



***“Cohecho. Uno de los máximos exponentes
de la corrupción.”***

***“Bribery. One of highest exponents of
corruption”***

**Máster Universitario en Acceso a la Profesión de
Abogado**

AUTOR: D. Ángel Alcántara Rodríguez

TUTOR: Dr. D. Esteban Mestre Delgado

Alcalá de Henares, 6 de febrero de 2017.

→ **RESUMEN**

El presente trabajo pretende llevar a cabo un estudio de la corrupción tratando en profundidad el delito de cohecho en todas sus vertientes. La definición de corrupción y el estudio de las causas de la misma que se lleva a cabo en los primeros capítulos darán una mejor visión del contenido del cohecho. Después de esto, analizando minuciosamente la tipificación actual y, por supuesto, las sucesivas reformas que desde el Código Penal de 1995 la han moldeado para dar su redacción, veremos cómo tanto los organismos nacionales como internacionales han ido regulando y avanzando en la lucha contra esta modalidad delictiva. Todo ello podremos verlo en los capítulos tercero y cuarto del presente trabajo. Una vez presentado el delito, nos centraremos en su estudio. En el capítulo quinto, se estudiarán todos aquellos elementos que son comunes a los delitos de cohecho, tales como el funcionario o autoridad pública, la dádiva o regalo o el bien jurídico protegido. Y ya después de esto nos centraremos en el estudio en profundidad de los artículos 419 a 427 bis del Código Penal con el fin de ofrecer una visión amplia y actual del delito en el que nos hemos centrado. En última instancia se aportarán las conclusiones a las que este alumno ha llegado en la realización del trabajo sobre su estudio de la corrupción.

Palabras clave: Cohecho. Corrupción. Consumación. Dádiva. Funcionario. Reforma.

→ **ABSTRACT**

This work aims to conduct a study of corruption addressed in depth the crime of bribery in all its forms. The definition of corruption and the study of the causes of it that takes place in the early chapters give a better view of the contents of bribery. After this, carefully analyzing the current characterization and, of course, successive reforms since the 1995 Penal Code have molded to give his writing, we will see how national and international agencies have been regulating and advancing the fight against this type of crime. All this we see in the third and fourth chapters of this work.

Once presented the crime, we will focus on the study. In the fifth chapter, all those elements that are common to the crimes of bribery, such as official or public authority, the gift or the legally protected will be studied. And after this we will focus on in-depth study of Articles 419-427 bis of the Penal Code in order to provide a broad and current view of the crime in which we focused. Ultimately the conclusions that this pupil has come in the performance of work on the study of corruption are provided.

Key words: Bribery. Corruption. Fulfillment. Gift. Official. Reform.

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN	...9
II.	LA CORRUPCIÓN	... 11
1.	Introducción	... 11
2.	Definición de la corrupción	... 12
3.	Causas de la corrupción	... 13
3.1	Factores políticos	
3.2	Factores socioculturales	
3.2.1	La sociedad del consumo	
3.2.2	Merton y la teoría de la Anomia	
3.2.3	La corrupción y la inseguridad ciudadana	
3.2.4	Otros factores de corrupción	
3.3	Factores económicos	
3.4	Factores personales	
4.	Corrupción pública	... 17
4.1	Corrupción política	
4.1.1	La financiación de los partidos políticos	
4.1.2	El Informe Greco de 1 de abril de 2011	
4.2	Corrupción administrativa.	
5.	Consecuencias de la corrupción	... 22
5.1	El coste de la corrupción.	
5.2	Consecuencias políticas	
5.3	Consecuencias sociales y económicas	
5.4	Consecuencias culturales	

III. LA ESFERA INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	... 25
1. Corrupción y cohecho. Estados unidos da el primer paso	... 25
1.1 Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros	
2. Las Naciones Unidas en la lucha contra la corrupción	... 26
3. La Unión Europea en la lucha contra la corrupción	... 29
3.1 Medidas de derecho penal de lucha contra la corrupción del funcionario público nacional	
3.2 Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997	
3.3 Convenio de derecho penal contra la corrupción del Consejo de Europa	
3.4 Informe de evaluación GRECO del año 2009	
IV. LA TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN. EL COHECHO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.	... 33
1. Cohecho en el Código Penal de 1995	... 33
1.1 Tipos de cohecho	
1.2 La sanción de las distintas formas de cohecho en el Código Penal	
1.3 Discusiones doctrinales en torno a la tipificación del delito de cohecho en el Código Penal de 1995	
1.3.1 El artículo 419 y el concurso de delitos	
1.3.2 La naturaleza necesariamente económica de las dadas	
1.4 El problema de la punibilidad de la tentativa del cohecho	
2. Reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010	... 38
2.1 Razones de la reforma.	
2.2 Nueva tipificación experimentada mediante la reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010.	
2.3 Los ejes de la reforma	
2.4 Novedades en el sistema de penas	
2.5 Nuevos cohechos activos	

2.6 Nuevos cohechos pasivos

3. Reforma del Código Penal por la L.O. 1/2015 ... 48

V. ANÁLISIS DEL DELITO DE COHECHO. CUESTIONES COMUNES

1. Concepto de administración pública y de funcionario público ... 50

1.1 Normativa básica

1.2 La Administración Pública

1.3 El funcionario público

1.4 Concepto penal de funcionario y de autoridad pública

2. El bien jurídico protegido ... 58

2.1 La Constitución como marco de referencia

2.2 La función pública como bien jurídico tutelado en los delitos contra la
Administración Pública

2.3 Bien jurídico del cohecho - El principio de imparcialidad.

2.3.1 El bien jurídico protegido en el delito de cohecho pasivo impropio

2.3.2 La imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho

3. El objeto material del delito: La dativa, favor o retribución de cualquier clase ... 64

4. Elemento del tipo subjetivo ... 67

5. La consumación ... 67

6. La corrupción continuada ... 69

7. La participación de terceros en el pacto corrupto ... 70

7.1 La motivación altruista

7.2 Formas de participación en la corrupción:

8. “NON BIS IN IDEM”	... 72
9. La ampliación del sujeto a las personas jurídicas del artículo 31 del Código Penal.	... 74
VI. COHECHOS PASIVOS	... 75
1. Cohecho pasivo impropio, artículo 419	... 75
1.1 Elementos objetivos del tipo.	
1.1.1 Conducta típica	
1.1.2 Realización en el ejercicio del cargo	
1.2 Elementos subjetivos del tipo	
1.3 Consumación	
1.4 Supuesto especial del agente provocador	
1.5 Concursos de delitos	
1.6 Pena	
2. Cohecho pasivo propio, artículo 420	... 82
2.1 Elementos objetivos del tipo	
2.2 Elementos subjetivos del tipo	
2.3 Consumación	
2.4 Concurso de delitos	
2.5 Pena	
3. Cohecho pasivo subsiguiente o de recompensa, artículo 421	... 85
4. Cohecho de facilitación, artículo 422	... 87
4.1 Elementos objetivos del tipo	
4.1.1 La necesidad de un enlace causal.	
4.1.2 La dádiva o regalo por parte del funcionario público.	
4.1.3 El ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto.	
4.1.4 Regalos de cortesía comúnmente aceptados.	
4.2 Doctrina del Tribunal Supremo	
4.3 Consumación	

4.4 Pena	
VII. CARGOS ASIMILADOS. artículo 423	... 92
VIII. COHECHOS ACTIVOS	... 93
1. Artículo 424.1	... 93
1.1 Elementos objetivos del tipo	
1.2 Autoría	
1.3 Consumación	
1.4 Penas	
2. Artículo 424.2	... 96
2.1 Autoría y participación	
2.2 Concursos delictivos	
3. Artículo 424.3	... 98
3.1 Penas	
4. Artículo 425, cohecho activo privilegiado	... 100
4.1 Autoría	
4.2 Pena.	
IX. LA DELACIÓN DEL ARTÍCULO 426	... 101
X. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS, artículo 427	... 104
XI. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, artículo 427 bis	... 105
XII. CONCLUSIONES	... 106
XIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	... 112

XIV.	JURISPRUDENCIA ANALIZADA	...114
XV.	FUENTES DE CONSULTA ELECTRÓNICA	... 115

I. INTRODUCCIÓN.

La mayor parte de la delincuencia que se combate en este país es aquella que se genera a manos de quienes viven en unas dimensiones algo diferentes a las del resto de la sociedad, y ya sea por cultura, religión o simplemente, por costumbre, llevan a cabo actos que son contrarios al ordenamiento jurídico que nos obliga a todos.

No obstante, estas características personales de este primer tipo de delincuentes no les son excusa que apelar frente a los actos que cometen. La exclusión social, el desempleo, la inmigración o el paro no son alas que puedan llevar a una persona a saltarse las reglas. Pero, aun así, en nuestra más profunda humanidad encontramos disculpa ante aquellos que por su situación o entorno se han visto obligados a involucrarse, de una u otra forma, en alguna acción delictiva.

Dejando de lado la dispensa anterior, cabe centrarnos en aquella delincuencia que se genera no de la desesperación, el hambre o la pobreza; sino en los círculos más altos de la sociedad, donde según palabras de Aristóteles debían estar los *“mas buenos, castos y puros de los hombres de la sociedad”*.

Pues bien, en nuestros tiempos, en esas altas esferas en las que se nada en la abundancia, aun hay personas que, ya sin ningún tipo de circunstancia externa que pudiera justificar el acto que comete, llevan a cabo acciones contrarias a la ley movidos únicamente por su afán de poder y codicia.

Estas personas causan un perjuicio incalculable a la sociedad, son los que Sutherland denominó *“delincuentes de cuello blanco”*, aquellos que aprovechándose de una posición de poder se lucran con total impunidad *“gracias a unas leyes que tienen por objetivo a peces pequeños, mientras que las ballenas y los tiburones pasan totalmente desapercibido”*.

En estos tiempos de crisis en los que debería salir lo mejor de cada uno de nosotros, y más aun de aquellos que nos representan y que son la guía y el espejo de la sociedad, llenan las portadas de periódicos, revistas y páginas en internet escándalos de corrupción en los que se encuentran aquellas mismas personas en los que se depositó la confianza de llevar a cabo la tarea de dirección del país.

La finalidad de este trabajo es llevar a cabo un estudio exhaustivo de la corrupción y, por ende, de su máximo exponente, el cohecho. En él, se estudiará la corrupción desde un punto de vista criminológico, de qué y por qué esas personas que no tenían la necesidad han llevado a cabo dichas acciones, de cómo los organismos nacionales e internacionales han ido mejorando su lucha contra este delito y de las distintas fases que se han recorrido en nuestro país, partiendo del Código Penal de 1995 hasta la reciente reforma del mismo operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo.

En él, podemos distinguir dos bloques diferentes:

El primero abarca los capítulos II y III. El capítulo II será el referente al análisis de la corrupción en sí misma, los motivos personales, sociales o psicológicos que llevan a una persona a cometer el delito. En el capítulo tercero nos encontramos con la lucha que los organismos internacionales han llevado a cabo durante años para combatir la corrupción, y como esa lucha ha alienado notablemente la legislación española para adecuarla y actualizarla a los nuevos tiempos y a los compromisos internacionales.

Ahora en el segundo bloque nos encontramos ya el estudio del cohecho en sí. El capítulo IV nos mostrará las sucesivas transformaciones del delito de cohecho desde la primigenia tipificación del Código Penal de 1995 pasando por las reformas de la L.O. 5/2010, de 22 de junio y de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo hasta llegar a la redacción actual.

En el capítulo V se analizarán todas aquellas cuestiones comunes al delito de cohecho, como los sujetos que pueden llevar a cabo el tipo (con una especial visión del funcionario público o autoridad), la dádiva, favor o retribución de cualquier clase o la responsabilidad de las personas jurídicas.

Y ya será en el capítulo VI donde se analizará en profundidad el delito de cohecho en su modalidad pasiva (artículos 419 a 423), en el capítulo VII el cohecho en su modalidad activa (artículos 424 y 425), la delación del artículo 426 en el capítulo VIII y la especial referencia del Código a los funcionarios comunitarios y a las personas jurídicas (artículos 427 y 427 bis) en los capítulos IX y X.

II. LA CORRUPCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Siguiendo a DIEGO BAUTISTA¹, en la definición de corrupción se distinguen tres aspectos que son: la **dimensión económica**, el **sentido literal** y la **connotación ética del término**, dimensiones del concepto que debemos exponer para comprender mejor su naturaleza y alcance.

El primero es el referido a su *dimensión económica*, donde el dinero desempeña un papel fundamental. Se trata de la acepción más utilizada. Participan dos partes en la realización de la conducta que define el término, por un lado el corruptor y por otro el corrompido. Fiel a la máxima latina “*quid pro quo*”, uno realiza la tarea o función que el otro necesita o requiere.

La experta en esta materia Susan-Rose ACKERMANN, profesora de la Universidad de Yale, sostiene que “*como cualquier intercambio, la corrupción requiere de dos actores: un comprador y un vendedor. El comprador del sector privado paga un soborno al vendedor del sector público para obtener algo valioso (...). Dado que la corrupción beneficia a los participantes de ambos lados de la relación, ninguno de los grupos tiene un incentivo para concluir la unilateralmente, de esta forma podemos concluir que los dos son responsables*”².

El segundo aspecto hace referencia al *sentido propio de la palabra “corrupción”*, como variante del término latino “*corruptio*”, que significa alteración de algo, tergiversación o cambio en la naturaleza de las cosas o las costumbres. Siguiendo esta literalidad, se definen como corruptas todas aquellas acciones que se realizan fuera de los cauces normalmente establecidos, englobando beneficios que van más allá de lo estrictamente económico.

¹DIEGO BAUTISTA, Oscar. “*La ética en la Gestión Pública. Fundamentos, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un Sistema Ético Integral (SEI) en los gobiernos*”. Madrid - 2007, p.200.

² ROSE-ACKERMANN, Susan. “*Desarrollo y corrupción*” en “*Gestión y Análisis de Políticas Públicas*”. n° 21 mayo-agosto 2001, p.5.

Por último, su *valoración ética*, la corrupción como antítesis de las reglas morales imperantes en la sociedad. Comprende, tanto las conductas ilícitas como aquellas conductas que, sin llegar a estar sancionadas penalmente, no por ello son menos importantes, ya que su tolerancia genera un caldo de cultivo idóneo para el desarrollo y generalización de la corrupción en todos los niveles, provocando su “*normalización*”.

2. DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN

El concepto de corrupción se presenta como un concepto jurídico intuitivo, ya que si revisamos los textos legales españoles o los instrumentos internacionales desde el propio Código Penal hasta la Convención de Mérida³, no se llega a definir.

Como se ha expuesto anteriormente, corrupción y moral están estrechamente unidas, el acto corrupto es inmoral, pero no debemos olvidar que los códigos de conducta morales no pueden delimitar el ámbito de la corrupción, al menos desde la óptica de este trabajo, donde se definen las conductas corruptas como aquellas que vulneran la ley, como norma escrita y específicamente las recogidas en el Código Penal.

El profesor LAPORTA⁴, afirma que “*la corrupción significa que un servidor público abusa de su autoridad para obtener un ingreso extra del caudal público, conducta que se desvía de los deberes formales de un cargo público a causa de ganancias (pecuniarias o de status) de tipo privado (personal, familiar o de grupo)*”.

Para GONZÁLEZ PÉREZ⁵ “*la corrupción consiste en la utilización de las potestades públicas para intereses particulares cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero o de un partido político, sea por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones*”.

³ Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, Nueva York. 31 de octubre de 2003.

⁴ LAPORTA, Francisco. “*La corrupción política*”. Alianza Editorial. 1997, p. 20.

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “*Ética en la Administración Pública*”. S.L. Civitas ediciones. 2º edición 2014, p.128.

Existen múltiples figuras delictivas en las que intervienen de una u otra forma autoridades o funcionarios públicos que pueden ser clasificadas como corruptas. Ahora bien, el hilo conductor de estos delitos debe ser una autoridad o funcionario que atenta directa o indirectamente contra la función pública y su imparcialidad, eficacia, transparencia y servicio de los intereses generales.

Por último y desde el punto de vista criminológico, la corrupción podría adscribirse a la categoría de los denominados por FABIÁN CAPARRÓS⁶ como “*delitos sin víctima*”, ya que no existe un perjudicado directo, sino **un daño colectivo difuso**.

3. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

El análisis de las causas de la corrupción es un requisito previo e indispensable para diseñar una estrategia efectiva de lucha contra la misma, por lo que se van a aportar algunos aspectos generales sobre sus causas y circunstancias propicias, distinguiendo entre *factores exógenos*, como los de carácter político-administrativo, económico o social, y *factores endógenos* o afectivos del individuo.

3.1 Factores políticos

El sistema genera oportunidades, pero no todas las sociedades y sus organizaciones políticas son iguales. La corrupción se propaga y desarrolla con mayor facilidad cuando existe dentro del sistema una estructura que facilita su existencia, siendo los Estados que no tienen una democracia consolidada los más proclives a la corrupción al carecer de sistemas eficaces de control.

⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. “*La Corrupción de los Servidores Públicos Extranjeros e Internacionales*”. Coordinado por RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás en “*Corrupción y delincuencia económica*”. 2008. p.123

A nivel mundial⁷, los países más corruptos son los más pobres, mientras que los países más transparentes son países ricos del norte de Europa. FABIÁN CAPARRÓS⁸ mantiene que la pobreza no genera corrupción, sino que la corrupción genera pobreza y la riqueza exporta corrupción. Cuestiones etiológicas al margen, la conexión pobreza-corrupción resulta evidente, así como el hecho de que el desigual reparto de la riqueza influye en los Estados más necesitados, aflorando las condiciones que favorecen la corrupción, llegándola a padecer en mayor medida quienes menos tienen, los más pobres.

Un factor determinante para que esto ocurra lo constituye la debilidad de sus instituciones, en comparación con la de los países desarrollados. Un país con instituciones frágiles carece de los instrumentos necesarios para contener los excesos y el abuso personal del poder, siendo por ello necesarias instituciones y agencias no burocráticas encargadas de supervisar y hacer cumplir las normas de funcionamiento, u ofrecer servicios de orientación a sus ciudadanos para un funcionamiento correcto y transparente del sistema.

En cuanto a la ética en las instituciones públicas, la Administración como instrumento al servicio de los ciudadanos exige de sus trabajadores un **elevado nivel de compromiso** para cumplir adecuadamente con sus objetivos. Este compromiso es difícil de desarrollar si el funcionario carece de vocación para el desempeño de su tarea, y de una adecuada formación en los valores y filosofía de la organización. En las actividades de servicio público son indispensables unos rasgos éticos especiales, como ocurre en profesiones como la medicina, el periodismo, la arquitectura, el urbanismo, la política y la seguridad pública.

Acceder a un cargo público mediante nepotismo o “enchufismo”, además de atentar contra los valores esenciales establecido en la Constitución y las leyes, y taponar el puesto a quien de verdad lo merece, produce un efecto dañino al sistema que se adhiere al favorecido, como es el grado de compromiso y lealtad con su “padrino” que es muy superior a los que debe a la institución a la que pertenece.

⁷ Datos de Transparencia Mundial. Barómetro Índice de percepción de Corrupción de 2013, consultado en www.transparencia.org.es el 5/05/15.

⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. “*La Corrupción...*” op.cit. p.130.

Otros factores a tener en cuenta serían los **bajos salarios** de los funcionarios, la **inestabilidad** en el puesto de trabajo, el abuso del poder discrecional del funcionario, la **escasa sanción** penal o administrativa de estas conductas, la ausencia de mecanismos de control, la concentración de poder y decisión, la falta de transparencia en la utilización de los fondos públicos, la sobre-regulación administrativa o ineficiencia de gestión, que determinan que los ciudadanos se vean compelidos a ofrecer conductas ilícitas para acelerar o simplificar trámites o tener éxitos en su relación con la Administración.

3.2 Factores socio-culturales

La confianza en la sociedad, y ésta con el gobierno y las instituciones es determinante. Siguiendo el informe de Transparencia Internacional del año 2013⁹, por segmentos de población afectados por el soborno, los más perjudicados siguen siendo los sectores pobres y los jóvenes. Los más pobres tienen el doble de probabilidades que aquellas de mayores ingresos de pagar sobornos para acceder a prestaciones básicas.

3.2.1 La sociedad de consumo

La sociedad de consumo fomenta el deseo de tener bienes materiales de manera encarecida. Las empresas y grandes compañías desarrollan agresivas campañas de marketing orientadas a despertar el deseo de poseer y consumir sus productos, que incluso, en ocasiones, el ciudadano no necesita. El capitalismo nos muestra un mundo basado en el materialismo, con dinero se puede obtener poder, placeres y viajes. La sociedad de consumo conlleva un cambio de valores en el que la acumulación de riqueza es un valor contrastado. El dinero ha dejado de ser un medio para constituirse en un fin en sí mismo, un estilo de vida que realza al que más tiene, no importando cómo lo ha conseguido. El esfuerzo personal, la valía, el sacrificio para ocupar un puesto en la sociedad pasa a un segundo plano.

⁹ Datos de Transparencia mundial. Consultado en www.transparencia.org.es/informes-internacionales/ el 7/05/15.

3.2.2 Merton y la Teoría de la Anomia

Cuando un individuo sufre una grave situación personal o económica, y decide delinquir para sobrevivir, es fácil llegar a comprenderlo, pero ¿qué ocurre con aquellos que tienen cubiertas sus necesidades económicas, algunos con altísimos status de poder y riqueza y aun así cometen y continúan cometiendo estos delitos? Robert K. Merton¹⁰ lo explica a través de su teoría de la Anomia. Para Merton, todo delito es consecuencia del deseo aprendido de éxito financiero como testimonio de valía personal.

Según Merton, en los estratos altos de la sociedad existe una *“anomia del éxito que surge cuando cada éxito temporal, así como las expectativas aumentadas que los asociados exponen a las personas con éxito, fomentan unas aspiraciones cada vez más elevadas”*. La cuestión es que los deseos de esta naturaleza son ilimitados y pueden llegar a ser insaciables, siempre hay alguien que tiene un vehículo mejor, una casa mejor o un yate más nuevo. Aristóteles expuso: *“los mayores delitos están causados por el exceso y no por la necesidad”*.

