios. Por ejemplo, dependiendo de las circunstancias, no sería necesariamente incorrecto permitir a los jueces ofrecer sus servicios como árbitros independientes a partes dispuestas a pagar sus honorarios. La adjudicación de justicia, entendida como un modo de tomar decisiones sistemáticamente de acuerdo con reglas y principios, puede legítimamente ser comprada y vendida (como cualquier árbitro autónomo afirmará). Es, por supuesto, la toma de ciertas decisiones, y el dar razones por ellas, donde radica la justicia que no se debe vender [...]. ¿Qué decir, entonces, de las decisiones de asignación de otros recursos escasos, muchas de las cuales son tomadas en el sector público, como las decisiones acerca del derecho a la vivienda u otros beneficios de la seguridad social? Claramente, estas no deberían ser influenciadas por la expectativa de beneficios personales prometidos o recibidos, pero ese punto plantea una complejidad aquí. Algunas decisiones distributivas, como la concesión por parte de un Departamento del Gobierno de un contrato para perforar en busca de petróleo, de hecho puede ser ‘vendida’, en donde el precio de compra no es un beneficio puramente personal. Por ejemplo,

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año I, número 2 (2016)

tal decisión puede ser influenciada legítimamente en función de si el licitador está preparado para ofrecer mayores beneficios para el interés público —como opuesto al personal— que sus competidores o competidoras, en la forma, por ejemplo, de fondos para construir hospitales y escuelas en la zona”.⁴⁷

La crítica de HORDER pone de manifiesto una dificultad seria del enfoque de la mercantilización. En tanto que para esta perspectiva lo que está mal respecto de ofrecer y aceptar sobornos es intercambiar decisiones por dinero, no importa si el “precio” de la decisión es un beneficio personal para el funcionario o un beneficio de interés público. En ambos casos existe conceptualmente mercantilización de los actos de gobierno. De ello resulta que la definición de lo que debería considerarse cohecho según la teoría de la mercantilización es verdaderamente problemática. Esto puede advertirse con otro ejemplo sencillo:

El reglamento de una escuela pública dispone que los estudiantes que alcancen el número máximo de inasistencias permitidas deberán repetir el curso. Excepcionalmente, con autorización de sus padres y mediante el pago de una suma de dinero, los estudiantes pueden obtener un permiso para diez inasistencias adicionales hasta la finalización del ciclo lectivo. Algunos estudiantes que han alcanzado el máximo de inasistencias autorizadas, y que no desean informarles a sus padres de la situación, deciden pagar dinero a un empleado de la escuela a cambio de que omita registrar sus inasistencias.

En un sentido, tanto el colegio como el empleado que acepta sobornos hacen de las asistencias de los estudiantes una mercancía que puede comprarse y venderse. Probablemente, mercantilizar la asistencia sea una decisión equivocada de la escuela, dado que produce una situación de desigualdad. Aquellos alumnos que pueden pagar el dinero requerido para obtener asistencias adicionales, obtienen un beneficio por sobre aquellos que no pueden pagarlo. Sin embargo, es difícil de aceptar que la ilicitud moral de lo que hace el empleado que acepta sobornos sea exactamente igual a lo que hacen los empleados que cumplen con el reglamento del colegio. Asimismo, tampoco es plausible sostener que los padres que pagan al colegio de conformidad con el reglamento, realicen una conducta del mismo valor moral que los estudiantes que ofrecen sobornos. En definitiva, si se acepta la perspectiva de ALLDRIDGE, debería concederse que ambos comportamientos tienen el mismo grado de incorrección moral. Pero esta consecuencia es difícilmente admisible.

⁴⁷ HORDER, “Bribery as a form of criminal wrongdoing”, en *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2010, p. 48.

VII. Conclusiones

La perspectiva de la mercantilización, como teoría explicativa de la incorrección moral del cohecho, representa un punto de vista novedoso y poco explorado. Más allá de la obra de ALLDRIDGE, los penalistas y filósofos del derecho penal se han inclinado mayormente por otras perspectivas. De todos modos, este trabajo ha intentado demostrar que la idea de la mercantilización no puede aclarar por qué está mal que un funcionario acepte un soborno, ni por qué está mal que una persona se lo ofrezca. Si bien las críticas a la teoría de ALLDRIDGE son varias, la de Jeremy HORDER parece ser la más seria y difícil de rebatir. Su objeción demuestra que adoptar el enfoque de la mercantilización, conduciría al castigo de conductas que son moralmente aceptables, o en el mejor de los casos, a conductas que son incorrectas en un grado sustancialmente menor al ofrecimiento y aceptación de sobornos. En definitiva, ello sugiere que la ilicitud del cohecho debería buscarse en otro lugar.

VIII. Bibliografía

ALLDRIDGE, Peter, *Relocating Criminal Law. Applied legal philosophy*, Dartmouth, Aldershot, 2000.

— “Reforming criminal law of corruption”, en *Criminal Law Forum*, vol. 11, 2000, pp. 287-322.

BECKER, Gary S./POSNER, Richard A., *Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Cohecho y tráfico de influencias”, en BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. X, artículos 237/274, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 465-507.

DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

DUXBURY, Neil, “Do Markets Degrade?”, en *The Modern Law Review*, vol. 59, n° 3, 1996, pp. 331-348.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año I, número 2 (2016)

GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (traducción a cargo de María Laura MANRIQUE y José Milton PERALTA), Madrid, Marcial Pons, 2013.

GREEN, Stuart P., “Official and commercial bribery: should they be distinguished?”, en HORDER, Jeremy/ALLDRIDGE, Peter (eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2013.

— *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (traducción a cargo de José Ramón AGUSTINA SANLLEHÍ, Miriam AMORÓS BAS e Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO), Madrid, Marcial Pons, 2013.

— “Review essay/broadening the scope of criminal law scholarship”, en *Criminal Justice Ethics*, Volume 20, 2001, pp. 55-62.

HART, Herbert L. A., *Law, liberty and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

HORDER, Jeremy, “Bribery as a form of criminal wrongdoing”, en *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2010, pp. 37-54.

KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán” (traducción a cargo de Percy GARCÍA CAVERO), en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 3, 2007, pp. 1-18. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf [enlace verificado el día 11 de diciembre de 2015].

LOWENSTEIN, Daniel H., “Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics”, en *UCLA Law Review*, 32, 1985, pp. 784-851.

MILL, John S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.

NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

PHILIPS, Michael, “Bribery”, en *Ethics*, vol. 94, n.º 4, 1984, pp. 621-636.

RUSCA, B. (2016) “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos?..”, pp. 86-104

ROSE ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001.

— “The law and economics of bribery of extortion”, en *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, vol. 6, 2010, pp. 217-28. Disponible en <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942> [enlace verificado el día 20 de noviembre de 2015].

RUSCA, Bruno, “Delito de cohecho. Una discusión acerca de su ilicitud”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año V, número 05, 2015, pp. 129-138.

SANDEL, Michael, *What money can't buy. The moral limits of markets*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SATZ, Debora, *Why some things should not be for sale. The moral limits of markets*, New York, Oxford University Press, 2012.

ZIMMERLING, Ruth, “Mercado libre y justicia social”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 2, 1995, pp. 55-68.