3.2.3 La corrupción y la inseguridad ciudadana

Salvo los casos mediáticos, que abren los medios de comunicación y causan gran rechazo social para pasar lentamente al olvido, los delitos de corrupción no generan alarma social. A diferencia de una agresión sexual, un asesinato o un robo con violencia, en estos delitos la inseguridad objetiva y subjetiva es mínima. El ciudadano no se siente personalmente amenazado, no se siente víctima, se trata de la “sociedad”, ese ente abstracto al que pertenecemos en el que se difumina la exigencia de responsabilidad.

3.2.4 Otros factores de corrupción

Otras causas de corrupción son el descuido en la formación de las áreas sociales y humanísticas, modelos sociales muy tolerantes con las conductas corruptas, la vías ilegales para alcanzar el status, las diferencias entre clases sociales, la influencia

¹⁰ Robert Merton y la Anomia. Consultado en www.robertexto.com , el 14/06/16.

mediática, la ausencia de libertad en los medios de comunicación o la falta de respeto hacia el dinero público.

3.3 Factores económicos

Algunos de los factores económicos que favorecen la aparición del fenómeno corrupto son la regulación y restricción de los mercados, que incentivan, tanto a la burocracia como a los ciudadanos e importadores, a exigir y pagar sobornos para evitar impuestos excesivos y por lo tanto el aumento de los precios en los mercados.

Lo mismo ocurre con la exagerada complejidad del sistema y la **excesiva intervención estatal en la economía**, que fomentan canales paralelos a los institucionales para simplificar los trámites burocráticos, generando focos de corrupción. También provoca estos efectos el exceso de subsidios, o el escaso control de los mismos, que provocan la desviación de dinero a personas o industrias que realmente no lo necesitan, a veces motivados por vínculos familiares o de clientelismo político.

3.4 Factores personales

Entre otros, destacan el anhelo de poder, la falta de educación, el desconocimiento legal o la baja autoestima.

4. CORRUPCIÓN PÚBLICA

La corrupción se extiende en todos los ámbitos sociales, políticos, administrativos o económicos y en todos los niveles, pero es en el ámbito público, y concretamente dentro del marco de lo público en la esfera política y administrativa, donde se produce principalmente adoptando diferentes formas y variantes. Dentro del ámbito público, vamos a analizar la corrupción desde una perspectiva legal identificando los actos corruptos como aquellos que vulneran las leyes y son castigados por la sociedad, concretamente los recogidos en el Código Penal vigente que abordaremos detenidamente en la segunda parte de nuestro trabajo.

Una vez determinado el terreno de juego y centrándonos en los delitos contra la Administración Pública, de una primera lectura, observamos que en estos tipos penales las conductas tipificadas tienen como referencia principal a la **autoridad o funcionario público**, origen de todos estos males. Tal y como dice el profesor MESTRE DELGADO, los funcionarios públicos están llamados a servir a los ciudadanos, y desnaturalizan sus funciones cuando las emplean para su propio provecho, convirtiendo la causa pública en negocio privado¹¹.

La tipificación de estos delitos, en necesaria conexión con otros que analizaremos más adelante, son instrumentos que debemos utilizar para combatir en un campo muy amplio, y donde podemos descubrir actos corruptos de personas que actúan desde las instituciones. Estamos hablando de **delincuentes de cuello blanco** que, sirviéndose de su integración en los poderes públicos, utilizan su poder e influencia para lucrarse a tal nivel que ocasionan un perjuicio para la sociedad incalculable.

A título de ejemplo, a nivel local, como se ha expuesto anteriormente, la OPERACIÓN MALAYA tuvo consecuencias sin precedentes en la historia de la democracia en España: **la disolución de un Ayuntamiento**. Fue la primera vez que se intervino una institución con personas elegidas democráticamente y con mecanismos de poder como la policía local, demostrando que la ley es igual para todos. Por lo tanto, podemos distinguir dos tipos de corrupción desde el ámbito público: la realizada por el funcionario de manera individual y la corrupción de alto nivel u organizada, que puede ser a su vez dividida según su ámbito de actuación en internacional, nacional, regional o local.

4.1 Corrupción política

La corrupción política está relacionada con los procesos electorales y la inhibición de la competencia libre por el ascenso al poder o todas aquellas acciones ilegales o inmorales que busquen preservar y mantener el control de una sociedad, siendo de extrema gravedad ya que atenta directamente contra la comunidad.

¹¹ MESTRE DELGADO, Esteban. “*Por la regeneración social*” en La Ley Penal nº 113, marzo-abril 2015, p.2.

La consecuencia inmediata de la corrupción política es el escepticismo de los ciudadanos hacia los asuntos políticos. Incluso se ha llegado a asociar, en la opinión pública, política y corrupción (“*todos los políticos son corruptos*”), con el descrédito que supone a los que a diario se esfuerzan honradamente en esa magnífica labor que es la política.

Según el Barómetro Global de Corrupción del año 2013¹² realizado por Transparencia Internacional¹³ los partidos políticos son considerados las instituciones más corruptas del mundo. En seis de cada diez países, los políticos obtienen la peor calificación. En España, según el CIS¹⁴, los resultados siguen la misma línea.

Cuando un partido político acepta aportaciones privadas anónimas, e incluso millonarias, nos debe hacer reflexionar y plantear la siguiente cuestión: ¿Cuáles son sus verdaderas intenciones? La donación recogida en el artículo 618 del Código Civil, y definida como “*acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que acepta*”, en realidad es el más oneroso de todos los contratos, ya que muchas donaciones esconden tras de sí fuentes de corrupción a todos los niveles, algunas de altísimas cotas, asegurando a ciertos grupos económicos sus futuras ganancias a expensas de las instituciones públicas.

Siguiendo al profesor HEREDERO SALAMANCA, tanto en su obra como en su ponencia en Roma¹⁵ del año 2002, en el marco del *Programa Grotius II de la Comisión Europea*, dijo que podrían citarse a modo de ejemplo, y no sólo como apartados teóricos, sino como supuestos que sugieren casos concretos, las principales formas de corrupción dentro del ámbito público:

¹² Datos de Transparencia mundial, Barómetro Global de la Corrupción del año 2013, Consultado en www.transparencia.org.es/BGC-2013/ el 7/05/15.

¹³ Transparencia Internacional (TI) es la organización no gubernamental líder en la lucha contra la corrupción en todo el mundo.

¹⁴ Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Barómetro sobre la valoración política actual, consultado en www.cis.es el 3/06/15

¹⁵ HEREDERO SALAMANCA, Eusebio. “*La Corrupción en la Administración Pública desde la perspectiva policial*”. Ediciones Universidad de Salamanca. Roma, 2002, p. 64.

- **La financiación irregular de los partidos políticos:** éste es el origen de muchos de los casos de corrupción, porque no existe una regulación legal adecuada o porque se incumple de forma generalizada, siendo el punto de partida para otras situaciones de corrupción posteriores.
- La aprobación o derogación de leyes favorables a los intereses de determinados grupos que contribuyeron a **financiar las campañas del partido gobernante.** La adopción de medidas económicas favorecedoras de un sector de actividad o proyecto económico determinado.
- **El bloqueo o retraso injustificado de determinadas normas y medidas de interés general,** incluso cuando forman parte del programa electoral. La interpretación del interés general en clave de interés particular.
- **La adjudicación irregular** de obras, servicios, licencias y concesiones de carácter administrativo.
- La **convocatoria y resolución de concursos y oposiciones** para acceder a la Administración Pública a favor de personas afines al partido.
- La **concesión arbitraria de subvenciones** económicas, nacionales o comunitarias, para sectores agrícolas o industriales y cursos de formación profesional.

4.1.1 La Financiación de los Partidos Políticos

No es casualidad que el profesor HEREDERO SALAMANCA, entonces Jefe de la Brigada Central de Delincuencia Económica y Financiera del Cuerpo Nacional de Policía, comenzara la lista de las principales tipologías corruptas en el ámbito público con la financiación de los partidos políticos, principal foco de corrupción que hoy en día, trece años después, sigue ocupando las portadas de los medios de comunicación de este país.

Los ciudadanos ante las elecciones generales del 26 de junio del año pasado, y aún más con la crisis económica que aun sufrimos, se preguntan ¿quién paga los múltiples gastos de la campaña electoral? Según lo establecido en el ordenamiento jurídico, la financiación de los partidos políticos en España se encuentra regulada en la *LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos; la LO 3/1987, de 12 de mayo; y Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.*

Según la legislación, las actividades de los partidos políticos son financiadas con recursos públicos y privados, tanto para las campañas para el Congreso de los Diputados como para el Senado, Comunidades Autónomas, Parlamento Europeo y Elecciones Municipales.

El Tribunal de Cuentas cada año publica un informe detallado sobre la financiación de los partidos políticos y **ha criticado los donativos anónimos**, y no porque sean ilegales, sino porque son imposibles de comprobar, por ser anónimos, lo cual deja la puerta abierta a que una misma persona o empresa pueda entregar gran número de donativos bajo el anonimato, excepto para los integrantes del partido político.

4.1.2 El Informe del GRECO del 1 de abril de 2011

El Grupo de Estados contra la Corrupción, GRECO, creado por el *Convenio Penal Contra la Corrupción, de 27 de enero de 1999*, tiene su sede en Estrasburgo (Francia), y fue fundado el 1 de mayo de 1999 en el marco de la Conferencia de Malta de los Ministros de Justicia Europeos. Su principal objetivo es llevar a cabo el seguimiento de la aplicación de dicho acuerdo internacional, analizando la corrupción en cada uno de los Estados miembros y sus mecanismos de lucha, evacuando informes al respecto.

El informe de GRECO¹⁶ emitido en abril del 2011, mantiene que España no ha avanzado lo suficiente en la transparencia de las finanzas de sus partidos políticos y no ha cumplido “*satisfactoriamente*” ninguna de las seis recomendaciones que propuso en su anterior informe del año 2009. Sin entrar en detalles, el informe destaca la opacidad de las cuentas de las administraciones locales, sobre todo en los municipios de más de 20.000 habitantes, subrayando las “*malas prácticas*” en un punto donde “*los riesgos de corrupción son particularmente altos*”, teniendo en cuenta además que, según los informes del Tribunal de Cuentas, el 25 % de los ingresos de los partidos proviene de sus sedes locales.

¹⁶ Informe GRECO sobre transparencia partidos políticos en España de abril de 2011.
www.transparencia.org.es

El informe critica duramente la ausencia de información sobre las fundaciones vinculadas a partidos y las deudas de los partidos políticos con las entidades financieras. Eran opacos en 2009 y seguían siéndolo en 2011: “*no hay evidencia de que haya aumentado la transparencia respecto de los ingresos y los gastos de las sedes locales y entidades vinculadas*”.

4.2 La corrupción administrativa

La corrupción administrativa se caracteriza por el abuso de los deberes del funcionario público para obtener beneficios propios. Ahora bien, tan corrupto es el funcionario que hace la vista gorda en la frontera para que cruce un inmigrante, como el empresario que paga a altos cargos para la adjudicación de obras públicas.

5. CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN

5.1 El coste de la corrupción

El análisis empírico resulta complejo, pues medir la eficiencia de los gobiernos es complicado, y la propia naturaleza de la corrupción la hace difícil de cuantificar. No obstante, según el informe sobre *Global Business Corruption*¹⁷, las estimaciones muestran que el costo de la corrupción es más del **5% del PIB mundial**, es decir **2,6 billones de dólares**. Se considera que la corrupción asciende al 10 % del coste total de los negocios globales, y hasta el 25 % del coste de los países en desarrollo.

En España, en base a las investigaciones de la Fiscalía, se calcula el montante económico de la corrupción en los Ayuntamientos, Diputaciones y otras entidades públicas, en un mínimo de **4.100 millones de euros** en la década de 1999 a 2009; cantidad equivalente al presupuesto de una Comunidad Autónoma como la de Madrid o

¹⁷ *Clean Business Is Good Business*. Es un informe internacional realizado por Transparencia Internacional, Cámara Internacional de Comercio y Naciones Unidas entre otros, consultado en www.webforum.org

al gasto estatal en Cultura en toda la legislatura¹⁸. La cifra incluye tanto el pago de comisiones como las minusvalías o los sobrepuestos que han tenido que asumir las instituciones.

En general, las consecuencias económicas de la corrupción son variadas: deforma los presupuestos del Estado, perturba el comercio, es un factor inflacionario, contribuye al déficit fiscal, desalienta la inversión, socava la economía, genera fuga de capitales, concentra la riqueza en unas cuantos y contribuye a la evasión fiscal.

5.2 Consecuencias políticas

Las principales consecuencias políticas que genera la corrupción son: la devaluación del Estado, el Gobierno y la Administración pierden credibilidad, se agudiza la crisis de legitimidad del sistema político, se perturban las instituciones democráticas, genera desconfianza en las instituciones públicas, debilita los buenos gobiernos y distorsiona las políticas públicas.

La deslegitimación de la política es evidente, y así lo muestran los ciudadanos en las encuestas de opinión, perdiendo la confianza en los gobernantes¹⁹. Su gravedad y generalización están minando seriamente la credibilidad del sistema representativo, y como bien hemos visto en las últimas elecciones autonómicas y municipales, están fomentando la búsqueda de modelos políticos alternativos²⁰. Por último, destacamos que se impide alcanzar las políticas de bienestar de los objetivos del Estado al desviarse éstos y produciendo ineficiencia en los servicios públicos e insatisfacción en los ciudadanos.

¹⁸ Diario El mundo. Decálogo para que los corruptos no nos sigan saqueando (2009), consultado en www.elmundo.es el 11/07/2016.

¹⁹ Valoración de la actuación del gobierno y de los principales partidos políticos. Barómetro del CIS de Enero de 2015, consultado en www.cis.es el 25/04/2016.

²⁰ MESTRE DELGADO, Esteban: “*Por la regeneración...*”. op. cit, p.3.

5.3 Consecuencias sociales y económicas

La corrupción provoca el aumento de las desigualdades al impedir que los fondos lleguen a los más necesitados, desviándose los recursos para fines personales y de partido. De otra parte, promueve la injusticia al priorizar sobre los que sobornan para agilizar los servicios públicos creando ciudadanos de primera y segunda clase.

Para SUSAN ROSE-ACKERMAN²¹, existen algunos efectos que dañan a los pobres a causa de la corrupción. Entre ellos se encuentran que reciben menos servicios sociales (salud o educación) al cancelarse proyectos de ayuda a los más necesitados, que junto al aumento de impuestos y el coste de servicios, incide en la incapacidad de salir de la pobreza.

5.4 Consecuencias culturales

La corrupción genera alteraciones en la vida diaria y una pérdida paulatina de los valores éticos en la sociedad, provocando la alteración de los valores culturales del país y el cambio de actitudes de sus miembros. La corrupción, al extenderse en algunos sistemas políticos, se ha convertido en parte del comportamiento cotidiano en las instituciones.

Convirtiéndose con el paso del tiempo, en parte de los usos y costumbres, de manera que lo que al inicio sorprendía se “*normaliza*” y se vuelve cotidiano.

En cualquier caso, los efectos de la corrupción son: desconfianza en el gobierno, lentitud en los servicios públicos, uso indebido de las funciones, negligencia en el personal público, prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación e inadecuado uso del patrimonio público.

²¹ ROSE-ACKERMAN, Susan. “Desarrollo...”. op. cit. p.7.

III. LA ESFERA INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. CORRUPCIÓN Y COHECHO. ESTADOS UNIDOS DÁ EL PRIMER PASO

El estudio científico de las consecuencias de la corrupción se ha desarrollado en épocas relativamente recientes. El Estado siempre ha considerado la corrupción como algo que debe ser absolutamente erradicado. La lucha contra la corrupción es una tarea que tiene que ser desempeñada con particular contundencia utilizando incluso la extrema ratio del Estado de Derecho: el Derecho Penal. En este sentido, más de 140 países ya han ratificado la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003 (Convención de Mérida).

Remitiéndonos a la propia definición, la corrupción siempre ha sido vinculada a comportamientos ilícitos mantenidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. En este marco, ha mantenido y mantiene una particular relevancia la tipificación legal del delito de cohecho.

Las últimas décadas del siglo pasado han introducido un elemento nuevo: un notable aumento y simplificación en el transporte de personas, y la integración de los mercados, refiriéndonos en conjunto a la *globalización*. Debido a esto, en materia de cohecho, aumentan los casos de particulares que sobornan a funcionarios públicos de otros países para aumentar el volumen de sus negocios.

El Derecho Penal del Estado de Derecho, por su parte, se encuentra vinculado al tradicional principio de territorialidad, a veces matizado por el principio real de protección: no interesa nada de lo que ocurra fuera del territorio nacional, a menos que perjudique a los intereses del propio Estado.

En el terreno de la lucha contra la corrupción, se adoptó en Estados Unidos en 1977 una norma que sanciona penalmente el soborno del funcionario público extranjero, la *Foreign Corrupt Practices Act*, que se promulgo después de un escándalo de corrupción (una empresa fabricante de aviones sobornaba a funcionarios extranjeros para garantizar pedidos)²².

²² FABIAN CAPARROS, Eduardo A.: “*La corrupción...*” op. cit. p. 124.

Una vez que se prohibió el soborno en Estados Unidos, este país se quedó en clara desventaja respecto de los otros países que seguían considerando lícita dicha práctica, por lo que empezó a presionar a la Comunidad Internacional para que adoptara medidas al respecto.

1.1 Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

Esta presión estadounidense dio sus resultados veinte años después, cuando la OCDE abrió la firma del *Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*²³ (hecho en París el 17 de diciembre de 1997).

2. LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Debido a determinados comportamientos graves que debían ser considerados penalmente ilícitos, la ONU en la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* del año 2000 (Palermo) redactó preceptos cuya finalidad consistía en que los Estados tipificasen todo un abanico de delitos graves entre los que se incluyó la corrupción, y por ende, el cohecho.

En diciembre del año 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió crear un comité especial abierto a todos los estados. Fueron encargados de elaborar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción²⁴. De enero del año 2002 a octubre de 2003, el Comité negoció esta Convención

La *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, más conocida como *Convención de Mérida* estuvo lista en 2003, siendo ratificado por España el 19 de junio de 2006 y su artículo 15 se ocupa específicamente del cohecho estableciendo lo siguiente:

²³ BOE nº46 de 22 de febrero de 2002.

²⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas nº 55/61. 81ª sesión plenaria.04-12-2000.

“Soborno de funcionarios públicos nacionales:

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de Nueva York de fecha 31 de octubre de 2003, firmada por España el 10 de mayo de 2005 y ratificado el 9 de junio de 2006 no se menciona en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, a pesar de ser una clave imprescindible para entender los mecanismos internacionales de lucha contra la corrupción.

En esta convención se tipifican los delitos de corrupción, se establecen mecanismos de prevención mediante el control administrativo, se potencia la vigilancia del sector financiero como medio de blanquear el dinero obtenido de forma fraudulenta y se establece la cooperación internacional como instrumento fundamental de la lucha contra la corrupción, en definitiva, funciona como correa de transmisión estimulando a los Estados a actualizar su legislación en la visión más actual de lo que se consideran como métodos eficaces y necesarios para combatir la corrupción a nivel internacional, o local.

La Convención tenía por objeto los siguientes puntos²⁵:

²⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, consultado en www.europa.eu/legislacion el 4/04/15.

- Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir con mayor eficacia la corrupción.
- Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción, incluyéndose la recuperación de activos.
- Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

En cuanto a las medidas contra la corrupción, la Convención recoge una lista detallada de medidas para prevenir la corrupción, incluidas la aplicación de políticas y prácticas preventivas, la creación de órganos a tal efecto, la aplicación de códigos de conductas para los funcionarios públicos, criterios objetivos para la contratación y adjudicación de los contratos públicos y en los procesos de promoción de los funcionarios. Asimismo establece la necesidad de promover la transparencia y la responsabilidad en la gestión de las finanzas públicas así como en el sector privado.

Finalmente, incentiva a los Estados Parte a que tomen medidas en su ordenamiento jurídico en las siguientes materias: responsabilidad penal de las personas jurídicas, embargo preventivo, incautación y decomiso, medidas de protección a los denunciantes, testigos, peritos y víctimas... En materia de cooperación internacional dedica un capítulo a esta materia. Los Estados Parte deberán cooperar en materia penal, de extradición y de traslado de las personas condenadas.

3. LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

3.1 La Unión Europea y las medidas de Derecho Penal de lucha contra la Corrupción del funcionario público nacional

Al no limitarse los sobornos al mercado nacional, y siendo la Unión Europea un campo con un mercado único. Fue así que el día 26 de julio de 1995 se abrió a la firma de los Estados miembros el *Convenio relativo a la protección de los intereses*

*financieros de las Comunidades Europeas*²⁶, en cuyo marco no se hablaba de corrupción, sino de fraude.

El Consejo de Europa consideró que “*procede, en una segunda etapa, completar dicho convenio con un protocolo referido en especial a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios, ya sean comunitarios o nacionales, y que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas*”. Por lo tanto, en dicho Convenio se tipificó el delito de cohecho en sus artículos 2 y 3.

3.2 Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del tratado de la Unión Europea

Se trata de un Convenio en vigor en España desde hace más de ocho años, y que atañe a conductas de funcionarios comunitarios y de funcionarios extranjeros al servicio de otro país miembro de la Unión Europea, al que se debe la redacción del artículo 427 del CP que veremos más adelante.

3.3 La Convención de Derecho Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa

También el Consejo de Europa quiso dotarse de una herramienta jurídica internacional de Derecho Penal de lucha contra la corrupción. La convención se abrió en la ciudad de Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

El Boletín Oficial del Estado de 28 de julio de 2010 publicó la ratificación del Convenio Penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, que había sido firmado por España el 10 de mayo de 2005. El Convenio Internacional fue finalmente ratificado por España mediante Instrumento de 26 de enero de 2010, estableciendo una serie de obligaciones para los Estados firmantes orientadas a la adaptación de las respectivas legislaciones, con el fin de hacer efectiva la prevención y represión de la corrupción.

Aborda la cuestión de forma amplia, considerando el fenómeno de la **corrupción como una amenaza grave para la democracia**, el Estado de Derecho y

²⁶ DOCE N° C316, de 27 de noviembre de 1995. El convenio entró en vigor el 17 de abril de 2003.

los Derechos Humanos, cuestión que ya se puso de manifiesto en la Conferencia de Ministros de Justicia Europeos en Malta en el año 1984 y que dio lugar al Programa de Acción contra la Corrupción, que se aprobó en 1996.

El Convenio básicamente establece la obligación de revisar el delito de **cohecho**, tráfico de influencias, delito contable y configura el nuevo delito de corrupción en el sector privado. En cuanto al cohecho clásico en el marco de la función pública, las conductas que describen los artículos del Convenio se corresponden con las figuras que tenemos contempladas en el Código Penal en los **artículos 419 a 427**, tanto en su modalidad de cohecho activo como de cohecho pasivo de autoridades y funcionarios por lo que no era necesaria en principio ninguna modificación, para el cohecho público clásico, porque ya nos adaptábamos al Convenio, salvo en materias de penas²⁷.

Una cuestión importante es que exige que cuando el delito es cometido por persona física las penas privativas de libertad tienen que ser de duración tal que **posibiliten la extradición**, lo que obligaba a que todos los delitos de cohecho clásico tuvieran como sanción pena privativa de libertad o medida de seguridad que no fuera inferior a un año en su grado máximo. Es un texto fundamental para comprender el contenido y alcance de la actual reforma.

3.4 El informe de evaluación del año 2009 del grupo de estados contra la corrupción (GRECO)

El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) aparece recogido en el artículo 24 del citado Convenio Penal contra la Corrupción del 27 de enero de 1999.

El Equipo de Evaluación del GRECO (EEG) después de su visita a España presentó el informe de evaluación en su 42º Reunión Plenaria en Estrasburgo, que tuvo lugar entre los días 11 al 15 de mayo de 2009. En mencionado informe contenía varias recomendaciones de reforma del Código Penal, que finalmente se materializaron a través de la LO 5/2010.

²⁷ www.europa.eu/luchacontralacorrupcion y www.mjusticia.gob.es/areainternacional consultadas el 10/05/15.

Destacó del citado informe las siguientes recomendaciones en relación al cohecho:

- Proceder urgentemente a la **ratificación** del Convenio Penal contra la Corrupción.
- Aclarar definitivamente que las **ventajas inmateriales** están contempladas en las disposiciones del código penal relativas a la corrupción.
- Clarificar la **noción de empleado público extranjero**.
- Ampliar el ámbito de aplicación **del artículo 445 CP** relativo a la corrupción activa de empleados públicos extranjeros Criminalizar la **corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales**.
- Asegurar que se criminaliza la corrupción de **miembros de asambleas parlamentarias internacionales**, así como la de **jueces y empleados de tribunales internacionales** (además de los que sirven en la Corte Penal Internacional).
- Revisar el **artículo 422** (corrupción de jurados y árbitros) del Código Penal y ajustarlo al Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción y criminalizar la corrupción de **árbitros y jurados extranjeros**.
- **Aumentar las sanciones** para los delitos de corrupción de los artículos 421 (omisión de actos inherentes a las funciones del empleado público), 425 (realización de actos inherentes a las funciones del empleado público) y 426 (soborno ofrecido en consideración al cargo o para que el empleado público realice un acto ilícito) con el fin de garantizar que estos delitos puedan dar lugar a extradición.

IV. LA TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN

1. COHECHO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Artículo 419: *“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por si o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo, publico por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.*

Artículo 420: *“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por si o por, persona interpuesta, dádiva o Promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegará a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva”.*

Artículo 421: *“Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.*

Artículo 422: *“Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.*

Artículo 423: *“1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que estos.*

2. *Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior”.*

Artículo 424: *“Cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses”.*

Artículo 425: *:1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.*

2. *En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si este fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años”.*

Artículo 426: *“La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses”.*

Artículo 427: *“Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.*

1.1 Tipos de cohecho

Resulta fácil diferenciar los distintos tipos de cohecho según la naturaleza del acto vendido y según la relación cronológica existente entre la naturaleza de la compraventa y el momento en el cual el acto se realiza.

Así, podemos hablar de **cohecho propio**, si el acto objeto del acuerdo es injusto, y de **cohecho impropio**, cuando el acto objeto sea justo; en segundo lugar, de **cohecho antecedente**, si el soborno se refiere a un acto futuro, que todavía no se ha realizado en el momento de perfeccionarse el acuerdo; y de **cohecho subsiguiente**, cuando se retribuye un acto ya realizado, esto es, cuando se recibe o se da una recompensa por algo ya hecho.

Otra diferencia terminológica comúnmente aceptada entre la doctrina e incluso en los instrumentos internacionales mencionados es la que existe entre cohecho activo y cohecho pasivo. Por **cohecho activo** se tiene el acto de comprar una actuación pública, por parte del particular, mientras que el uso del **cohecho pasivo** se vincula a la acción de venderla, a cargo del servidor público.

La combinación de estas dos categorías con las indicadas en el párrafo anterior nos ofrece la posibilidad de distinguir hasta ocho variedades de cohecho.

1.2 La sanción de las distintas formas de cohecho en el Código Penal

La doctrina y la jurisprudencia no comparten criterios unánimes para todos los casos, pero aun así, se acepta comúnmente que los *artículos 419, 420 y 421 sancionan casos de cohecho pasivo propio antecedente*, ya que todas estas normas castigan la venta de un acto injusto futuro.

El primero de los tres preceptos mencionados prevé el caso de que el acto no solo sea injusto, sino que, en sí mismo, sea constitutivo de delito. En lo sucesivo, el artículo 420 sanciona a quien vende un acto futuro injusto, pero no constitutivo de delito. La última de las normas consideradas, finalmente, se ocupa del caso en que el acto vendido sea injusto, futuro y no constitutivo de delito (si lo fuera se aplicaría el artículo 419), pero que no implique una acción, sino una omisión del funcionario público.

Para permanecer en el ámbito del cohecho pasivo, el artículo 425 sanciona, en su primera hipótesis, al *cohecho impropio antecedente* (“para realizar un acto propio de su cargo”). Por otra parte, el segundo supuesto de hecho considerado por la norma (en el que el soborno es “recompensa del acto ya realizado”) es el de *cohecho subsiguiente*, tanto propio como impropio²⁸.

El caso del artículo 426 considera ilícita la mera recepción, en consideración de la función, de un beneficio, sin requerir que a cambio de la misma se dé algo. El segundo supuesto del artículo 426 establece sanción para el funcionario público que admite “*dadiva o regalo para la consecución de un acto no prohibido legalmente*”, por lo que, como vemos, se trata de la corrupción *pasiva impropia antecedente*. La doctrina se ha esforzado por trazar la demarcación entre las conductas del artículo 425 y 426 en tal sentido, que algunos sostienen que, mientras en un caso se sanciona la compraventa de un acto discrecional, en el otro se reprime la de un acto reglado²⁹.

Dentro del cohecho activo, el artículo 423 se limita a extender la sanción prevista para el corrupto al particular que “*corrompe*” o “*intenta corromper*”.

1.3 Discusiones doctrinales en torno al delito de cohecho según se tipifica en el Código Penal de 1995

1.3.1 El artículo 419 y el concurso de delitos

El artículo 419 del Código Penal español de 1995 prevé, para el caso del cohecho propio antecedente, un aumento de la sanción para el corrupto y, en combinación con el artículo 423, para el corruptor cuando el acto objeto del acuerdo no solo sea ilícito, sino también constitutivo de delito.

²⁸ RODRIGUEZ PUERTA, María José: “*El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno del funcionario*”. Aranzadi, p. 281 y ss.

²⁹ RODRIGUEZ PUERTA, María José. “*El delito de...*” *op. cit.* , p. 273, donde dice que ninguna de las hipótesis del artículo 426 puede decirse que integre al cohecho.

La doctrina considera aplicables las reglas del concurso real de normas³⁰, sumándose con ello la pena prevista por el cohecho a la establecida para el delito de que se trate, pero algunos autores apuntan en sentido opuesto, considerando preferible hablar de concurso ideal o medial de delitos³¹.

1.3.2 *La naturaleza necesariamente económica de las dadas*

La mayor parte de los autores consideran absolutamente indiferente que la dativa se trate de dinero, cosa material o evaluable económicamente o bien, por ejemplo, una prestación sexual, no obstante, esta postura se enfrenta al problema de no poder aplicar la pena prevista por la ley dado que, en casi todos los casos, el cohecho lleva aparejada una multa “*del tanto al triplo*” del valor de la dativa, lo que excluiría aquellas dativas cuyo valor no está sujeto a medida económica³².

1.4 El problema de la punibilidad de la tentativa del cohecho

No solo se sanciona como cohecho pasivo la conducta (efectivamente pasiva) del funcionario público que “*recibe*”, “*admite*” o “*acepta*”, sino también su mera “*solicitud*”. Por el lado de la corrupción activa, el artículo 423 considera no solo de quien “*corrompe*” a un funcionario público, sino también el de quien “*intenta corromper*”.

Por lo tanto, la cuestión que se plantea es si esa “*solicitud*” del servidor público, o ese “*intento*” del particular constituyen formas intentadas del delito que el legislador ha querido sancionar igual que las hipótesis del delito consumado o si, por el contrario, se trata de dos conductas autónomas de delito consumado.

Para los partidarios de la tesis de la **monosubjetividad** o **unipersonalidad**³³ del cohecho, la primera opción podría resultar plausible puesto que la corrupción activa y corrupción pasiva son delitos autónomos, la solicitud del funcionario que no es aceptada

³⁰ Así, CORDOBA RODA, Juan: “*El cohecho de...*” op. cit, p. 180, que lleva a cabo la misma interpretación que VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. “*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*”. Erdesa, Madrid, 1995, p. 250.

³¹ RODRIGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...* op. cit., p. 235.

³² VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. “*El tratamiento penal...*” op. Cit, p. 144 y ss.

³³ OLAIZOLA NOGALES, Inés. “*El delito de cohecho*”. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 225 y ss.

por el particular constituye una consumación de la corrupción pasiva, mientras que “*intentar corromper*” supondría que la solicitud no llegase a destinatario, por lo que nos encontraríamos ante una tentativa inacabada.

Los seguidores de la tesis de la **plurisubjetividad**³⁴ del cohecho defienden generalmente que, si el cohecho es un pacto entre dos sujetos, para que pueda hablarse de tentativa de cohecho, será necesario que ambos comiencen su ejecución (es decir, que den principios a la negociación). Dentro de esta tesis (considerando que ofrecimiento y solicitud no aceptados no son tentativas sino autónomas hipótesis del delito consumado), se dividen sobre la posibilidad de considerar punible la tentativa.

La tesis más dominante sostiene partiendo del *principio de lesividad* lo siguiente: si el pacto entre dos sujetos supone una lesión del bien jurídico, la solicitud o el ofrecimiento no recibidos tan solo la ponen en peligro por lo que sancionar el intento de solicitar u ofrecer implicaría avalar la sanción del peligro de un peligro, lo cual es inaceptable en palabras de RODRIGUEZ PUERTA.

2. REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA L.O. 5/2010

2.1 Razones de la reforma

El informe de evaluación aprobado por GRECO (organismo creado en 1998 por el Consejo de Europa para la implantación del *Convenio Penal sobre la Corrupción*) situó a España en una posición de urgente ratificación del mismo debido a la alta criminalidad de este tipo de delitos en nuestro propio país y a fin de llevar a cabo una lucha coordinada contra la corrupción nacional e internacional en Europa.

En las razones internacionales también encontramos el *Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea* (Acto del consejo de 26 de mayo de 1997) en relación con conductas atribuibles a los “*funcionarios comunitarios*” y a los “*funcionarios extranjeros al servicio de otro país miembro de la Unión europea*”

³⁴ VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. “*El tratamiento penal...*”, op. Cit, p. 47 y ss. y RODRIGUEZ PUERTA, María José. “*El delito...*” op. Cit, p. 108 y ss.

Las verdaderas razones que explican el sentido y alcance de la reforma por lo que se refiere a “*adaptación de las penas*” parecen encontrarse en las recomendaciones que incorpora el aludido Informe de evaluación GRECO. En dicho informe se aconseja al gobierno de España “*aumentar las sanciones*” para los delitos de corrupción de los artículos 421, 425.1 y 426 del Código Penal y que **estos delitos puedan dar lugar a extradición.**

2.2 Nueva tipificación experimentada mediante la reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010

Artículo 419: “*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito*”.

Artículo 420: “*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años*”.

Artículo 421: “*Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos*”.

Artículo 422: “*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de*

prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”.

Artículo 423: *“Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.*

Artículo 424: *“1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.*

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años”.

Artículo 425: *“Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año”.*

Artículo 426: *“Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”.*

Artículo 427: *“1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.*

A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea:

1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea;

2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea;

3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable. Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, o del doble al

cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.
c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

2.3 Los ejes de la reforma

La reforma del 2010 contempla una simplificación de los tipos del cohecho pasivo (y, por simetría, del cohecho activo). De los actuales cinco tipos de conducta del cohecho pasivo, se pasa a tres categorías:

- a. La del **cohecho pasivo propio** (artículo 419 CP de 2010), que agrupa los tipos contemplados en los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal de 1995.
- b. La del **cohecho pasivo impropio** (artículo 420 CP de 2010), referida a los contenidos en el artículo 425.1 CP de 1995.
- c. Y, por último, la del **cohecho en atención a cargo** o función de empleado público (artículo 422 CP de 2010) descrito en el sustituido artículo 426 CP de 1995 y simplificado ahora hasta el punto de hacer imposible interpretaciones como la expuesta por el Auto del Tribunal Superior de Justicia Valenciana de 1 de agosto de 2009 (caso “*trajes de Camps*”), revocado por la STS nº 478/2010, de 17 de mayo.

Desde el punto de vista de los sujetos activos, de conformidad con los tratados aludidos, cuya función como otras normas interpretativas complementarias de la del artículo 24 CP de 1995 no podrá desdeñarse a partir de ahora, la reforma prevé específicamente que los artículos relativos a la corrupción activa y pasiva de empleados públicos nacionales serán de **aplicación a los funcionarios de las Comunidades Europeas** y a los **empleados públicos extranjeros** de otros países de la Unión Europea, a cuya definición atiende detalladamente el artículo 427 CP de 2010, así como

la de los árbitros y jurados y otros asimilados lo hace el artículo 423 CP de 2010, de forma más amplia que la prevista en el artículo 422 CP de 1995³⁵.

En efecto, conforme al artículo 427 CP de 2010, deberá considerarse es “*funcionario de la Unión Europea*”:

*1.º toda persona que tenga la condición de **funcionario o de agente contratado** en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea;*

*2.º toda persona puesta **a disposición de la Unión Europea** por los Estados miembros o **por cualquier organismo público** o privado que ejerza en ellas **funciones equivalentes** a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea;*

*3.º los **miembros de organismos** creados de conformidad con los **Tratados constitutivos** de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable”.*

Por otra parte, el artículo 423 CP de 2010 reproduce prácticamente el artículo 422 CP de 1995, añadiendo una referencia expresa a los administradores o interventores designados judicialmente.

Y por último, en sintonía con lo previsto en el artículo 19.2 del Convenio del Consejo de Europa, la reforma prevé la imposición de penas de multa a las **personas jurídicas**, pudiendo optar por el sistema tradicional de días multa o por el proporcional, dependiendo de cuál resulte más elevada y de la extensión de la pena privativa de libertad a imponer a las personas físicas relacionadas con ellas. Además, se contempla la posibilidad de imponer, de forma definitiva o por tiempo limitado según los casos, las penas previstas en el artículo 33.7 CP de 2010 en relación con el artículo 66 bis (es decir, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades...).

³⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma Penal de 2010*, Aranzadi – Thomson Reuters p. 340 y ss.

2.4 Novedades en el sistema de penas

Con la reforma operada mediante la LO 5/2010, el aumento de **las penas privativas de libertad** ha sido significativo.

Siguiendo la tabla comparativa que a continuación se expone, además de castigar con prisión conductas que antes no recibían dicha sanción, se eleva el límite inferior de la pena en el caso de los artículos 419 y 420 del Código, y con las consecuencias que ello tiene en diversos aspectos. De forma esquemática quedaría de la siguiente manera:

ANTES DE LA REFORMA		DESPUES DE LA REFORMA	
Artículo 419 CP	2 a 6	Artículo 419 CP	3 a 6
Artículo 420 CP	1 a 4 / 1 a 2	Artículo 420 CP	2 a 4
Artículo 421 CP	Sin prisión	Artículo 421 CP	3 a 6 / 2 a 4
Artículo 423 CP	Como funcionarios	Artículo 422 CP	6 meses a 1 año
Artículo 424 CP	Sin prisión	Artículo 424 CP	Como funcionarios
Artículo 425 CP	Sin prisión	Artículo 425 CP	6 meses a 1 año
Artículo 426 CP	Sin prisión		

Así, el artículo 88.1 del Código Penal modificado por la Ley Orgánica dispone:
“Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de éste Código, de no

haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida”.

Con ello *se hará imposible la sustitución de la pena*. Por otra parte, el artículo 80 del CP *hará también imposible la suspensión automática de la ejecución de la pena privativa de libertad*. El aumento de ciertas penas afectará, además, y necesariamente, al *plazo prescriptivo* de las conductas.

El nuevo sistema de sanciones modifica también la pena de multa, que ya no estará fijada con relación al valor de la dádiva, lo cual enlaza con la concepción de la misma incluyendo los favores inmateriales. El nuevo sistema de multas encaja con el general de días-multa.

Dicho sistema, sin embargo, cuenta con la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 427, que se refiere a los casos en que la persona responsable de cualquiera de los ilícitos recogidos en el Capítulo sea una persona jurídica responsable penalmente con arreglo al artículo 31 bis del Código. En tales supuestos, se aplica un sistema de años multa o tanto sobre el valor, que viene ligado a la duración de la pena impuesta a la persona física que comete el delito.

En este sentido VALEIJE ÁLVAREZ³⁶ ya decía que la conducta del particular que acepta la solicitud del funcionario no siempre es menos grave que la de éste. Además, tendremos que añadirle la enorme dificultad a la hora de determinar quién fue primero en la negociación que termina en un acto de cohecho, pues a ello se llega en muchas ocasiones tras un proceso previo de ofertas y contraofertas hasta que se alcanza finalmente un acuerdo. La diferencia entre este delito y el de exacciones ilegales, previsto en el artículo 437 CP, consiste precisamente en que en éste es el funcionario el que exige al particular cantidades abusando de su posición preeminente, que el particular no tiene más remedio que aceptar y, que precisamente por eso, queda impune.

³⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. “*El tratamiento penal...*” op. Cit, p. 105.

2.5 Nuevos cohechos activos

El artículo 419 CP de 2010 (cohecho pasivo propio) sanciona a la autoridad o funcionario público que *“en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitar, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”*.

Por su parte, el artículo 420 CP de 2010 (cohecho pasivo impropio) castiga a la autoridad o funcionario público *“en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitar, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo”*.

En todos los casos se eleva el límite mínimo de prisión hasta los tres años (en el artículo 419 CP de 1995 es de dos años y en el artículo 420 solo de uno) y se aumenta enormemente el límite máximo de la prisión, que llega a los seis años, y el de inhabilitación, que se coloca en los doce.

El tipo penal del artículo 420 CP de 2010 asume la mayor parte del contenido del artículo 425.1 CP de 1995 (sin incluir, sin embargo, el cohecho subsiguiente, que se deja para el artículo 421 CP 2010), con un incremento punitivo todavía más extraordinario, pues se pasa de tanto al triple del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, a prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a siete años.

Cumpliendo con el mandato expreso del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, cada estado miembro debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que las expresadas conductas se tipifican como infracciones penales, por lo que la LO 5/2010 da una nueva regulación a los artículos relativos al cohecho en lo que se refiere a la *“ventaja”* dirigida al funcionario o autoridad, exponiéndolo de una forma más amplia y comprensiva como *“dádiva, favor o retribución de cualquier clase”*.

Por lo que se refiere al **acto, abstención o retraso del funcionario**, la conducta omisiva era sancionada en todo caso más levemente y en precepto diferente, como si se tratara de un *“acto relativo a los deberes del cargo”* con independencia de que fuera o

no delictiva. En el CP de 1995 esta conducta solo prevé en el artículo 421 pena de multa y una breve inhabilitación cuando la dádiva tiene por objeto que el funcionario se abstenga de un acto a realizar en el ejercicio de su cargo (si el acto de omisión fuese constitutivo de delito entonces ya se aplicaría el 419 CP de 1995).

En el artículo 419 CP de 2010 se hace referencia a un acto realizado en el ejercicio del cargo y “*contrario a los deberes inherentes al mismo*” por lo que no se plantean más problemas interpretativos en relación con las conductas más graves, pero no cabe duda de que los deberes aludidos son los de imparcialidad, objetividad y probidad, por lo que una omisión que vulnere los mismos entraría dentro del tipo de este artículo.

El artículo 421 CP 2010, relativo al **cohecho pasivo subsiguiente**, castiga con las mismas penas señaladas en los preceptos precedentes a la autoridad o funcionario público que “*recibiere o sollicitare*” la dádiva, favor o retribución.

El artículo 422 CP de 2010 se propone castigar a la autoridad o funcionario que “*en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función*” lo que a la luz de la reciente jurisprudencia (STS 2ª 478/2010 de 17 de mayo), debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada³⁷, esto es, que solo por la especial condición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito. De este modo, se ve incrementada sensiblemente la pena señalada en el artículo 426 CP de 1995, donde va de una multa de tres a seis meses a la nueva pena impuesta por la LO 5/2010 que introduce prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

2.6 Nuevos cohechos pasivos

La reforma del Código Penal incorpora un nuevo tipo de cohecho activo, que sustituye al del artículo 423 del CP de 1995, en la medida que incorpora la íntegra definición de todos sus elementos.

³⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma Penal de 2010*, Aranzadi – Thomson Reuters p. 345

El artículo 424 CP de 2010 se propone castigar, en todo caso con las mismas penas que a la autoridad o funcionario salvo la de inhabilitación, al particular que *“ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función”*. Esta mayor severidad es discutible, en la medida de que es mayoritaria la opinión de quienes creen que la pena debe ser en este caso menor que la del funcionario.

El artículo 424.3 CP de 2010 se limita a prever una forma de inhabilitación para el particular añadida a las penas de prisión y multa *“si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos”* consistente en inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años. Además, se prevé la pena, en su caso, también para la sociedad, asociación u organización representada por el particular autor del delito.

Por último, el artículo 426 CP de 2010, que sustituye al artículo 427 CP de 1995, declara exento de pena por el delito de cohecho *“el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”*.

3. REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA L.O. 1/2015

En la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la antigua Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se introducen determinadas modificaciones para reforzar la punición de los llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública.

Por una parte, se establece una previsión especial en materia de libertad condicional: podrá denegarse cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado.

También se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas previstas en la actualidad. En primer lugar, la reforma lleva a cabo el **aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial** para empleo o cargo público. Así sucede, aparte de en el delito de cohecho que estudia el presente trabajo, en los delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, tráfico de influencias, en la apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraudes y exacciones ilegales, entre otros.

Por otra parte, en los delitos más graves en los que ya se prevé la posible imposición de una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, se añade la imposición adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La inhabilitación especial para cargo público alcanza únicamente al que se ostenta al cometer el delito. De este modo, *“se impide que el condenado por el delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo. Así se ha establecido, entre otros, en los delitos de cohecho, prevaricación de funcionario público o tráfico de influencias”*³⁸.

³⁸ BOE de 31 de marzo de 2015 que publica la L.O. 1/2015 – Preámbulo.

VI. ANALISIS DEL DELITO DE COHECHO. CUESTIONES COMUNES

1. CONCEPTO DE ADMINISTRACION PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO

1.1 Normativa básica

Antes de entrar en el estudio de los conceptos de Administración Pública y de funcionario público, conviene hacer una enumeración de la normativa que rige tanto el funcionamiento de la Administración como el comportamiento del funcionario dentro de la misma. De toda esta regulación, hago aquí una enumeración de las, a mi juicio, normas más importantes:

- a. Constitución Española de 1978 (en adelante **CE**).
- b. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público³⁹ (en adelante **EBEP**).
- c. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- d. Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante **LOFAGE**).
- e. Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- f. Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado.
- g. Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.

³⁹ En su disposición derogatoria única deroga gran parte del articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

1.2 La Administración Pública

La palabra Administración proviene de los vocablos latinos “ad” y “ministrare”, que significan “servir a”. También se hace derivar la palabra de la contracción de “ad manus trahere”, que implica la idea de manejo o gestión. Una primera aproximación al concepto de Administración hace alusión a la gestión de asuntos o intereses ajenos, que pueden ser públicos o privados. Cuando nos referimos a la gestión de los asuntos públicos es cuando propiamente hablamos de “Administración”.

En un Estado Social y Democrático de Derecho se concibe la **Administración** como sujeto servidor de los intereses generales y responsable de los servicios públicos, dentro del respeto más absoluto a la ley. La CE de 1978 en su artículo 103 establece de forma clara y contundente cuál es la finalidad de la Administración Pública y los principios que deben regir su actividad: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”.

En el mismo sentido se pronuncia la LOFAGE que en su artículo 2 dispone: “*La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales (...)*”. Esa finalidad, la de servir con objetividad los intereses generales, pone de manifiesto el carácter medial de la Administración Pública, como aparato orgánico que existe porque es necesario llevar a cabo una actividad de servicio de aquellos intereses; objetividad que está completada por las garantías de legalidad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones⁴⁰. Esta objetividad e imparcialidad fue destacada por Max Weber⁴¹ como la característica esencial del perfil administrativo o burocrático del Estado moderno, y no

⁴⁰ Art. 103 CE: “2. *Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.* 3. *La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”.

⁴¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.: “*Delitos contra la Administración Pública*”. Bosch. Barcelona, 2008. p. 25.

parece que esté en contradicción con la potestad de dirección política de la Administración civil y militar que se atribuye al Gobierno.

Es el Gobierno quien dirige la política interior y exterior⁴², pero es indispensable para llevar a la práctica las directrices políticas una actividad de servicio de los intereses nacionales a los que se refieren aquellas decisiones. Es, por tanto, a través de la Administración, tanto en su organización como en su actividad, siendo este un complejo subordinado al Gobierno, el destinado a servir y ejecutar, estando regido por los preceptos y declaraciones que afectan a todos los poderes del Estado, puesto que la Administración forma parte de esos poderes. Por tanto, la alusión a la objetividad puede interpretarse como una actuación ajena al partidismo político, pero una interpretación más amplia determina la necesidad de que la actuación administrativa sea ajena a intereses particulares, políticos o de otra índole.

Está pues la Administración sujeta al principio de legalidad que establece con carácter general el artículo 9.1 de la CE: *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*, siendo sus actos susceptibles de control por los órganos jurisdiccionales, tal y como establece el artículo 106.1 de la CE: *“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifiquen”*.

En su actividad de servicio, la Administración⁴³ deberá además promover la existencia de las condiciones necesarias para que sean reales y efectivas la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos, así como facilitar la participación de los ciudadanos. Por otro lado, es interesante hacer una clasificación de las actividades que

⁴² Artículo 97 CE: *“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes.”*

⁴³ Artículo 9 CE: *“2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

la Administración puede llevar a cabo, en función de que ésta limite, favorezca o amplíe la esfera jurídica o patrimonial de las personas⁴⁴ :

- 1) Actividad de limitación, reguladora o imperativa. Comprende tanto la actividad normativa (reglamentos) como los actos de aplicación de las normas (prohibiciones, mandamientos, sometimiento a autorizaciones, etc.)
- 2) Actividad de fomento. El Estado ofrece a los particulares una serie de ventajas, pero supeditando su obtención a que aquéllos realicen determinadas actividades (premios, subvenciones, desgravaciones o exenciones fiscales, etc.)
- 3) Actividad de prestación de servicios públicos. Por ejemplo, la educación pública, la sanidad pública, suministro público de agua, transporte público, etc.
- 4) Actividad empresarial. Con ella la Administración produce, distribuye y/o comercializa en el mercado bienes o servicios.
- 5) Acción de planificación social y económica. Mediante esta actividad el Estado pretende prever, conformar y racionalizar de forma conjunta y sistemática tanto la actuación pública como la privada en un sector de realidad social o económica con el fin de atender de modo adecuado a las necesidades previsibles a medio y largo plazo.
- 6) Actividad arbitral. Cuando la Administración decide controversias o conflictos surgidos entre los ciudadanos sobre derechos o intereses privados o administrativos.

1.3 El funcionario público

Por otra parte, no podemos hablar de la Administración sin hablar del **funcionario público**, elemento esencial para la existencia y funcionamiento de los servicios públicos. La norma básica que regula el régimen jurídico de los funcionarios es el Estatuto EBEP cuyo objeto es, tal y como establece su artículo 1: “*establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación*”.

⁴⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A. “*Delitos contra...*”, op. cit. p. 28.

Y es su artículo 2, el que establece cuál es su ámbito de aplicación⁴⁵, “*teniendo carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación*”, y “*sus disposiciones sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal (art. 4): a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas. c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. d) Personal militar de las Fuerzas Armadas. e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. f) Personal retribuido por arancel. g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia. h) Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito*”.

Por otra parte, el artículo 8 del EBEP es el que da el concepto de **empleado público**: “*Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*”; y el mismo precepto los clasifica en funcionarios de carrera, interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual. Y el artículo 9 define al funcionario de carrera: “*Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”.

En cuanto a los fundamentos de actuación que deben presidir la actuación de todo servidor público, vienen establecidos en el artículo 1.3 del EBEP, y entre ellos destacamos los citados en las letras a), c) y e): servicio a los ciudadanos y a los intereses generales, sometimiento pleno a la ley y al Derecho, y objetividad, profesionalidad e

⁴⁵ Artículo 2.1 EBEP: “*Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:*

- *La Administración General del Estado.*
- *Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.*
- *Las Administraciones de las Entidades Locales.*
- *Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.*
- *Las Universidades Públicas*”.

imparcialidad. Emplea, por tanto, términos prácticamente idénticos que el artículo 103 de la CE al definir la finalidad y los principios de actuación de la Administración Pública.

Es en el Capítulo VI del Título III donde se recogen los deberes de los empleados públicos; deberes cuyo incumplimiento será, en muchos casos, el origen de conductas que integran los tipos penales que serán objeto de estudio en este trabajo. A continuación, a mi juicio enumero los más importantes para un correcto desempeño de la función pública y cuya vulneración traspasará en muchas ocasiones el ámbito administrativo convirtiéndose en conductas merecedoras de sanción penal:

Artículo 52: *“Los empleados públicos deberán desempeñar con **diligencia** las tareas que tengan asignadas y velar por los **intereses generales** con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: **objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres (...).***”

Artículo 53: *“1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico. 2. Su actuación perseguirá la **satisfacción de los intereses generales** de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, **al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.** 5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de interés con su puesto público. 7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas. 9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros. 10. Resolverán dentro de plazo los*

procedimientos o expedientes de su competencia. 11. Se abstendrán de conductas que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos. 12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”.

1.4 Concepto penal de funcionario y de autoridad pública

Este concepto viene recogido en el artículo 24 del CP: *“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.*

En el ámbito penal podemos estudiar al funcionario y a la autoridad pública desde dos puntos de vista: como víctima, en el caso, por ejemplo, del atentado, resistencia y desobediencia del artículos 550 y siguientes del CP⁴⁶; o como autor de delitos. Desde este último punto de vista trataremos a la autoridad y al funcionario

⁴⁶ Artículo 550 CP: *“Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas”.* Artículo 556 CP: *“Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.* En este punto, es importante tener en cuenta que el artículo 7.2 de la LOFCS establece que *“Cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de autoridad”.*

público, y más concretamente y como ya he mencionado anteriormente, como autor de delitos contra la Administración Pública.

Lo característico del concepto penal de **autoridad** es el hecho de tener mando o ejercer jurisdicción propia. “*Tener mando*” significa tener la facultad de disponer, la potestad de mandar o de ordenar, obligando con ello a otros ciudadanos, ostentando la capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público. Nuestra jurisprudencia viene considerando autoridad a los jueces, magistrados, fiscales, jueces de paz, ministros o alcaldes. Pero no considera autoridad a otras figuras como, por ejemplo, los tenientes de alcalde o los concejales, que no obstante, sí encajarían en el concepto de funcionario público, por lo que no se vería anulada la relevancia penal de los delitos cometidos por ellos, pues el propio CP prevé alternativamente como autor de los delitos que aquí nos interesan a la autoridad o al funcionario público.

Por su parte, el **concepto penal de funcionario público** es independiente de las categorías y definiciones que ofrece el Derecho Administrativo, pues de lo que se trata aquí es de proteger la función pública. Se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurren los dos requisitos que se deducen del propio artículo 24 del CP:

- 1) Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional, que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública
- 2) Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas por el artículo 24.2: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Es decir, es necesario un título que habilite para ese ejercicio. En el ámbito penal, el concepto de funcionario no requiere la nota de incorporación a la organización administrativa ni una vinculación permanente a la misma. No importan ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que sea, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario

ni el sistema de previsión, ni la estabilidad o temporalidad, resultando suficiente un contrato laboral⁴⁷ o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento.

Por tanto, dos notas caracterizan el concepto penal de funcionario público: a) es un concepto más amplio que el administrativo; b) es indiferente que sea interino o de plantilla⁴⁸: lo que define la condición de funcionario público es la participación en el ejercicio de las funciones públicas. Partiendo de esta idea, el Tribunal Supremo considera funcionario público, por citar algunos ejemplos, a: un farmacéutico de la Seguridad Social, el Director de un establecimiento penitenciario, el contratado fijo en el INE, el gerente de personal de un Ayuntamiento, o al Presidente de una corporación pública.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Uno de los problemas que se plantea en relación al título XIX del libro II del CP es determinar y definir el bien jurídico protegido a la vez que se determina si este es uno y el mismo para todos los del grupo, o si por el contrario, existe un bien jurídico protegido para cada delito en particular.

Encontramos en el delito de cohecho una multiplicidad de tipos penales, ya que su determinación no se reduce únicamente a el cohecho activo y pasivo, sino que dentro del mismo cohecho pasivo se plantea si el objeto jurídico es el mismo para el propio que para el impropio, o si por el contrario, ambos tipos responden a la lesión de dos bienes jurídicos diferentes.

2.1 La Constitución como marco de referencia

La Constitución Española de 1978 se ocupa extensamente de esta cuestión y dedica al poder legislativo el Título III, al ejecutivo (Gobierno y Administración) los Títulos IV y V, y al judicial el Título VI.

⁴⁷ STS 68/2003 (Sala de lo Penal) de 27 de enero.

⁴⁸ STS 1544/2004 (Sala de lo Penal) de 23 de diciembre.

Según lo expuesto en el artículo 103.1 CE, la Administración se ordena al servicio de los intereses generales sometiéndose plenamente a la ley y al derecho, y consagrando el principio de objetividad en cumplimiento de sus fines. Como vemos, en el último inciso del artículo 103.1 CE queda definido el principio de legalidad.

El artículo 103 de la Constitución concibe a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales, razón por la cual:

- a. Debe actuar de acuerdo a una serie de principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración...);
- b. Sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley;
- c. La ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, cabe deducir que, para garantizar esa satisfacción objetiva de los **intereses generales**, no basta que la actividad administrativa sea eficaz e idónea, sino que es necesario que se apliquen todos aquellos **instrumentos de control** aptos para **garantizar** la composición y la satisfacción óptima de los intereses expresados.

Y, según lo expuesto en el artículo 9 del texto constitucional, la Administración, además de llevar a cabo las tareas concretas indispensables, deberá promover la existencia de las condiciones necesarias para que sean reales y efectivas las libertades y la igualdad de los individuos.

2.2 La función pública como bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública

Una opinión consolidada de la doctrina y de la jurisprudencia (puesto de manifiesto por la **STS 872/2016, de 18 de noviembre**⁴⁹), es que el único interés

⁴⁹ La STS 872/2016, de 18 de noviembre relaciona el bien jurídico protegido con el **principio administrativo** de la siguiente forma: *“El bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de la administración pública y la correcta prestación de sus servicios, en desarrollo del principio administrativo, según el cual ningún funcionario público puede percibir emolumentos o gratificaciones por el cumplimiento de su función pública, ya que la actividad profesional funcionarial únicamente*

merecedor de tutela en este ámbito es “*el correcto funcionamiento de la Administración Pública*”, desde la perspectiva de los servicios que los poderes públicos prestan a la comunidad.

El bien jurídico común a todas las figuras delictivas contenidas en el Título XIX del libro II del CP, “*Delitos contra la Administración pública*”, es la función pública, y más concretamente los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado. No se trata de tutelar la administración como entidad, sino la actividad pública, los servicios que los distintos poderes prestan a los ciudadanos.

La agrupación formada bajo la genérica rubrica de “*Delitos contra la Administración pública*” supuso un avance sustancial hacia una nueva concepción de estos delitos, en el sentido de despojarlos de componentes éticos o morales, y de situar el centro del debate en el correcto desempeño de la actividad pública.

Interesa destacar que las conductas subsumibles en los delitos contra la Administración pública comprenden tanto los ataques a la actividad administrativa, en sentido estricto, como los dirigidos contra otras actividades públicas, la legislativa y, excepcionalmente, la judicial. Esta es la forma más adecuada, como vemos, de interpretar este conjunto de delitos, pues de lo contrario quedaría excluida, por ejemplo, la tutela penal la actividad legislativa.

La doctrina alemana sitúa en el núcleo del injusto de las distintas modalidades de soborno en el “*acuerdo injusto*”. Lo decisivo no es la obtención del acuerdo sino que el funcionario manifieste su corruptibilidad y el corruptor le invite o requiera a ello, con lo que la efectiva práctica de la acción objeto de remuneración no afecta al núcleo esencial del injusto. Por lo tanto, la doctrina mayoritaria alemana considera que el bien jurídico tutelado es la confianza de la colectividad en la incorruptibilidad y objetividad de los actos y decisiones de la administración, todo ello siempre con el fin necesario de salvaguardar el buen funcionamiento de la Administración.

puede ser remunerada con cargo a los presupuestos generales del Estado y demás corporaciones o entidades públicas”.

2.3 Bien jurídico protegido por el delito de cohecho.

El principio de imparcialidad como regla de comportamiento para la Administración se define como el **deber** que tiene esta de obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto de las interferencias de grupos de presión o fuerzas políticas, y muy especialmente respecto a los intereses privados del funcionario.

Como hemos deducido, tanto en el delito de cohecho activo como en el de cohecho pasivo y en consonancia con el bien jurídico protegido por los delitos recogidos en el Título XIX del Código Penal, el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública se nos presenta como un **bien jurídico medial** para alcanzar la tutela de un **derecho fundamental** como es la **igualdad** de todos los ciudadanos en la obtención de las prestaciones públicas, o lo que es lo mismo, la obligación de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos.

En consonancia con lo anterior y con la STS de 19 de mayo de 2011, el profesor MESTRE DELGADO sostiene que este delito supone un ataque a la imparcialidad y a la transparencia de la gestión pública, que constituye el asiento de la confianza de la sociedad en sus gestores⁵⁰. Esta pérdida de confianza se plasma ampliamente en la jurisprudencia, tomando como ejemplos conocidos las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona⁵¹ y Palma de Mallorca⁵², siendo los autores de sendos delitos de cohecho Jaume Matas Palou, ex presidente de las Islas Baleares, y José Luis Núñez

⁵⁰ MESTRE DELGADO, Esteban: *“Delitos contra la Administración Pública”* en Carmen Lamarca (coordinadora) *“Delitos. La parte especial del Derecho penal”*. Dykinson, S.L. 2016. p. 844.

⁵¹ SAP Barcelona 73/2008 expone, en relación a la trama que vinculaba al ex presidente del FC Barcelona cita lo siguiente: *“Era por tanto, una autentica trama de corrupción para defraudar al Estado Español, que ha minado las bases más elementales de su estructura económica, como es el sistema impositivo, y, la lealtad de los encargados de su control, que sin duda ha debido suponer, una gran pérdida de la confianza de los ciudadanos, en aquellos que administran su dinero, ciudadanos que han podido contemplar como los encargados de controlar la recaudación fiscal, se colocaron en el mercado del soborno y se aliaron con aquellos que, haciendo uso de su posición económica y social, pretendían, y así lo hicieron, enriquecerse, en última instancia a costa del resto de los ciudadanos”*.

⁵² SAP de Palma de Mallorca 2/2013 cita lo siguiente relativo a las consecuencias del delito de cohecho y definiéndolo de la siguiente forma: *“Delito de peligro abstracto porque protege la imagen del Estado de derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”*

Clemente, ex presidente del FC Barcelona, ambas personas de notoria relevancia pública.

2.3.1 El bien jurídico protegido en el delito de cohecho pasivo impropio

Una vez que afirmamos que el bien jurídico protegido es el mismo tanto para el delito de cohecho pasivo como activo, y que ambas modalidades constituyen indebidas injerencias en la imparcialidad de la actuación de los poderes públicos, nos centraremos en la figura del cohecho pasivo impropio.

Según la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, esta supone la modalidad más leve y menos censurable de todas las que componen nuestro delito, defienden que el bien jurídico protegido se encuentra en la integridad de la gestión administrativa en el principio de gratuidad de la función administrativa.

Importante, ¿Cuál es la diferencia entre el cohecho pasivo propio y el impropio? El elemento distintivo consiste en la clase de acto que se espera del funcionario. Así, mientras que en cohecho pasivo propio el acto llevado a cabo por el funcionario es contrario a las normas que disciplinan su ejercicio, siendo un acto de corrupción puro en el que la dádiva se obtiene como contraprestación de un acto injusto que, en muchas ocasiones constituye en sí un hecho delictivo. Por otro lado, en el cohecho pasivo impropio, el acto no es “justo” pero es propio del cargo, está permitido legalmente. Por lo tanto se puede decir que en el cohecho pasivo propio las intenciones consisten respectivamente en vender o comprar un servicio distinto al previsto por las normas, mientras que en el cohecho pasivo propio lo único que se pretende con el previo ofrecimiento del regalo o dádiva, es obtener un servicio al que se tiene derecho, eso sí, **de una manera privilegiada en comparación al resto** de los ciudadanos.

También, como veremos más adelante, para que la admisión de dádivas o regalos sea típica es necesario que estos sean de cierto valor o entidad y que, por lo tanto, sobrepasen lo que socialmente se califica como “regalos de cortesía”.

2.3.2 La imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho

En el ejercicio de la actividad administrativa y judicial, es necesario el respeto al principio de imparcialidad. Este necesario respeto se deriva directamente de las

previsiones constitucionales estudiadas anteriormente. La actividad administrativa no puede permitir influencias de intereses económicos, sociales o particulares ajenos o contrarios a los intereses generales, como por ejemplo el lucro privado, ya que la constitución reconoce el principio de independencia de la Administración.

En resumen, lo que propiamente se configura como objeto de tutela, como ya hemos dicho, es el **respeto del principio de imparcialidad**, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial. La afección al bien jurídico, no obstante, no debe tener idéntica valoración en uno u otro caso, ya que la imparcialidad solo puede predicarse de aquellos que deben y pueden adoptar una decisión. Aunque como principio de funcionamiento de una institución su respeto se hace extensivo no solo a aquellos que forman parte de ella, sino también a los que entablan cualquier tipo de relación con ella o sus miembros, de ahí que encontremos en el cohecho tanto la modalidad activa como la pasiva.

Para SANZ MULAS⁵³ el bien jurídico protegido en todos los delitos de corrupción es la imparcialidad de los funcionarios públicos. Cuando se lesiona, afecta directamente a uno de los principios constitucionales que debe regir el funcionamiento de las Administraciones públicas, como es el de objetividad.

El profesor MUÑOZ CONDE⁵⁴ distingue como bien jurídico protegido para el cohecho pasivo, el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario, mientras que para el cohecho activo sería el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales.

También hay que mencionar el concepto de bien jurídico en sentido amplio que adopta VALEIJE ÀLVAREZ⁵⁵, entendiendo que ha de ponerse de relieve “el servicio que los poderes públicos vienen obligados a ofrecer a la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico”. Este concepto abarca tres aspectos importantes: en primer lugar, el titular del

⁵³ SANZ MULAS, Nieves. Tema 7 “*La Policía y otras infracciones penales contra intereses colectivos*” en “*Manual de Práctica Penal y Procesal de Primer Curso de Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía*”. 2009, p. 270.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010 p. 1.019.

⁵⁵ VALEIJE ÀLVAREZ, Inmaculada. “*El tratamiento penal...*” op. cit, p.29.

bien no es la administración, sino los ciudadanos, en segundo término, utiliza poderes públicos, que es un concepto más amplio que el de Administración Pública, y en tercer y último lugar, se refiere al sometimiento a la constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico.

Entiendo que la Administración debe obrar con sustancial neutralidad y objetividad en relación con los intereses privados y que en el delito de cohecho este interés resulta ofendido cada vez que los órganos de la Administración, manteniendo relaciones o sufriendo influencias de los particulares, fuera de los casos permitidos por las leyes, someten, con ánimo de lucro, la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de fines privados incompatibles con los intereses generales **vulnerando los principios de objetividad e igualdad** de la prestación de los servicios públicos.

3. LA DÁDIVA, FAVOR O RETRIBUCIÓN DE CUALQUIER CLASE

La LO 5/2010, de 22 de junio, ha resuelto la polémica que existía en cuanto al carácter únicamente económico o no de la dádiva.

En contra de la opinión mayoritaria de la jurisprudencia y de la doctrina, entre ellos MUÑOZ CONDE ⁵⁶, que defendían únicamente el carácter económico, esta reforma ha introducido un concepto más amplio y coherente con las obligaciones internacionales de España en la materia, como por ejemplo las recomendaciones del informe de evaluación del año 2009 del GRECO, tal y como se expuso anteriormente en este trabajo.

En este sentido, el Convenio Penal sobre la Corrupción, de 27 de enero de 1999, del Consejo de Europa, utiliza la expresión “*ventaja indebida*” para referirse al provecho del funcionario. En la misma línea, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de Nueva York, del 31 de octubre de 2003, utiliza el término “*beneficio indebido*”. Beneficio o ventaja indebida son expresiones que van más allá de lo

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición. Tirant lo Blanch. 2010, p. 1.021.

estrictamente económico y que incluyen, por ejemplo, el **otorgamiento de honores y la promoción política o profesional**, ya sea con aumento de retribuciones o no.

La reforma utiliza en el cohecho pasivo propio del artículo 419 del CP la expresión *dádiva, favor o retribución de cualquier clase* a diferencia de *dádiva o presente* del artículo derogado. En cuanto a la introducción del término “*favor*”, según el Magistrado de la Audiencia Nacional Javier GÓMEZ BERMÚDEZ⁵⁷ no es del todo acertado. Hay que distinguir entre “favor” y “favorecimiento”.

El término “favor” es un referente de bondad en las relaciones humanas, e implica la realización de un bien sin que el otro lo pida y, sobre todo, sin que al hacerlo se produzca daño a tercero, el que hace el favor no espera contraprestación presente o futura alguna. Éste no es el concepto de favor que el código utiliza, sino como sinónimo de **favorecimiento** o corruptela, que se produce cuando alguien solicita de otro un acto menor que le beneficia sin ofrecer ni pedir el dador, en principio, contraprestación alguna.

A diferencia de la expresión *dádiva, favor o retribución de cualquier clase*, que utiliza como hemos visto en el cohecho pasivo propio, en el cohecho activo según la redacción del artículo 424 del CP, el legislador omite el término “favor”, incriminando al particular *que entregare dádiva o retribución de cualquier clase*. En este caso, la dádiva o retribución tiene un claro contenido económico a diferencia del pasivo, porque, como hemos analizado, un favor no tiene por qué tener un contenido económico, ni siquiera tiene que ser evaluable económicamente en determinados supuestos, problemas concursales al margen (véase el artículo 443, o 429 del CP).

Por lo tanto, como dice el profesor MESTRE DELGADO, el objeto material del delito (instrumento de la corrupción) ya no ha de tener un exclusivo contenido económico al sustituir la L.O. 5/2010 la expresión tradicional de “dadiva o presente” por la de “*dádiva, favor o retribución de cualquier clase*”⁵⁸ y por ello, según la doctrina dominante del Tribunal Supremo, la dádiva puede tener un contenido tanto económico

⁵⁷ GÓMEZ BERMÚDEZ, Javier. Ponencia “*Prevención y Sanción de la Corrupción Pública y Privada*” 2010, p. 134.

⁵⁸ MESTRE DELGADO, Esteban: “*Delitos. La parte...*” *op. cit.* p. 844.

como de otro tipo, como una ventaja, provecho o utilidad, pero susceptible de evaluación económica, tal y como lo expresa la SAP de Málaga 268/2013 de 6 de mayo⁵⁹.

En base a esto último, al utilizar la reforma de 2010 expresamente el término “*favor*” se ha ampliado el alcance del tipo del precepto, de modo que puede cubrir los supuestos en los que lo prometido o entregado sea un favor sexual, un título honorífico, pertenencia a alguna red o club social restringido, etc. Además, se ha sustituido en la L.O. 5/2010 la pena de multa proporcional por pena multa-día⁶⁰.

Por último, cabe mencionar que la cuantía de la dádiva o promesa debe ser **relevante**, en orden a motivar al funcionario en su actuación, y por otro lado es indiferente que la dádiva se perciba antes o después de realizado el hecho, siempre que haya sido pactada o solicitada con anterioridad a su realización. Debe de existir, por tanto, una **conexión causal** entre la dádiva y el acto a realizar.

Sin embargo, para evitar problemas de prueba se tipifica expresamente la obtención de recompensa por el acto ya realizado en el artículo 421 CP, lo que exime de tener que probar que se había pactado con anterioridad. No es típica pues, por el principio de insignificancia o inadecuación social, la entrega o solicitud de objetos de escasa valoración⁶¹; así, cuando el regalo obedece a una finalidad amistosa como bien se conoce, **de cortesía**; o como sostiene el profesor MESTRE DELGADO, cuando los usos sociales permiten excluir de la punición las pequeñas atenciones que se consideran propias de una relación amistosa o de buena vecindad⁶², tales como regalar cigarrillos, libros, medallas, artículos de publicidad, flores, participaciones de lotería...

⁵⁹ SAP de Málaga 268/2013 de 6 de mayo, en donde encontramos la comisión de un delito de cohecho continuado, quien prevaliéndose de su condición de Inspector Jefe de la Comisaria de Ronda, este permaneció varias horas dentro de un local consumiendo bebidas alcohólicas que luego no pagaba y estuvo entrando y saliendo a su antojo de las habitaciones que ocupaban las mujeres que allí ejercían la prostitución, sin ser remuneradas por sus servicios.

⁶⁰ MIR PUIG, Carlos: “*El delito de cohecho en la reforma del Código Penal*”. Diario La Ley, N°7603, Sección Doctrina. Editorial La Ley. 4 Abril 2011. p. 3.

⁶¹ MIR PUIG, Carlos: “*El delito de...*” op. cit, p. 4.

⁶² MESTRE DELGADO, Esteban: “*Delitos. La parte...*” op. cit. p. 847.

4. ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

Únicamente es punible la **comisión dolosa**. El funcionario debe ser consciente de la ilicitud de su conducta, siendo indiferente el móvil que le impulse a realizar la conducta tipificada, ya sea “en provecho propio o de un tercero”. El error de prohibición es irrelevante al recaer en una conducta dentro de su ámbito profesional. Por otro lado, tal y como dice el Profesor GARCIA VALDÉS, no concurre este tipo delictivo cuando lo que persigue el sujeto activo son beneficios para el erario público, y no para sí mismo o un tercero⁶³.

En definitiva, y a tenor de lo que sostiene el profesor MESTRE DELGADO, todos los delitos de cohecho se sancionan solo en su modalidad dolosa, siendo imposible la punición de la forma imprudente por la inexistencia de un tipo específico que así lo prevea, conforme a la exigencia del artículo 12 del Código Penal⁶⁴.

5. LA CONSUMACIÓN

Como se expuso al inicio, para la consumación del delito de cohecho, no es necesario que llegue a materializarse la entrega de la dádiva o que se haga efectiva la promesa ya acordada, tratándose de **un delito de mera actividad**. No obstante, determinadas Sentencias del Tribunal Supremo particularizan determinados casos en que, en base al rango de ejecución de los elementos objetivos del tipo, pudiera tratarse de un delito de resultado⁶⁵.

⁶³ GARCIA VALDES, Carlos; MESTRE DELGADO, Esteban; FIGUEROA NAVARRO, Carmen. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Manuales Edisofer. Madrid, 2011, p. 236.

⁶⁴ MESTRE DELGADO, Esteban: “*Delitos. La parte...*” *op. cit.* p. 847.

⁶⁵ La STS 185/2016, de 4 de marzo, cita textualmente que “*el delito de cohecho por acto injusto será de actividad o de resultado según no llegue a ejecutarse o se ejecute la contraprestación por parte del funcionario. Luego si se consigna como hecho probado por la audiencia que “los actos administrativos irregulares existieron por parte de los concejales procesados y a cambio percibieron las dádivas reflejadas en los archivos Maras” lo que se está describiendo es un delito de resultado y lo que es más importante una condicionalidad mutua prestación/contraprestación que tenía efecto. A este respecto es indiferente que se trate de una prestación de futuro o se vincule al pago de una contraprestación ya realizada, sin que ello suponga el tipo de cohecho de recompensa o subsiguiente, porque a diferencia de este último en el presente caso el medio comisivo supone ya originariamente la determinación de la*

A mi juicio, para la consumación es suficiente que el funcionario se dirija a alguien en solicitud de la dádiva, al margen de que se acepte o no. En el supuesto de que el funcionario sea sujeto pasivo del ofrecimiento, el delito se consuma con la aceptación o recepción de la dádiva; de esta forma, o la acepta, y entonces el delito se consuma, o no, y entonces sólo hay un cohecho activo consumado, el del particular.

Por ello, bajo mi punto de vista y en consonancia con VAILEJE ÁLVAREZ⁶⁶ y OLAIZOLA NOGALES⁶⁷, considero que **puede haber tentativa inacabada** en determinados casos, como por ejemplo la solicitud del funcionario que se haya transmitido a través de un intermediario o cuando, por cualquier causa, no llegue a su destinatario.

Así VAILEJE ÁLVAREZ defiende que existe tentativa cuando la declaración de voluntad del funcionario es transmitida por un tercero que no llega a ponerla en conocimiento del destinatario (por ejemplo porque denuncia el comportamiento del funcionario a la policía) o incluso en aquellos otros casos en que la misma declaración sufre algún tipo de interferencia antes de llegar a su destino (por ejemplo el secuestro de la carta que contiene la declaración), la autora sostiene que aunque existe un acto ejecutivo, éste no se corresponde formalmente con la conducta descrita en los correspondientes tipos de delito consumado (que requieren que se *solicite* y, por tanto, que se *emita* y que se *reciba*).

Por otra parte, para MUÑOZ CONDE⁶⁸, en la medida en que la solicitud haya sido hecha formalmente, existe ya consumación y ésta es la fase que hay que estimar cuando, por ejemplo, en el caso expuesto por las autoras, la solicitud es interceptada por la policía. Finalmente, para NIETO MARTÍN⁶⁹, en la consumación no hace falta cerrar

contraprestación subsiguiente. Se crea la predisposición del cohechado a actuar en favor de los intereses del cohechante o resuelve conforme a ello”.

⁶⁶ VAILEJE ÁLVAREZ, Inmaculada. “*El tratamiento penal...*”; op. cit, p. 240.

⁶⁷ OLAIZOLA NOGALES, Inés. “*El delito de...*” op. cit, p. 405.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Derecho Penal...*”, op. cit, p.1024.

⁶⁹ NIETO MARTÍN, Adán. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Editoriales Tecnos, 2010.

todos los pormenores del “contrato corrupto”, pudiendo quedar abiertos algunos detalles e incluso la cuantía de la dádiva o su concreta naturaleza.

Además, con carácter general se ha señalado, en sentencias como la STS de 2 de abril de 2009 o SAP de Palma de Mallorca 5/2016, de 21 de octubre que cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral del delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un **delito unilateral** que se consuma por la mera “solicitud” u “ofrecimiento” de la dádiva.

Así se deduce expresamente del texto legal (artículo 419 y concordantes del Código Penal) y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial que, sin que sea necesario para su consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento.

6. LA CORRUPCIÓN CONTINUADA

Es frecuente el delito continuado de cohecho. La corrupción más grave es la sistémica, en la que el funcionario y el particular, a través de una trama organizada, establecen una relación estable en el tiempo, con sucesivos pactos y entregas de contraprestaciones.

La STS 185/2016 de 4 de marzo enumera las características que tienen que tener los elementos objetivos del acto injusto del cohecho continuado en relación con una trama de corrupción urbanística que son extensibles a cualquier delito de cohecho continuado:

“a) se satisfacen durante un largo periodo de tiempo una pluralidad de dádivas a los concejales. B) a cambio de ello resuelven los procesos favorablemente los convenios, licencias y otros actos administrativos relacionados con el urbanismo que afectan directamente a los empresarios aportantes.

*En este caso cada dádiva implica un acto de cohecho típico y la agregación de ellas una **unidad jurídica de acción**, constituyendo un supuesto de continuidad delictiva”.*

Igualmente existe un delito continuado cuando el particular soborna a varios funcionarios públicos (corrupción activa) en el marco de una misma operación de corrupción. Un ejemplo de cohecho continuado lo tenemos en la conducta llevada a cabo por varios Policías Nacionales condenados en la SAP de Málaga 268/2013⁷⁰, de 6 de mayo, los cuales entraban y consumían bebidas y servicios de prostitución en clubs de alterne frecuentemente sin pagar en ninguna ocasión, y con la voluntad tácita de los dueños de dichos clubs de permitirles estos privilegios por su privilegiada posición de autoridad.

7. LA PARTICIPACIÓN DE TERCEROS EN EL PACTO CORRUPTO

Es indiferente que la dádiva o promesa suponga un enriquecimiento para el funcionario o para un tercero, por tanto cabe también cohecho cuando se hace una donación a un tercero, pariente, amigo o bien una organización o partido político.

7.1 La motivación altruista

Como se ha dicho anteriormente, la conducta no exige un enriquecimiento personal de la autoridad o funcionario público, la cuestión de fondo es la realización de la conducta quebrantando los deberes de servicio que la sociedad impone a los

⁷⁰ SAP de Málaga 268/2013 de 6 de mayo citaba textualmente que “Siendo los actos constitutivos de un delito continuado de cohecho previsto y penado en el artículo 426 y 74 del Código Penal, en la medida en que el mismo, prevaliéndose de su condición de Inspector Jefe de la Comisaria de Ronda, no es que se dejara invitar, sino que no había posibilidad de cobrarle las consumiciones que tomaba en el club “Malibú”, por su propia condición de Comisario, coadyudado por su acompañante, que ostentaba la condición de novio de una Juez; no abonando tampoco las consumiciones y servicios sexuales de los que disfrutaba en “Los Nogales”, también conocido por su condición de Comisario, que provocaba el natural temor en la dueña del Club, y ante sus empleadas, ante las represalias que aquel pudiera adoptar contra ella”

funcionarios, por tanto, como muestra el profesor MUÑOZ CONDE⁷¹ y la Sentencia del Tribunal Supremo número 361/1998 del 16 marzo⁷².

En todo caso, como delito de corrupción administrativa que es, y tal y como sostiene el profesor MESTRE DELGADO, el cohecho precisa que el funcionario o la autoridad obren con la finalidad de obtener un beneficio personal, propio o de tercero. Por ello, no concurre este delito como ya he explicado en el elemento subjetivo del tipo, cuando lo que persigue el sujeto activo son beneficios para el erario público, y no para sí o para un tercero⁷³, como también destacó la SAP de Valencia de 2 de diciembre de 1997⁷⁴.

7.2 Formas de participación en la corrupción:

- A. Participe en la mediación: “*por sí o por persona interpuesta*”. La petición, recepción y la aceptación pueden ser por persona interpuesta. Una tercera persona que actuaría con la finalidad de poner en contacto a las dos partes del “contrato”, respondiendo por ello a título de *cooperador necesario*.
- B. Participe en el beneficio: Consiste en la intervención del tercero diferente de las partes y que actúa como beneficiario de la ventaja indebida. Este supuesto revela

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Derecho Penal...*”, op. Cit, p. 1.021.

⁷² STS nº 361/1998, de 16 de marzo, en la que se condena por cohecho a un médico que utilizaba el dinero que recibía de un laboratorio privado en la adquisición de material informático, compra de libros y suscripciones a revistas científicas, todo con destino al departamento de endocrinología del hospital en que trabajaba, así como a gastos de asistencia a reuniones y congresos de su especialidad médica, tanto suyos como de otros facultativos de su equipo hospitalario. La sentencia dice textualmente: “ *El artículo 426 CP (actualmente 422 CP) protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley. Es evidente que esta imagen se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas por los particulares que se benefician de ellas, pues en tal caso se genera una impresión de venta de las mismas, que pone en duda la seriedad del ejercicio de la función pública*”.

⁷³ MESTRE DELGADO, Esteban: “*Delitos. La parte...*” op. cit. p. 844

⁷⁴ La SAP de Valencia de 2 de diciembre de 1997 absolvió de un delito de cohecho a un alcalde que propuso a los representantes de unas canteras que sufragaran parte de los gastos derivados del acondicionamiento del camino que conducía a las mismas, persiguiendo con ello ahorrar gastos al ayuntamiento.

aún mayor gravedad en el hecho porque dificulta la investigación. Por ejemplo, aquellos supuestos que el agente y el particular nunca llegan a encontrarse, todo es negociado por intermediarios y el beneficiario, e incluso, el origen último de la dádiva, son otros terceros.

Aparece de formas muy diversas:

- a. El intermediario en el beneficio que actúa como testaferrero u hombre de paja, y que concertado con el funcionario corrupto, desde antes de la consumación del delito, presta su colaboración para que oculte los bienes. Su calificación será la de ***cómplice o cooperador necesario***, según la importancia de la colaboración.
- b. El tercero que aparece simplemente como beneficiario.

En definitiva, sostengo a tenor de lo que señalan las STS de 14 de enero y 18 de octubre de 1994 (RJ 1994/ 114), de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9436) y 28 de marzo de 2001⁷⁵ (RJ 2001, 751) entre otras, que ni el texto del artículo 28 y 29 del Código Penal exigen que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices), en un delito especial propio (es decir, en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación), tengan la misma condición que el autor, por lo que **un individuo que no sea autoridad o funcionario público puede cometer el delito de cohecho como autor en alguna de sus modalidades**, ya que dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (del artículo 28, apartado primero del Código Penal), pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría (inducción y colaboración necesaria, artículo 28 del Código Penal, párrafo segundo, apartados a y b), o para la complicidad).

8. “NON BIS IN IDEM”

Una cuestión común a todos los delitos contra la Administración Pública es la referente a la doble sanción, penal y administrativa, que puede recaer sobre unos

⁷⁵ En la STS de 28 de marzo de 2001 el Tribunal condenó al acusado, que no era funcionario público, como cooperador necesario de un delito de cohecho pasivo impropio diciendo que “*el que no se pueda predicar la cualidad de funcionario público en este acusado no obsta a la declaración de su responsabilidad criminal en concepto distinto al de autor propio*”.

mismos hechos⁷⁶. Debemos tener en cuenta el principio de intervención mínima, que supone la exigibilidad del Derecho Penal sólo en supuestos de clara relevancia objetiva del bien jurídico protegido.

El Derecho Penal es el instrumento más poderoso con que cuenta el Estado para atajar las conductas asociales. Por ello se deben excluir de su regulación las conductas que, aun siendo antisociales, no atacan gravemente la convivencia ni la paz social. **El Derecho Penal debe ser para el Estado un arma subsidiaria, la “última ratio”**. Deben preferirse antes sanciones no penales, como las civiles o administrativas. Aquellas actuaciones que puedan controlarse desde otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho Civil, Mercantil o Administrativo, no deben pasar al Derecho Penal. Sólo cuando esos medios sean insuficientes estará legitimado el recurso a la sanción penal.

Y es precisamente en estos casos, en los que la comisión de alguno de los delitos que aquí nos interesan comporta al mismo tiempo incurrir en responsabilidad criminal y disciplinaria, cuando hay muchas posibilidades de vulnerar **el principio “non bis in idem”**, si se impone al funcionario una pena y una sanción administrativa por unos mismos hechos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en diferentes resoluciones, ha declarado la compatibilidad de ambas sanciones, cuando, además de constituir delito la conducta del funcionario, afecte al servicio público que presta; eso sí, ha establecido la prioridad de los Tribunales de Justicia sobre la Administración, al manifestar que ésta no puede actuar mientras no lo hagan aquéllos ni apartarse de sus planteamientos fácticos (STC 2/1981 y 77/1983).

La compatibilidad de sanciones puede aceptarse siempre que la penal y administrativa traigan causa distinta por responder a diferentes desvalores, a lesiones de bienes jurídicos no coincidentes.

⁷⁶ El EBEP dispone en su artículo 94.1 que *“Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones cometidas por el personal a su servicio (...) cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”*.

9. LA AMPLIACIÓN DEL SUJETO A LAS PERSONAS JURÍDICAS. ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO PENAL

El delito de cohecho es uno de los que pueden ser atribuidos penalmente a una persona jurídica. La responsabilidad penal directa de las personas jurídicas es introducida con la reforma operada por la LO 5/2010 y remodelada por la LO 7/2012 (donde se añaden partidos políticos y sindicatos como personas jurídicas cuya conducta es subsumible dentro de los delitos de corrupción) y por la reciente LO 1/2015. El artículo 427 bis, incorporado al Código por la LO 1/2015, prevé que una persona jurídica pueda ser también autora de un delito de cohecho.

Como característica más notoria encontramos la pena de multa prevista, que sigue el sistema de multa proporcional, teniendo en cuenta como punto de referencia el beneficio obtenido por la persona jurídica. Por lo tanto, y tal y como expone BLANCO CORDERO⁷⁷, las personas jurídicas responsables deben obtener algún beneficio del mismo, y este ha de ser valorable económicamente (ya que de momento en este ámbito no se admiten ventajas sin valor económico).

Cabe citar aquel grupo de **personas jurídicas exentas de responsabilidad** como bien expone el artículo 31 *quinquies* del Código Penal, se entienden en la línea de la explicación del profesor MESTRE DELGADO diciendo que éstas solo podrán entenderse en su forma activa⁷⁸: “*Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*”. Además, el apartado dos del artículo anterior menciona la limitada exigencia penal de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Debe entenderse en su forma activa, ya que, conforme establece el artículo 31 *quinquies*, las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

⁷⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. “*La reforma de los delitos de corrupción mediante la L.O. 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas*”. Diario La Ley, Nº 7534, Editorial La Ley, 23 de diciembre de 2010, p. 8.

⁷⁸ MESTRE DELGADO, Esteban: “*Delitos. La parte...*” *op. cit.* p. 848.

no son aplicables al Estado ni a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, ni a los organismos reguladores, ni a las agencias y entidades públicas empresariales, ni a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a cualquier otra que ejerza potestades públicas de soberanía o administración.

VI. COHECHOS PASIVOS

Se **simplifica** enormemente el delito de cohecho pasivo con la reforma orquestada por la LO 5/2010. La conducta típica, en todas sus modalidades, consiste en recibir, solicitar o aceptar ofrecimiento o promesa. Igualmente se reducen notablemente los comportamientos funcionariales realizados o perseguidos: por un lado, el supuesto más grave es el que tiene como objeto del acuerdo un «*acto contrario a los deberes inherentes*» al cargo o la no realización o retraso injustificado del acto que debiera practicar (artículo 419); y, por otro, el que tiene como referencia el «*acto propio de su cargo*» (artículo 420).

El **cohecho propio** se refiere al comportamiento del funcionario consistente en un acto contrario a los deberes inherentes al cargo. Se distinguen dos tipos: cohecho propio activo y cohecho propio pasivo. La diferencia entre ambos ya se ha expuesto anteriormente en éste trabajo, esto es, dependiendo del sujeto del que parta la iniciativa. En el pasivo el funcionario o autoridad solicita o acepta su soborno mientras que en el activo el particular es quien corrompe o acepta la propuesta de la autoridad o funcionario.

1. COHECHO PASIVO PROPIO, ARTÍCULO 419:

*«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa **para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro***

meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.»

1.1 Elementos objetivos del tipo

1.1.1 Conducta Típica

Son conductas típicas «**solicitar**» o «**recibir**» dádiva, favor o retribución de cualquier clase, así como «**aceptar**» ofrecimiento o promesa «*en provecho propio o de un tercero*». Ejemplo evidente de la acción de solicitar la encontramos en la SAP de Palma de Mallorca 2/2013, de 11 de diciembre (caso de Jaume Matas Palou)⁷⁹.

Esta es la figura más grave en relación con el contenido del pacto, consistiendo en la realización en el ejercicio del cargo de un acto contrario a los deberes inherentes a dicho cargo. Los otros dos objetos del pacto a que hace mención este precepto (*no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar*), no son sino ejemplos del acto contrario a los deberes del cargo, teniendo en la sentencia de 2 de junio de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Granada un buen ejemplo de la aplicabilidad de esta infracción⁸⁰.

Con la reforma operada mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, se ha superado la formulación anterior donde se distinguían dos supuestos: el primero consistía en que el acto fuese delictivo en sí mismo, y el segundo que simplemente fuera ilegal. La

⁷⁹ La SAP de Palma de Mallorca 2/2013, de 11 de diciembre dice textualmente que “*La acción consistió en solicitar y obtener un regalo de un empresario de la isla que accedió a ello por sentirse comprometido y presionado por el Presidente. La redacción y firma de un contrato de trabajo, el alta en la seguridad social y la entrega de hojas salariales mensuales, no son otra cosa que el intento de ocultar la donación dándole cobertura legal*”.

⁸⁰ En la STSJ de Granada de 2 de junio del 2000 se condenó a un concejal que solicitó dinero al propietario de un local con la promesa implícita de abstenerse de impulsar la actividad sancionadora del Ayuntamiento por el alto volumen de ruidos procedentes del local, por lo que aquel había recibido ya numerosas denuncias. Esta abstención de la conducta debida, en aplicación de los deberes propios de su cargo, y por causa de la retribución solicitada,

reforma unifica y simplifica ambas conductas; es decir, se produce una equiparación de los supuestos en los que el acto objeto del mismo es constitutivo de delito o de mera ilegalidad administrativa.

Según el profesor NIETO MARTÍN⁸¹ podríamos distinguir dos supuestos contrarios a los deberes del cargo:

1. Los que se corresponden con la formulación que los delitos de corrupción tenían antes de la reforma operada por la LO 5/2010, es decir aquellos en que el **acto** que ofrece o que se pretende del funcionario es **ilícito**, es decir, **contrario a una norma jurídica** de cualquier rango. En estos casos existe indubitadamente un delito de cohecho propio.
2. El segundo grupo de actos es cuando la conducta que se pretende del funcionario no puede objetivamente considerarse contrario a derecho, sino que se trata de un **comportamiento u omisión** que constituye una decisión política (por ejemplo presentar una determinada propuesta de ley, votarla, decidir si se hace o no una carretera) o un comportamiento discrecional (por ejemplo recetar un medicamento, aprobar o suspender a un alumno en una oposición o decidir la adjudicación de una obra pública).

Así, se ha resuelto la problemática que planteaba la inclusión en esta forma grave de cohecho las decisiones de naturaleza política, lo que se ha denominado **“transfuguismo retribuido”**. Para RODRÍGUEZ PUERTA⁸², la adopción por el funcionario de un acto de este tipo (por ejemplo votar a favor o en contra de una moción de censura, de una modificación del plan urbanístico o cambiar de partido político, etc....) a cambio de una ventaja, planteaba problemas de subsunción, al referirse los anteriores artículos 419 y 420 del CP a actos injustos.

En estos casos, la actividad comprometida por el funcionario se convertía en injusta precisamente por estar causalmente vinculada a la obtención de la ventaja. La

⁸¹ NIETO MARTÍN, Adán. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Editoriales Tecnos, 2010 p.759.

⁸² RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Modificaciones en materia de cohecho. Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant Lo Blanch, p. 469.

caracterización de estos supuestos como formas de cohecho grave (cohecho propio) será ahora más fácilmente argumentable al no requerir el artículo actual 419 del CP que el acto objeto del cohecho sea injusto sino únicamente *contrario a los deberes inherentes al cargo*.

1.1.2 Realización en el ejercicio del cargo

El tipo señala expresamente que el acto contrario al cargo debe realizarse en el ejercicio de éste. Por ello, resultan atípicas las actividades privadas que pueda realizar el funcionario, aunque sean contrarias al deber del cargo. En esta línea el profesor QUERALT JIMÉNEZ⁸³ manifiesta que si el acto nada tiene que ver con el cargo, no se produce el cohecho porque ningún desvío de la función pública ha tenido lugar (STS 28-01-2003).

Cuando el funcionario no tenga atribuciones o competencias sobre el acto, habrá estafa y /o tráfico de influencias, si solicita la remuneración con el pretexto de tener unas relaciones que realmente no tiene, o una participación en cohecho, si el funcionario interviene como persona intermedia para sobornar a otro funcionario. Sea como fuere, el ejercicio del cargo es un concepto más estricto que el “*relacionado con el ejercicio de sus funciones*”, lo que se compra o vende es un acto que pertenece intrínsecamente a la actividad que el funcionario realiza como parte de sus funciones, como el Alcalde que solicita cantidades de dinero por la agilización de licencias urbanísticas⁸⁴.

Ahora bien, el tipo puede ser realizado «*por sí o por persona interpuesta*». Cabe la participación de un **extraneus**⁸⁵ (así, el inductor, el intermediario o persona interpuesta, y quienes realizan toda clase de actos de participación en el delito de cohecho) en cuyo caso es de aplicación el artículo 65.3 del Código Penal y podrán los jueces imponer la pena inferior en grado [STS de 10 de junio de 2005 (Rec. 2535/2003)]. Pero no son partícipes de este delito —ni de los de los artículos 420 a

⁸³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español. Parte Especial*. Sexta edición. Editorial Aterir, 2010, p. 1.162.

⁸⁴ STS de 21 de mayo de 2007.

⁸⁵ MIR PUIG, Carlos: “*El delito de cohecho...*”, op. cit, p. 7.

422— los particulares a los que se refieren los artículos 424 y 425, pues en ellos ya se tipifica su conducta como autores (cohecho activo).

Por último, según sea la cualidad del acto relativo al cargo de la autoridad o funcionario que se realiza, propone o acepta, así será la pena aplicable.

1.2 Elementos subjetivos del tipo

El presente delito de cohecho solo puede cometerse dolosamente, por dolo directo o dolo eventual ya que tal y como expone el precepto, la acción ha de llevarse a cabo “*en beneficio propio o de un tercero*”, por lo que no cabe la forma imprudente. El sujeto debe conocer todos los elementos integrantes del tipo.

1.3 Consumación

Como hemos expuesto, se trata de un **delito de mera actividad** y, por tanto, no es necesario que llegue a materializarse la entrega de la dádiva o que se haga efectiva la promesa, ya acordadas, basta con solicitar o aceptar (de ello deriva la naturaleza unilateral de este delito, tal como expone el profesor MIR PUIG). Por lo tanto, la consumación del delito no depende de la realización del acto contrario al deber por parte del funcionario, siendo necesario que la contrariedad al deber deba analizarse en el momento de la consumación (el de la solicitud o aceptación). Si en éste momento no puede determinarse si el acto a realizar por el funcionario es o no contrario a deber, de acuerdo **al principio in dubio pro reo** debe de aplicarse el delito de cohecho impropio. De consumarse, se castigaría como concurso de delitos, tal y como veremos en el siguiente apartado.

Al tratarse de un delito de mera actividad, como ya he expuesto anteriormente, es posible la **tentativa**; así cuando, efectuada la solicitud de la dádiva por el funcionario por ejemplo en una carta, ésta no llega a ser conocida por el destinatario, al haberse perdido o haber sido interceptada por un tercero. También cabe el **desistimiento voluntario** si el funcionario que ha entregado la carta de solicitud a un intermediario luego le pide que se le devuelva antes de entregársela al destinatario, respondiendo el desistimiento a la no racionalidad del delincuente.

1.4 Supuesto especial de agente provocador

Como expone el profesor MIR PUIG⁸⁶, en el supuesto del agente provocador, por ejemplo, del policía encubierto que ante la sospecha de que un funcionario es corrupto le ofrece a éste una dádiva para cometer un acto constitutivo de delito dentro del ejercicio del cargo, que acepta, el funcionario de policía no cometerá ningún delito de cohecho activo por **falta de antijuridicidad material**, pues su conducta no va dirigida a perturbar las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración, sino a evitar que se perturben, o por concurrir una causa de justificación, el cumplimiento del deber (artículo 20.7) o estado de necesidad (artículo 20.5).

En cambio, el sujeto provocado, el funcionario que admite la dádiva para cometer un acto constitutivo de delito del ejercicio del cargo, cometerá un delito consumado de cohecho del artículo 419 (al ser un delito de consumación anticipada o de peligro abstracto).

1.5 Concursos de delitos

Cobra importancia cuando la realización del comportamiento por parte del funcionario público es **constitutivo de delito**, ya que entrará en **concurso real** con el cohecho en aplicación directa del último inciso de artículo 419 CP que dice: *“sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”*. No obstante, también cabría el **concurso medial** en determinadas situaciones en las que es necesaria la realización del cohecho para la comisión de un segundo delito a través de la actuación del funcionario o autoridad.

En cuanto a la omisión o retraso, esta modalidad puede entrar en concurso real con el artículo 408 del CP: *“La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”*.

⁸⁶ MIR PUIG, Carlos: *“El delito de cohecho...”*, op. cit. p. 9.

Ciertamente, y por lo general, la realización de un acto contrario a los deberes del cargo puede ser constitutivo de algunos de los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos (prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos, revelación de secretos, etcétera), pero también puede ser un ilícito administrativo, en cuyo caso queda también subsistente la posibilidad de una sanción administrativa.

En cuanto a la *responsabilidad del particular que induce al funcionario* a realizar un acto constitutivo de delito, el particular responderá como partícipe en el delito cometido por el funcionario, siempre que tenga conciencia del carácter delictivo del hecho al que induce.

1.6 Pena

Con la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 **se incrementa el límite mínimo de la pena de privación de libertad**, que será de tres a seis años —en el anterior art. 419 era dos años—, con lo que se impide, en principio, la suspensión de la ejecución de la pena o la sustitución de la pena de prisión contemplada en art. 88 CP.

La multa se establece en 12 a 24 meses, con lo que **deja de ser proporcional al valor de la dádiva**. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público se mantiene por tiempo de 7 a 12 años que establece el precepto.

La reciente reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, lleva a cabo un **aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial** para empleo o cargo público y se añade otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Así quedan reflejadas las penas del delito de cobhecho en la actualidad:

PRISION	3 a 6 años
MULTA	12 a 24 meses

INHABILITACION ESPECIAL

- Empleo o cargo público y,
 - Para el ejercicio de sufragio pasivo por tiempo de 9 a 12 años.
-

2. COHECHO PASIVO IMPROPIO. ARTÍCULO 420

Al cohecho pasivo impropio hace referencia el **artículo 420** del Código Penal:

*«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, **recibiere o solicitare**, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o **acceptare** ofrecimiento o promesa para realizar **un acto propio de su cargo**, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.»*

2.1 Elementos objetivos del tipo

El artículo 420 regula un delito de cohecho **pasivo impropio y cohecho antecedente**, según la doctrina mayoritaria, pues se pacta una dádiva con la finalidad de realizar el funcionario en el futuro un acto propio del cargo, siendo indiferente si la dádiva, favor o retribución de cualquier clase se efectúa antes o después de dicho acto, pero no un cohecho subsiguiente, consistente en que la dádiva se dé como recompensa de un acto injusto ya realizado sin previo pacto, lo que se castiga ahora en el artículo 421 en relación con el artículo 420.

Como dice el profesor MIR PUIG⁸⁷, el presente artículo **es de menor gravedad que el artículo 419, pero guarda similitud con éste** por contener elementos comunes, como las modalidades típicas de solicitar y recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o de aceptar ofrecimiento o promesa, y el elemento subjetivo del injusto de «*en provecho propio o de un tercero*», así como que el sujeto debe ser un funcionario

⁸⁷ MIR PUIG, Carlos: “*El delito de cohecho...*”, op. cit, p. 11.

público o autoridad, que puede actuar, igualmente, por sí o por persona interpuesta (dicha persona interpuesta cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en la acción delictiva es partícipe en el delito de cohecho).

En el cohecho impropio el pacto corrupto tiene como objeto **“un acto propio del cargo”** y, por tanto, perfectamente lícito, pero lo que se castiga aquí es el hecho de recibir o solicitar una recompensa económica a la que no se tiene derecho, siendo ejemplo de ello la conducta llevada a cabo por la Alcaldesa de La Poble de Farnals en Valencia que condena la STS 872/2016, de 18 de noviembre⁸⁸.

Siguiendo a RODRÍGUEZ PUERTA⁸⁹, con este tipo se trata de dar cabida a situaciones en las que la autoridad o el funcionario público se comprometen, a cambio de una ventaja, a adoptar un acto propio del cargo cuya valoración en términos de legalidad no conculca el derecho administrativo aplicable al sector de actividad del que se trate.

El concepto de acto propio del cargo permite abarcar actuaciones administraciones tanto de naturaleza reglada como discrecional. Ejemplo de ello son las conductas en las que se pretende agilizar un procedimiento administrativo o determinados trámites. Aunque puede resultar paradójico que se sancione a quien paga al funcionario por hacer lo que tiene que hacer, la corrupción propia tiene una lesividad considerable. La LO 5/2010 deja claro que en este supuesto se castiga tanto al funcionario público (cohecho impropio pasivo: artículo 419 del Código Penal) como al particular (cohecho impropio activo: artículo 424 del Código Penal).

⁸⁸ La STS 872/2016, de 18 de noviembre, sostiene que *“El cohecho cometido por la funcionaria constituida en autoridad (alcaldesa) doctrinalmente se viene considerando como cohecho pasivo impropio en tanto en cuanto el acto realizado fruto de la dádiva no es ilícito ni constituye delito, sino que por el contrario es un acto propio de su cargo que no debe ser retribuido”*.

⁸⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *“Modificaciones en materia...”* op. cit, p. 469.

2.2 Elementos subjetivos del tipo

Como en el cohecho pasivo impropio, cabe la tentativa e incluso el desistimiento voluntario. Se trata igualmente de un tipo doloso, que puede cometerse por dolo directo o eventual. El sujeto debe conocer todos los elementos integrantes del tipo objetivo y es un elemento subjetivo del injusto la alocución «*en provecho propio o de un tercero*».

2.3 Consumación

Se **consume** con solicitar o recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase (es un delito de mera actividad) aunque el acto propio del cargo no se realice, entendiéndose por acto propio del cargo todo acto (actuaciones administrativas tanto de naturaleza reglada como discrecional) conforme a Derecho.

2.4 Pena

Las reformas operadas por la LO 5/2010 y LO 1/2015 suponen un **incremento punitivo** muy notable, pues ahora se castiga el comportamiento del actual del artículo 420 del Código Penal con la aplicación de *la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años*.

La LO 5/2010, al retocar la pena, pasando de multa proporcional a multa por días, trastocó, con acierto, la regulación del cohecho pasivo y activo y agravó la pena privativa de libertad. Por otro lado, la L.O. 1/2015 nuevamente, al igual que hiciera con el artículo 419, lleva a cabo un aumento en la pena de la inhabilitación especial y añade inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, tal y como expone el siguiente esquema, las penas actualmente para este delito son:

PRISIÓN	2 a 4 años
MULTA	12 a 24 meses

INHABILITACION ESPECIAL

- Empleo o cargo público y,
 - Para el ejercicio de sufragio pasivo por tiempo de 5 a 9 años.
-

Según MUÑOZ CONDE⁹⁰, la pena puede ser excesiva, si además no hay ningún perjuicio para la Administración, ni para el particular. Personalmente, creo que la pena es la idónea, y que la administración y el particular quedan lo suficientemente dañados por la conducta del funcionario como para justificar la sanción impuesta, ya que el funcionario con su actividad desacredita la organización a la que representa y causa daños directos al resto de los ciudadanos que pasan a ser de segunda categoría al no plegarse a las conductas corruptas del funcionario, sufriendo por ello un trato diferente que atenta contra el principio de igualdad como principio básico del Estado de Derecho.

Piénsese, por ejemplo, en el mundo empresarial: conceder una licencia de obra a un promotor antes que a otros empresarios del sector puede significar una ventaja competitiva muy importante, al poner en el mercado las viviendas en un plazo inferior al promotor de la competencia que sigue los procedimientos habituales⁹¹.

3. COHECHO PASIVO SUBSIGUIENTE O DE RECOMPENSA. ARTÍCULO 421

Recordando que el **artículo 421** no ha sufrido modificación en la última reforma del Código Penal, sigue determinado de la siguiente manera:

“Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos”.

⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal...”, op. cit. p. 198.

⁹¹ Véase la STS de 21 de mayo de 2007, sobre la solicitud de un Alcalde de cantidad de dinero por la agilización de una licencia urbanística.

El artículo 421 castiga de manera autónoma los cohechos pasivos subsiguientes o de recompensa relativos al artículo 419 y al artículo 420, **imponiendo las mismas penas establecidas respectivamente en los mismos para los cohechos pasivos antecedentes.**

El cohecho subsiguiente se caracteriza por que existe una **desvinculación entre la recepción de la dádiva, favor o retribución al funcionario y el acto oficial efectuado** por el mismo⁹², con anterioridad a dicha recepción, sin que la misma haya sido acordada de antemano por un acuerdo previo. La conducta típica consiste en **recibir una ventaja con posterioridad a la toma de decisión**, es decir, una vez adoptado el acto del cargo. Se recompensa al funcionario sin que haya mediado una solicitud o acuerdo previo.

No obstante, lo que parece haber querido evitar el legislador al mantener el cohecho subsiguiente es la impunidad, o la imposición de una sanción poco grave, en aquellos casos en los que no logra probarse que hubo un acuerdo previo, pero sí que el funcionario recibió una ventaja después de la efectiva adopción del acto, tal y como expone RODRÍGUEZ PUERTA⁹³. El mencionado Informe de evaluación de GRECO señala que en la tipificación de los cohechos subsiguientes «el Código penal español va más allá de lo exigido por el Convenio».

La conducta típica consiste, por tanto, en recibir una ventaja con **posterioridad** a la toma de decisión, es decir, una vez adoptado el acto propio del cargo.

Como afirma NIETO MARTÍN⁹⁴, la figura del cohecho subsiguiente atiende sobre todo a problemas de prueba. Probada la existencia del acto y la recompensa, en ocasiones no es posible demostrar que existió previamente un acuerdo entre el funcionario y el particular, por lo que el cohecho subsiguiente se aplica cuando el “*acuerdo*” o la solicitud del mismo aparece una vez que el funcionario por su cuenta y riesgo ha realizado ya el acto que después se recompensa. El Código Penal ha olvidado sancionar los casos de cohecho subsiguiente realizados por el particular, hecho que

⁹² MIR PUIG, Carlos: “*El delito de cohecho...*”, op. cit. p. 11.

⁹³ RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “*Modificaciones en materia...*”, op. cit. p. 476.

⁹⁴ NIETO MARTÍN, Adán. “*Nociones Fundamentales...*”, op. cit. p.763.

puede subsanarse aplicando el cohecho impropio al particular, pues siempre habrá la entrega de una ventaja en atención al cargo.

Según MUÑOZ CONDE ⁹⁵, esta tipificación es innecesaria, ya que la recompensa es una consecuencia de la promesa, expresa o tácita, que se le hizo al funcionario antes de la realización del acto, el hecho entra dentro de las previsiones típicas de los artículos 419 y 420; y si no puede probarse esta relación, difícilmente puede hablarse de cohecho, por más que la recompensa pueda ser chocante e indicio de algún acto de favorecimiento que el funcionario pudo haber realizado antes a favor del particular.

En todo caso, la recompensa “*encubierta*” dada en forma de dádiva o regalo, como por ejemplo un viaje al Caribe, en consideración a su cargo o función, constituye el delito previsto en el artículo 422 del CP. Ciertamente, esta forma de corrupción es un tanto controvertida, en la que no se compra la actividad pública, sino que **se sanciona el indebido cobro de honorarios por parte del funcionario**. En realidad, lo que parece haber querido evitar el legislador, al mantener el cohecho subsiguiente, es la impunidad o la imposición de una sanción poco grave, en aquellos casos en lo que no logra probarse que hubo un acuerdo previo, pero sí que el funcionario recibió una ventaja después de la efectiva adopción del acto (justo o injusto).

4. COHECHO DE FACILITACION. ARTÍCULO 422

El **artículo 422** del Código Penal propone un nuevo tipo de cohecho o como denomina RODRÍGUEZ PUERTA⁹⁶ “*cohecho de facilitación*”, en el que se persigue la gratificación del funcionario sin vinculación con acto alguno, posiblemente para tenerlo en buena disposición. El artículo 422 se expone de la siguiente manera:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Derecho Penal...*”, op. cit, p.1022.

⁹⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “*Comentarios a la Reforma...*”, op. cit, p. 470.

prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”.

4.1 Elementos objetivos del tipo

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁹⁷ establece los requisitos del cohecho pasivo impropio en su modalidad de facilitación: *“Es preciso, en consecuencia, que concurran una serie de elementos para la afirmación del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario”.*

4.1.1 *La necesidad de un **enlace causal** entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor.*

Esta pauta ha sido también expresada por la jurisprudencia. Así la STS 30/1994, de 21 de enero, precisa que *“...el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla”.*

4.1.2 *El comportamiento típico hace referencia a la admisión de **dádiva o regalo por parte del funcionario público***

A efectos penales se considerarán la dádiva o retribución que le sean ofrecidos en consideración a su cargo o función, es decir, **en atención no a un acto concreto** de su cargo, **sino a la generalidad** de actos propios de su función.

⁹⁷ STS de 13 de junio de 2008.

4.1.3 El ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo.

El funcionario en su ejercicio no debe admitir del particular ningún tipo de contraprestación económica, ni siquiera indirecta, y en el delito en cuestión no es necesario demostrar la existencia de vínculo alguno entre el regalo y un determinado acto futuro en el ejercicio de la función o el cargo. De otra parte, es curioso que resulte impune la solicitud por parte del funcionario, aunque para el tipo es irrelevante que el sujeto activo lo pida, basta con que lo reciba.

Según el Tribunal Supremo, el término “*desempeño de su función*” debe entenderse en sentido amplio, incluyendo el círculo de influencia que puede desplegar potencialmente el titular de la función⁹⁸. Es un término más amplio que el del ejercicio del cargo de los delitos de cohecho propio o impropio. Es decir, dentro de la función del cargo habría que atender también a la capacidad de influencia que tiene el cargo público sobre la Administración. Modificando levemente lo antes expuesto, si fuese “en consideración a su función” se debería interpretar en el sentido de que por la posición que el cargo público que desempeña le otorgaba le ha sido ofrecida la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no hubiese hecho el ofrecimiento⁹⁹

A través de este precepto se pretende reprimir los obsequios hechos al funcionario público, no como premio explícito a un acto anterior al cargo, sino en general como **forma de captar su favor** o para predisponer su ánimo a favor del donante en el ejercicio futuro de su profesión.

De todas formas no es preciso indagar en el delito de aceptación de regalos la intención que persigue el particular agasajando al funcionario. El “*plan de autor*” no forma parte del tipo. De hecho, si se probara que el regalo se entrega para un determinado acto, habría que pensar en aplicar el cohecho propio, el impropio o, en otras ocasiones, la figura del tráfico de influencias.

⁹⁸ STS de 18 de mayo de 2010, “*Caso Camps*”.

⁹⁹ STS 188/1994, de 2 de febrero.

Siguiendo a NIETO MARTÍN¹⁰⁰, la necesidad de castigar esta conducta viene de lo que en la criminología se denomina como “**ceba**” del funcionario público. La empresa que hace regalos de considerable nivel a un funcionario, que éste acepta, sabe que llegado el momento, lo tendrá de su lado.

4.1.4 Regalos de cortesía comúnmente aceptados

No obstante, dentro de los usos sociales, sobre todo en comunidades pequeñas, se suelen ofrecer al funcionario algún tipo de regalo. Estas dádivas o regalos no deben pasar de cuantías moderadas, o de lo que en los usos sociales se considere relación amistosa, atendiendo a la zona geográfica y al carácter de sus gentes, donde el **artículo 422 no debe ser aplicado**, por más que el regalo se realice en consideración a su cargo o función. Si el regalo es poco significativo, y se obra como agradecimiento, puede considerarse impune, y es que, lamentablemente, todavía existe una cierta actitud social tendente a agasajar a los funcionarios, y por tanto fuente de conflictos y corrupción.

El problema se plantea cuando estas **dádivas o regalos exceden de lo que se considera “adecuado socialmente”**. No es lo mismo las anchoas del señor Revilla al señor Zapatero, que pasar el funcionario con su familia las vacaciones en el Hotel del favorecido o invitarles a un crucero.

Aunque estos regalos no fueran de la entidad suficiente como para mover la voluntad del funcionario a conceder sus favores, la habitualidad de este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que actúa el funcionario corroe la honestidad e integridad profesional del mismo, actuando, como ilustra RODRÍGUEZ PUERTA¹⁰¹, como auténticos “*engrasadores de la actividad administrativa*”.

4.2 Doctrina del Tribunal Supremo

No faltan voces en la doctrina que adjudican al anterior artículo 426 (hoy artículo 422) la naturaleza de **delito de peligro abstracto**, idea presente en algunos de

¹⁰⁰NIETO MARTÍN, Adán. “*Nociones Fundamentales...*”, op. cit, p.762.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “*Comentarios a la Reforma...*”, op. cit, p. 470.

los pronunciamientos del Supremo, como la STS de 13 de junio de 2008 (Rec. 2162/2007), en la que se afirma que, mediante la incriminación de esa conducta, se *«protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la Ley»*.

Así, la STS de 3 de febrero de 1994, en que se condena al administrador de un centro penitenciario por admitir comisiones en consideración a su función, o la STS de 21 de enero de 1994, que dice que el término *«en consideración a su función»* debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario, esto es, que **solo por la especial posición** y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito.

En el mismo sentido se pronuncia la reciente STS de 17 de mayo de 2010, que ha revocado el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de agosto de 2009 (caso **trajes de Camps**). Si la dádiva o regalo es de entidad menor, cabe afirmar la atipicidad por los principios de insignificancia o de adecuación social. Ello sucede cuando la dádiva es de un valor tal que en modo alguno está en situación de influir en el ejercicio de la función pública y constituye un mero regalo de cortesía.

4.3 Consumación

Para la **consumación** del presente delito de cohecho pasivo es necesaria la aceptación de la dádiva o regalo por el funcionario público, no basta una mera oferta unilateral por parte del particular, sin perjuicio de poder cometer éste, por el solo ofrecimiento de dádiva, el delito de *cohecho activo* del artículo 424.1. El particular, en caso de admisión de la dádiva por el funcionario, nunca podrá ser partícipe del delito, sino autor del delito de cohecho activo, tipificado expresamente.

4.4 Pena

En consonancia con las recomendaciones del Informe de evaluación de GRECO, se incrementó la pena sensiblemente con la reforma efectuada por la L.O. 5/2010. Frente al anterior artículo 426 del Código Penal de 1995, donde se contemplaba la pena de multa de tres a seis meses, el actual artículo 422 CP prevé las penas de prisión de seis

meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años, tal y como expone el siguiente esquema:

PRISIÓN	De 6 meses a 1 año
SUSPENSIÓN:	
▪ Empleo	De 1 a 3 años.
▪ Cargo publico	

VII. CARGOS ASIMILADOS. ARTÍCULO 423

“Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.

El **artículo 423** introduce expresamente las figuras de:

- a. Jurados
- b. Árbitros
- c. Mediadores
- d. Peritos
- e. Administradores e interventores designados judicialmente
- f. Administradores concursales

Y además amplía el círculo de sujetos responsables con el último inciso extensible a *“cualquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”*, lo que amplía el concepto penal de funcionario público del artículo 24 del Código Penal.

Sistemáticamente se sitúa detrás de todos los artículos referidos a los cohechos pasivos, incluido el cohecho subsiguiente. Al expresar *«lo dispuesto en los artículos*

precedentes (...)», se mejora la seguridad jurídica y la técnica legislativa, tal como recomendó el equipo de evaluación de GRECO en su Informe.

Por “jurados” debe entenderse los existentes en el ámbito laboral y administrativo (así, los “jurados de empresa” o los miembros de los “jurados de expropiación” o los jurados previstos en la legislación de contratos del Estado, etc.). Debe tenerse presente que los miembros de un jurado penal tienen la consideración de funcionario público a efectos penales, incluso de autoridad, al ejercer jurisdicción de conformidad con lo establecido en el art. 24.1 CP y ser nombrados por autoridad. “Peritos” son los establecidos en las leyes procesales, particularmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VIII. COHECHOS ACTIVOS

Como en el cohecho pasivo, el delito de cohecho activo propio (artículos 424 y 425) busca evitar la ilegalidad del funcionario mediante el respeto que debe el particular al normal y correcto funcionamiento de la función pública. La finalidad general de objetividad de la Administración pública hace que también se castigue a los particulares que corrompan o intenten corromper a las autoridades y funcionarios.

Se parte siempre en la ley penal del principio administrativo según el cual ningún funcionario público puede recibir emolumentos por el cumplimiento de la función pública, al ser una de las notas características de la función pública que el abono de sus servicios corra a cargo a los presupuestos generales del Estado.

1. Después de la reforma llevada a cabo por la L.O. 1/2015, **el artículo 424.1** queda redactado de la siguiente manera:

*«1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un **acto propio de su cargo**, para que no*

realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

En el **cohecho activo propio** se castigan aquellas conductas del particular que constituyen una amenaza no irrelevante para la confianza de los ciudadanos en un ejercicio no venal de la función pública¹⁰²

1.1 Elementos objetivos del tipo

El artículo 424 CP acoge el llamado cohecho activo, porque castiga al particular (no funcionario en el ejercicio de sus funciones) que atenta contra el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública (la legalidad o imparcialidad del funcionario), desde fuera, y se refiere simétricamente a los artículos 419 a 423, es decir; el particular ofrece o entrega una dádiva, favor o retribución de cualquier clase al funcionario público, o persona que participe en el ejercicio de la función pública, para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, para que no realice o retrase injustificadamente el que debiera practicar, o en consideración al cargo o función.

El profesor MESTRE DELGADO, en sintonía con la STS de 26 de enero de 2015, ha indicado que el término “*en consideración a su función*” debe interpretarse en sentido de que la razón o motivo de que el regalo ofrecido o aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito¹⁰³.

Un supuesto común que incluye este tipo delictivo es aquel en el que los médicos del sistema público de salud son incentivados por los laboratorios. Según establece la STS 7-11-2001¹⁰⁴ “*incentivar a los médicos para que receten*

¹⁰² STS de 11 de mayo de 1994.

¹⁰³ MESTRE DELGADO, Esteban: “*Delitos. La parte...*” *op. cit.* P. 847.

¹⁰⁴ STS de 7 de enero de 2001, en donde el cohecho propio no deriva de la naturaleza del acto (recetar el medicamento A en lugar de B no es ni lícito ni ilícito), sino del proceso de adopción del mismo. La decisión no se adopta sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la

*prioritariamente unos determinados medicamentos distribuidos por un concreto laboratorio, que es la conducta que se declara probada en el relato fáctico, no constituye una actividad lícita de promoción comercial, pues se encuentra expresamente prohibida por la Ley del Medicamento (Art. 7.2 Ley 25/1990)”. La ratio de tal prohibición es fácil de entender, siguiendo la misma sentencia: “la **introducción de un incentivo económico por la prescripción de unos medicamentos determinados, distorsionan la función de la prescripción que debe estar esencialmente orientada por el interés del paciente y no por la del médico”.***

1.2 Autoría

Como ya he mencionado en capítulos anteriores, el particular autor del delito de cohecho activo en cualquiera de las modalidades típicas contempladas en el artículo 424.1 y 2 puede también ser, respectivamente, inductor (artículo 424.1) o cooperador necesario (artículo 424.2) del delito que realice el funcionario o autoridad; así, un delito de prevaricación administrativa, un delito de revelación de secretos, etc.

1.3 Consumación

El cohecho activo es un delito de **mera actividad, de consumación anticipada**¹⁰⁵ y es independiente respecto a la consumación o no del delito de cohecho pasivo (y viceversa) que pueda cometer el funcionario; es decir, puede consumarse el delito de cohecho pasivo sin consumarse el activo. Así, se consuma solo el delito de cohecho pasivo del funcionario por el mero solicitar una dádiva a un particular, si éste no admite la solicitud¹⁰⁶. Y se consuma solo el cohecho activo del particular cuando éste ofrece una dádiva o retribución de cualquier clase sin que el funcionario la acepte, sin que sea necesario para la consumación que se realice la entrega de la dádiva.

función pública, sino que está influida y predeterminada por el aliciente económico, por eso debe demostrarse que la contraprestación se solicitaba, ofrecía o se aceptaba con el fin de influir en la decisión (u omisión) del funcionario o autoridad.

¹⁰⁵ STS de 19 de julio de 2001.

¹⁰⁶ OLAIZOLA, Inés. “*El delito de...*”, op. cit, p.134.

1.4 Pena

Al particular se le imponen **las mismas penas que las previstas para los funcionarios** y asimilados; también se le impone la misma pena que al funcionario en el caso de que atienda la solicitud de éste entregando la dádiva o retribución.

2. El artículo 424.2 dice lo siguiente:

“Cuando un particular entregue la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan”.

En el caso de que *el particular acepte la solicitud del funcionario* (art. 424. 2 CP), no se le puede castigar como partícipe por inducción en el acto delictivo que va a cometer el funcionario. Dice VALEIJE ÁLVAREZ¹⁰⁷ que el particular no respondería ni a título de cooperador necesario, ahora bien, sí lo haría atendiendo al caso concreto, por ejemplo, cuando la colaboración del particular es determinante para que el funcionario lleve a cabo el hecho delictivo planeado (por ejemplo, entrega de documentación, testimonios o firmas).

Como dice MIR PUIG¹⁰⁸, parece que debería ser menor la pena del particular que atiende a la solicitud del funcionario sin haberla inducido (la falta de probidad del funcionario es preexistente) por la debilidad del particular frente al funcionario público, dado que puede temer que el funcionario le perjudique de no acceder a su solicitud, posibilitando un mayor descubrimiento de la corrupción funcional siempre difícil de probar.

Todo ello sin perjuicio de la exigencia del artículo 426 actual (en caso de haber accedido ocasionalmente el particular a la solicitud de dádiva por el funcionario) para el caso de denunciar el particular al funcionario antes de la apertura del procedimiento y siempre que no hayan transcurrido más de **dos meses** desde la fecha de los hechos.

¹⁰⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. “*El tratamiento penal...*”, op. cit, p. 248.

¹⁰⁸ MIR PUIG, Carlos: “*El delito de cohecho...*”, op. cit, p. 11.

2.1 Autoría y participación

En cuanto a la penalidad, hay que tener en cuenta la *atenuación facultativa del artículo 65.3 del CP*: “*Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate*”.

Siguiendo al profesor QUERALT JIMÉNEZ¹⁰⁹, el particular que efectúa el soborno o acepta efectuarlo responde del delito *como coautor* si lo idea, lo ejecuta conjuntamente con el funcionario por sí o por otro, *como inductor* si ha partido de él el soborno o como *cooperador necesario* si acepta efectuar la corrupción.

Cabe como ejemplo de este tipo delictivo la conducta descrita por el sujeto activo en la SAP de Palma de Mallorca 2/2013, de 11 de diciembre¹¹⁰, en la que un empresario hotelero accede a efectuar el pago de una cantidad de 3.000 euros al mes al Presidente de las Islas Baleares de aquel entonces después de que este segundo se lo solicitare.

2.2 Concursos delictivos

En cuanto a la relación entre el cohecho y la prevaricación, tradicionalmente se consideraba que sin cohecho no hay prevaricación, lo cual no es del todo exacto, pero queda patente en algunos supuestos como en el caso del juez Estevill¹¹¹, en el que solicitaba dinero para poner en libertad, correspondiente o no, a algunos de los imputados (adinerados) que le eran presentados. El magistrado exigía dinero para no

¹⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español. Parte Especial. Sexta edición*. Editorial Atelier. 2010, p.1167.

¹¹⁰ SAP de Palma de Mallorca 2/2013, de 11 de diciembre, en la que se condena al ex presidente de las Islas Baleares Jaume Matas Palou por un delito de cohecho pasivo al solicitar una prestación al dueño de una cadena hotelera por su condición de Presidente. Este acepta cometiendo un delito de cohecho activo describiendo el Tribunal la conducta de este último de la siguiente manera: “*La aceptación se debió a la capacidad de influencia que se desprendía del cargo que ocupaba el señor Matas, que hizo que el señor Ramis se sintiera comprometido y presionado*”.

¹¹¹ STS 31 de julio de 2006.

realizar un acto perjudicial para el imputado dándose sin embargo todos los elementos para adoptar esta medida. De otro lado, en los escasos supuestos de corrupción judicial hay que resaltar, que sin la concurrencia de un abogado es muy difícil llevarlo a la práctica, entrando el abogado como intermediario entre su cliente y las pretensiones del juez o viceversa.

Por último, QUERALT JIMÉNEZ señala que *no se puede considerar que el cohecho concorra con el delito fiscal*, ya que no se declara al fisco el ingreso de la dádiva –o ingresos cuando el soborno es habitual-. Las ganancias ilícitas no tributan: no constituyen un hecho imponible; es más, intentar declarar como lícito rentas de origen ilícito, probado su origen, supondría un delito de blanqueo de capitales.

3. El artículo 424.3 cita lo siguiente:

“3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.”

Se trata de una novedad que introdujo la LO 5/2010 para combatir uno de los principales campos de acción de la corrupción en el ámbito del cohecho activo.

La intención del particular es la adjudicación por parte de la administración de un contrato público, tanto de obras o servicios, como de personal, para sí o para un tercero, o bien pretende una subvención igualmente pública, o adjudicarse o impedir que otro se adjudique una subasta pública. En cualquier caso, poco tiene que ver que el corruptor tenga derecho a la obtención de su objetivo, lo decisivo es la corrupción. El sujeto de quien depende cada una de estas tres adjudicaciones puede ser una administración en sentido estricto o un ente público, lo que permite incluir a las

agencias o empresas públicas con personalidad jurídica propia, como por ejemplo ANENA, ADIF, CSIC, GISA, CMT o ANECA.

Estos delitos habitualmente entran en concurso con la prevaricación, las falsedades y la malversación.

3.1 Pena

Se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare (si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos) la pena de **inhabilitación** para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo **de cinco a diez años**.

3.1.1 *Prohibición de contratar.*

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que ha transpuesto a la Directiva 2004/18/CE recoge en su artículo 49.1, bajo la rúbrica «*Prohibiciones de contratar*», una serie de circunstancias cuya concurrencia en el licitador determina su imposibilidad para celebrar un contrato con todo el sector público. Como bien señala RAMOS RUBIO¹¹², entre esas causas figura la de haber sido condenado mediante sentencia firme por delito de corrupción en transacciones económicas internacionales, por tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales.

La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas.

¹¹² RAMOS RUBIO, C. “*Del delito de cohecho: mano "más" dura "todavía" contra la corrupción nacional e internacional*”. p. 192.

4. Artículo 425 del Código Penal. COHECHO ACTIVO PRIVILEGIADO

“Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año”.

Como bien dice el profesor MESTRE DELGADO, éste es un subtipo privilegiado del delito, con el que se quiere dar respuesta específica a una situación en la que el responsable del hecho actúa en condiciones anímicas que justifican (por razonamiento inspirado en la no exigibilidad de otra conducta) un menor reproche penal¹¹³.

Por lo tanto, el tipo regulado en el artículo 425 es el llamado por la doctrina cohecho activo más benigno, tratándose de un tipo privilegiado porque se castiga menos a su autor que en las modalidades de cohecho activo del precepto anterior.

Partiendo del principio de no exigibilidad, el legislador ha considerado que existe una disminución del grado de culpabilidad del particular, y en consecuencia de la pena, cuando el soborno medie en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge o algún familiar cercano. En cuanto a las personas sobornadas, habrá que entenderlo extensivo a todas aquellas personas que contribuyen de forma decisiva a la formación del objeto de la causa criminal: desde la autoridad judicial o miembros del jurado, hasta fiscales, policías y secretarios judiciales.

4.1 Autoría

El círculo de posibles autores queda restringido al **cónyuge** del reo, u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por **análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes y hermanos** por naturaleza, adopción o afines, siempre que exista una causa criminal y el soborno se efectúe «en favor del reo». En realidad, como dice MIR PUIG¹¹⁴, se trata de un delito especial, ya que la razón de dicha

¹¹³ MESTRE DELGADO, Esteban: “Delitos. La parte...” op. cit. p. 845.

¹¹⁴ MIR PUIG, Carlos: “El delito de cohecho...”, op. cit, p. 11.

atenuación radica en una menor culpabilidad del autor por una *“menor exigibilidad de la conducta debida o conforme a Derecho, o a una excusa parcial absolutoria”*.

4.2 Pena

Como he dicho antes, la pena de prisión de libertad queda disminuida respecto de los demás delitos de cohecho activo de la siguiente manera:

PRISION

6 meses a 1 año

IX. LA DELACIÓN DEL ARTÍCULO 426

Se trata de una medida de política criminal destinada a favorecer la lucha contra la corrupción, ya que, como dice MARTINEZ ARRIETA, *su misión es promover y facilitar la persecución y descubrimiento de los delitos de cohecho cometidos por los funcionarios públicos*, mediante el fomento de la denuncia por quienes ocasionalmente atienden las solicitudes de aquéllos y, para conseguir que éstos denuncien, se les exime de la pena que les correspondería por su actuación, pues, de otro modo, nadie denunciaría.

Dado que los delitos de corrupción son difíciles de probar, y ocupan una parte importante dentro de la cifra oscura de la criminalidad al no ser denunciados, el Derecho Penal utiliza como instrumento político-criminal la posibilidad de que el participante en el contrato corrupto pueda volver a la legalidad mediante la figura recogida en el **artículo 426** del Código Penal:

“Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura

del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”.

Se trata de una excusa absolutoria cuya finalidad es facilitar **la persecución del cohecho pasivo**. La expresión “*ocasionalmente*” indica que puede tratarse de más de un caso y por lo tanto del perdón de una cadena de cohechos. Pero para evitar que esta delación se convierta en una patente de corso, facilitando al particular la impunidad en el último momento delatando al funcionario, cuando no tenga otra posibilidad de quedar exento de pena, el artículo 426 condiciona la exención a que la denuncia se realice “*antes de la apertura del procedimiento*” y, después de la reforma operada en la LO 5/2010, “*siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos* “

La exención solo operará si concurren las siguientes condiciones:

- Que el particular sea autor de un delito de cohecho activo de respuesta ocasional, o sea, del artículo 424.2, no del artículo 424.1 ni del artículo 425.
- Que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de la dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario, quedando fuera de la exención los supuestos de atención reiterada de solicitudes del funcionario por parte del particular.
- Que denuncie el hecho a autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación. Es decir, que denuncie el hecho ante los jueces, los fiscales o la policía.
- Que denuncie antes de que hayan transcurrido **dos meses** desde la fecha de los hechos, o sea desde la fecha que atendió la solicitud del funcionario, ya que si tal aceptación no ha tenido lugar, no hay excusa absolutoria que aplicar.
- Que denuncie antes de la apertura del correspondiente procedimiento. Por procedimiento debe entenderse el procedimiento judicial. En caso de que el particular denuncie antes de la apertura del correspondiente procedimiento, pero no se den el resto de los requisitos exigidos por este precepto, solo será de aplicación la circunstancia atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código Penal.

Por lo tanto, para conseguir la impunidad no basta con la simple denuncia, es necesario que se produzca dentro de los límites temporales mencionados en el artículo 426, y una vez satisfecho este requisito, debe cumplir con las exigencias propias del valor procesal que tenga las declaraciones del “arrepentido” para procesar a los corruptos.

No debemos olvidar que la norma pueda dejar impune al gran corruptor, como pueden ser empresarios o empresas importantes, que pueden instrumentalizar esta vía para utilizarla cuando le convenga, ya sea como venganza contra el funcionario que le pide más de la cuenta y no le conviene, o simplemente para evadir su responsabilidad cuando el hecho vaya a ser descubierto.

Sea como fuere, la aplicación del artículo 426 excluye la aplicación de las atenuantes 4ª o 5ª del artículo 21 del Código Penal:

- a. 4ª. *“la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.*
- b. 5ª. *“la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.*

Esta excusa absolutoria introducida en el Código Penal, al ser Ley más favorable al reo (artículo 2.2 del Código Penal), debe ser **aplicada retroactivamente** si antes de la entrada en vigor del Código se produjo un hecho consistente en que un particular denunció el hecho, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, y de que hayan transcurrido dos meses desde la fecha de la atención de la solicitud por el particular.

X. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS, ARTÍCULO 427

El **artículo 427** del Código Penal se redacta de la siguiente forma:

“Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

Mediante la definición de funcionario de la Unión Europea, **se amplía el alcance del concepto de funcionario público a los exclusivos efectos del delito de cohecho**. Recogido en el artículo 427 del Código Penal, responde a la obligación que se deriva del *Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. k.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*.

El Convenio obliga a asimilar la corrupción de estos funcionarios a los nacionales en relación al cohecho propio (artículo 2). No obstante, el Código Penal los asimila a todos los efectos a los delitos de corrupción. Un delito que puede ser perseguido en España siempre que, al menos una parte del acto de corrupción, se haya cometido total o parcialmente en el territorio español (artículo 7 del Convenio y artículo 23.1 de la LOPJ) y el funcionario público de la Unión Europea o el particular autor de la corrupción activa sea español (artículo 7.b) y c) y artículo 23.2 LOPJ.

XI. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS. ARTÍCULO 427 BIS

El nuevo **artículo 427 bis**, introducido por la reciente LO 1/2015, surge de la división del anterior artículo 427, otorgando su propio precepto al problema que se presenta con las personas jurídicas y los delitos de corrupción. La redacción es la siguiente:

*“Cuando de acuerdo con lo establecido en el **artículo 31 bis**¹¹⁵ una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:*

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

¹¹⁵ «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso...”

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Lo dispuesto en el **artículo 427 bis** es consecuencia de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis por la L.O 5/2010 solo para los supuestos previstos en el Código Penal, de modo que no puede ser exigida *“al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas,”* tal y como expone el **artículo 31 quinquies** del Código Penal (recientemente introducido por la LO 1/2015 donde se suprimen de esta lista de exenciones a partidos políticos y sindicatos).

XII. CONCLUSIONES

PRIMERA. A lo largo de la exposición, hemos podido comprobar que el costo de la corrupción es demasiado alto para la vida pública de cualquier Estado. Cuando políticos y funcionarios utilizan su autoridad y sus atribuciones para beneficio propio, actuando solos o en grupos, desviando los recursos públicos para su provecho, producen graves efectos en la sociedad creando situaciones de desigualdad que ponen en quiebra el propio sistema. En base a las investigaciones de la Fiscalía Especial Anticorrupción, tal y como ya hemos apuntado, se calcula que el montante económico de la corrupción en los Ayuntamientos, Diputaciones y otras entidades públicas asciende a un *mínimo* de 4.100 millones de euros en la década que abarca desde el año 1999 a 2009. La cifra equivale casi al presupuesto municipal de Madrid o al gasto estatal en cultura de toda una legislatura.

SEGUNDA. La reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, materializó un esfuerzo considerable en la lucha contra la corrupción. El endurecimiento de las penas en el cohecho, tráfico de influencias, delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, así como la incorporación de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, el delito de cohecho entre particulares, la corrupción de

funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, las organizaciones y grupos criminales, junto con la nueva regulación del delito de blanqueo de capitales, el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, ha configurado un paquete de medidas penales que se articulan como un instrumento potente en la lucha integral contra este fenómeno. El presente trabajo recoge las opiniones de los principales especialistas en corrupción a nivel internacional y nacional. Al mismo tiempo, utiliza los datos aportados por organismos oficiales nacionales, como el Ministerio del Interior o el Centro de Investigaciones Sociológicas, o informes de organismos internacionales como los del año 2009 y 2011 del GRECO, junto con otros de entidades no gubernamentales como Transparencia Internacional, o el *Global Business Corruption*, bajo el auspicio de Naciones Unidas, la Cámara de Comercio Internacional y Transparencia Internacional.

TERCERA. La corrupción es un problema que excede de nuestras fronteras. El actual diseño de Europa y la vigente economía globalizada muestra que hay que afrontar la cuestión desde una perspectiva internacional, y para ello, es preciso la armonización legislativa, la cooperación y la coordinación de los Estados, dando una respuesta integral e incorporando medidas para combatirla desde todos los ámbitos, desde la crisis financiera hasta la erradicación de la pobreza. Cualquier medida preventiva o represiva contra la corrupción sería infructuosa si no se interviene en las causas reales, y la principal de ellas es el **desigual reparto de la riqueza en el mundo**. Por ello, toda estrategia debe ir precedida de fuertes inversiones contra la desigualdad y la pobreza.

CUARTA. Por otro lado, la principal medida contra la corrupción lo constituye la **educación**. Por variadas que sean las causas que empujan a una persona a corromperse, al final el factor humano decide si traspasa la línea o no, y para ello es necesario tener fuertes convicciones y valores que se fomentan en un país invirtiendo decididamente en el principal capital, el humano. Es necesario **concienciar a la sociedad** de que el erario público es sagrado, como ocurre en los países del Norte de Europa, donde los delitos contra la Hacienda Pública son muy censurados. Las instituciones deben fomentar y promover estos valores, así como lanzar campañas de tolerancia cero en materia de corrupción.

QUINTA. La Administración es un instrumento al servicio de la sociedad, encargado de satisfacer las demandas de la comunidad, mejorando la calidad y expectativas en el nivel de vida de los ciudadanos, y para esta labor los códigos éticos son imprescindibles, al tener un impacto directo en las autoridades y funcionarios que se va a manifestar en el desarrollo de sus actividades. Por ello, es necesario fomentar los valores éticos en los servidores públicos, para concienciarles de la enorme responsabilidad y compromiso de sus funciones, generando una mayor excelencia en la calidad y gestión de los intereses colectivos. La ausencia de estos valores éticos, o la escasez de recursos formativos dirigidos al desarrollo y control de los mismos, propician contextos en los que es más fácil desviarse de los deberes y obligaciones, generando conductas corruptas. Todo proceso de corrupción lleva implícito la necesidad de esconderse de la ciudadanía, se desarrolla en la opacidad de las decisiones públicas, ya que el corrupto y el corruptor buscan que sus “pactos” pasen desapercibidos ante la sociedad. Para evitarlo, las medidas a adoptar son la transparencia, la publicidad y el libre acceso de los ciudadanos a los procesos y motivaciones de las decisiones públicas. El derecho a la información y a la transparencia de los asuntos públicos es indispensable en un Estado democrático.

SEXTA. En cuanto a la *corrupción política*, siguiendo lo expuesto en este trabajo y los datos aportados por el último Barómetro de Transparencia Internacional, la percepción de los ciudadanos sobre la corrupción de los partidos políticos se sitúa en 4.4 sobre una puntuación que va desde el nada corrupto (que se sitúa en 1), hasta el muy corrupto (que llega al 5). De otra parte, según el CIS, los partidos políticos y los políticos se consideran *en primer lugar* como *los colectivos en los que se encuentra más extendida la corrupción*, con el 46.8 %, seguido de los empresarios con el 28.4 %. La credibilidad de la clase política actualmente se encuentra en entredicho. Una lamentable situación respecto de un colectivo que tiene la misión de articular las principales instituciones en un país democrático. Al igual que en la Administración, en los partidos políticos la cuestión sigue siendo la misma: transparencia frente a opacidad, máxime en su financiación, por ejemplo, incorporando los datos de sus fundaciones y empresas al sistema actual de control, limitar la cuantía y controlar el origen de las donaciones para evitar fraudes, prohibir las donaciones de empresas contratadas por las Administraciones Públicas y las condonaciones de deuda a los partidos por parte de las

entidades financieras, así como dar publicidad a los préstamos adjudicados, sus condiciones , así como el motivo de sus cancelaciones.

SÉPTIMA. Sería también conveniente y necesario para el conjunto de la sociedad un consenso entre todos los partidos políticos para sentar las bases y adoptar medidas conjuntas contra la corrupción y recuperar la credibilidad de la clase política, estableciendo un marco de medidas a adoptar que aplicasen con coherencia, ya que ningún partido con posibilidad de ostentar el poder es inmune a la corrupción. Entre las medidas a adoptar, sería interesante no incluir en las listas electorales a personas imputadas por estos delitos, o desbloquear las listas electorales en las elecciones municipales y autonómicas para que los ciudadanos pudieran rechazar a los que no les merece su confianza.

OCTAVA. En la definición del autor en los delitos de cohecho pasivo, el funcionario o autoridad pública es, desde el punto de vista penal, mucho más amplia que una mera descripción administrativa. Puede ser autor **cualquier persona que participe en las funciones públicas**, siempre que haya sido designado precedentemente, sea cual sea su puesto, desde un Policía Nacional adscrito al Ministerio del Interior hasta un farmacéutico contratado por una Entidad Empresarial de Derecho Público. No obstante, como he dicho, la autoría en los artículos 419 a 423 no queda restringida a la autoridad o funcionario público, **pudiendo cometer dicho delito como autor** en alguna de sus otras modalidades del artículo 28 CP (cooperación necesaria y complicidad) una **persona sin la cualidad de funcionario o autoridad**, ya que dicha cualificación se exigirá solo para la autoría en sentido propio.

NOVENA. En las cuestiones comunes he definido el bien jurídico protegido como el deber de protección del principio de imparcialidad y el principio de respeto a la administración que se debe tener, como la protección de la función pública y de la confianza que depositan los ciudadanos en los propios administradores de la sociedad. Todos estos bienes jurídicos no son sino bienes jurídicos mediales que pretenden entre todos alcanzar la tutela de uno mucho más importante, como es el derecho fundamental de la **igualdad** contenido en el **artículo 14 CE**.

DÉCIMA. En cuanto a la dádiva, favor o retribución de cualquier clase, es importante reconocer el significado que el legislador le quiso dar a la expresión “*favor*”, siendo este el concepto de favorecimiento o corruptela, y no un simple favor entre personas. **La dádiva no necesita tener un exclusivo contenido económico**, como pasaba antes de la reforma operada por la LO 5/2010. Ahora puede tener contenido económico como de otro tipo, ser una ventaja, un provecho, una utilidad, un servicio... pero todos ellos susceptibles de evaluación económica. Ahora bien, debemos dejar fuera de la tipificación aquellos regalos que por su insignificancia o inadecuación social consideramos de escasa valoración y obedecen a una finalidad amistosa, conocida de cortesía.

UNDÉCIMA. Entendiendo que nos encontramos ante un **delito unilateral**, en el que basta la actuación de una de las partes para que, al menos en la vertiente del que actúa, se den todos los elementos del tipo para su propia consumación. No obstante, por ejemplo en el caso del cohecho pasivo, la consumación la determina el propio acto de recibir, solicitar o aceptar, con lo que no necesitaríamos el resultado de haber recibido, de que la solicitud se haya comunicado o que lo aceptado se haya entregado, por lo que estos actos formarían un delito de **mera actividad**. Esto no quita que no se pueda ejecutar alguna de estas formas imperfectamente, y **podamos tener una tentativa inacabada** en el ofrecimiento o solicitud, dependiendo del caso. Obviamente en un ofrecimiento, se completa la acción recibiendo lo ofrecido la persona destinataria, en caso de no llegarle el mensaje de ofrecimiento, es donde nos encontramos con una tentativa inacabada. Lo que no se puede dar es una tentativa acabada, ya que la configuración del delito como de mera actividad nos salta de la tentativa inacabada a la consumación pura.

DUODÉCIMA. En cuanto al delito de cohecho en concreto destaca la simplificación de las variedades del cohecho propio en el artículo 419 tras la reforma operada por la L.O. 5/2010. Sancionándolo con una única pena simplifica su régimen y facilita su castigo, ya que las subdivisiones dificultaban la prueba de los delitos de cohecho, donde no era fácil, por ejemplo, determinar si el soborno se había solicitado o pagado para cometer una simple irregularidad o, por ejemplo, un delito de prevaricación. En cuanto al **cohecho activo**, es una novedad la tipificación de la

conducta del particular que soborna a la autoridad o funcionario público para que realice un acto propio de su cargo, en el nuevo artículo 424 del CP.

DECIMOTERCERA. *En lo que respecta al sistema de penas*, teniendo en cuenta los artículos 80 y siguientes, las penas impuestas por un delito de cohecho **no se podrán suspender**. También es importante que el aumento de las penas afectara al plazo de prescripción.

DECIMOCUARTA. De la *aceptación de regalos en consideración a su cargo o función*, tipificada en el artículo 422 del CP, he destacado que, con la reforma operada por la LO 5/2010, se ha elevado sustancialmente la pena, simplificado el tipo al referirse a que la dádiva se entrega únicamente en consideración a su función, no siendo necesario que sea para la consecución de un acto no prohibido legalmente, tal y como se exigía anteriormente. Con todo ello, se dio un impulso considerable a una figura penal prácticamente inédita en el pasado, y gravando conductas que no deben de ser toleradas en nuestra sociedad por el daño que ocasiona a la credibilidad de la función pública.

DECIMOQUINTA. En cuanto a la figura de la *Delación*, prevista en el artículo 426 del CP, es un instrumento político-criminal que permite la posibilidad al participante en el contrato corrupto de volver a la legalidad. Se trata de una especie de “*arrepentimiento activo*” por el que los particulares pueden eximirse de la pena denunciando los hechos a la autoridad cuando la iniciativa de la corrupción procede del funcionario. La expresión “*ocasionalmente*” indica que puede tratarse de más de un caso, y por lo tanto del perdón de una cadena de cohechos.

DECIMOSEXTA. Para finalizar, habiendo expuesto las consecuencias de la corrupción, e incluso los altísimos costos para la ciudadanía que puede llegar a alcanzar, vemos que para afrontar esta situación, es necesario un cambio de mentalidad en la sociedad y en cada uno de nosotros. Los ciudadanos demandan jueces y fiscales que resuelvan sus problemas, y para ello es necesario, además de una adecuada formación y actualización en la legislación vigente, cierta actitud, carácter, para abordar cualquier cuestión y enfrentarse con profesionalidad e imparcialidad, iniciando investigaciones y solicitando apoyo para que se aplique la ley a todos, sin distinción, tal y como la sociedad espera de nosotros.

XIII. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BLANCO CORDERO, Isidoro. *“La reforma de los delitos de corrupción mediante la L.O. 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”*. Diario La Ley, Nº 7534, Editorial La Ley, 23 de diciembre de 2010.
- DIEGO BAUTISTA, Oscar. *“La ética en la Gestión Pública. Fundamentos, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un Sistema Ético Integral (SEI) en los gobiernos”*, Madrid, 2007.
- FABIAN CAPARROS, Eduardo: *“La corrupción del agente público extranjero e internacional”*. Tirant lo Blanch. 2003.
- GARCIA VALDÉS, Carlos; MESTRE DELGADO, Esteban; FIGUEROA NAVARRO, Carmen. *“Lecciones de Derecho Penal. Parte especial”*. Manuales Edisofer. Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *“Ética en la Administración Pública”*. S.L. Civitas ediciones. 2º edición 2014.
- HEREDERO SALAMANCA, Eusebio. *“La Corrupción en la Administración Pública desde la perspectiva policial”*. Ediciones Universidad de Salamanca. Roma, 2002.
- LAPORTA, Francisco. *“La corrupción política”*. Alianza Editorial. 1997.
- MESTRE DELGADO, Esteban: *“Delitos contra la Administración Pública”* en Carmen Lamarca (coordinadora) *“Delitos. La parte especial del Derecho penal”*. Dykinson S.L. 2016.
- MESTRE DELGADO, Esteban. *“Por la regeneración social”* en La Ley Penal nº 113, marzo-abril 2015.

- MIR PUIG, Carlos: *“El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”*. Diario La Ley, Nº7603, Sección Doctrina. Editorial La Ley. 4 Abril 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *“Derecho Penal. Parte Especial”*. 18ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- NIETO MARTÍN, Adán. *“Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial”*. Editoriales Tecnos, 2010.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *“El delito de cohecho”*. Tirant lo Blanch, Valencia
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *“Derecho penal español. Parte Especial”*. Sexta edición. Editorial Atelier. 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *“La reforma Penal de 2010”*. Aranzadi – Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A. *“Delitos contra la Administración Pública”*. Bosch. Barcelona, 2008.
- RODRIGUEZ PUERTA, María José. *“El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno del funcionario”*. Aranzadi, 1995.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. *“Desarrollo y Corrupción”* en *“Gestión y Análisis de Políticas Públicas”*. Nº 21, mayo-agosto 2001.
- SANZ MULAS, Nieves. Tema 7 *“La Policía y otras Infracciones Penales contra intereses colectivos”* en *“Manual de Práctica Penal y Procesal de Primer Curso de Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía”*, 2009.
- VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. *“El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho”*. Erdesa, Madrid, 1995.

XIV. JURISPRUDENCIA ANALIZADA

1. Tribunal Supremo

- STS 188/1994 (Sala de lo Penal), de 2 de febrero.
- STS 114/1994 (Sala de lo Penal) de 14 de enero.
- STS 30/1994, (Sala de lo Penal) de 21 de enero.
- STS 361/1998 (Sala de lo Penal) de 16 de marzo.
- STS 751/2001 (Sala de lo Penal) de 28 de marzo.
- STS 20/2001 (Sala de lo Penal), de 28 de marzo.
- STS 68/2003 (Sala de lo Penal), de 27 de enero.
- STS 13/2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 28 de enero.
- STS 1544/2004 (Sala de lo Penal), de 23 de diciembre.
- STS 116/2007 (Sala de lo Penal), de 21 de mayo.
- STS 172/2008 (Sala de lo Penal), de 2 de abril.
- STS 362/2008 (Sala de lo Penal), de 13 de junio.
- STS 478/2010 (Sala de lo Penal), de 17 de mayo.
- STS 75/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de mayo.
- STS 185/2016 (Sala de lo Penal), de 4 de marzo.
- STS 872/2016 (Sala de lo Penal), de 18 de noviembre.

2. Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Granada de 2 de junio de 2000.
- Auto TSJ de Valencia de 1 de agosto de 2009.

3. Audiencias Provinciales

- SAP de Valencia de 2 de diciembre de 1997.
- SAP de Barcelona 73/2008.
- SAP de Palma de Mallorca 2/2013.
- SAP de Málaga 268/2013.
- SAP de Palma de Mallorca 5/2016.

XV. FUENTES DE CONSULTA ELECTRÓNICA

- Datos de Transparencia Mundial. Barómetro Índice de percepción de Corrupción de 2013, consultado en www.transparencia.org.es
- Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Barómetro sobre la valoración política actual, consultado en www.cis.es
- Informe GRECO sobre transparencia partidos políticos en España de abril de 2011. www.transparencia.org.es
- Clean Business Is Good Bussines*. Es un informe internacional realizado por Transparencia Internacional, Cámara Internacional de Comercio y Naciones Unidas entre otros, consultado en www.webforum.org
- Diario El mundo. Decálogo para que los corruptos no nos sigan saqueando (2009), consultado en www.elmundo.es
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, consultado en www.europa.eu/legislacion
- www.europa.eu/luchacontralacorrupcion
- www.mjusticia.gob.es/areainternacional
- BOE de 31 de marzo de 2015 que publica la L.O. 1/2015, www.boe.es