



Universidad  
de Alcalá

# Los delitos contra la Administración Pública tras la Reforma del Código Penal de 2015

---

Offenses against Public Administration after the Reform of the Penal  
Code of 2015

## Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autora: D<sup>a</sup> Lara Díaz Pérez

Tutor: D. Carlos García Valdés

Co-tutor: D. Esteban Mestre Delgado

Alcalá de Henares, a 20 de Enero de 2017

**RESUMEN:** El presente trabajo realiza un análisis de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 20 de enero en lo referente a los delitos contra la Administración Pública, concretamente de los delitos de prevaricación administrativa y de cohecho, haciendo referencia a cada uno de sus elementos desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Asimismo, se estudia la evolución que han experimentado estos delitos, desde su nacimiento hasta nuestros días, con el fin de adaptarse a la realidad que vivimos actualmente respecto a la corrupción.

**PALABRAS CLAVE:** Administración Pública, autoridad, funcionario público, prevaricación administrativa, cohecho.

**ABSTRACT:** This project makes an analysis about the amendments introduced by Organic Law 1/2015 of 20 January in relation to offenses against Public Administration, specially offenses of prevarication and bribery, making reference to each of its elements from the point of view of doctrine and jurisprudence. As well, it studied the evolution that have experienced these crimes, from its creation until our days, in order to adapt to reality that we live today respect to corruption.

**KEY WORDS:** Public Administration, authority, civil servant, prevarication, bribery.

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>II.</b>	<b>EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....</b>	<b>6</b>
<b>III.</b>	<b>CUESTIONES GENERALES.....</b>	<b>11</b>
	<b>1. Los delitos contra la Administración Pública tras la Reforma del Código Penal de 2015 .....</b>	<b>11</b>
	<b>2. El concepto de corrupción pública.....</b>	<b>12</b>
	<b>3. Concepto penal de funcionario público y autoridad .....</b>	<b>14</b>
	<b>3.1 Concepto de funcionario público .....</b>	<b>15</b>
	<b>3.2 Concepto de autoridad.....</b>	<b>22</b>
	<b>4. La Administración Pública como bien jurídico protegido .....</b>	<b>23</b>
	<b>5. La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7ª CP) y los delitos contra la Administración pública .....</b>	<b>26</b>
<b>IV.</b>	<b>EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS .....</b>	<b>28</b>
	<b>1. El bien jurídico protegido .....</b>	<b>29</b>
	<b>2. Tipo objetivo del delito.....</b>	<b>30</b>
	<b>2.1 La arbitrariedad de la resolución .....</b>	<b>33</b>
	<b>2.2 El término “injusticia” .....</b>	<b>35</b>
	<b>3. Tipo subjetivo del delito .....</b>	<b>38</b>
	<b>4. La problemática de la comisión por omisión .....</b>	<b>40</b>
	<b>5. Autoría y participación .....</b>	<b>42</b>
	<b>6. Circunstancias modificativas.....</b>	<b>44</b>
	<b>7. Pena y concursos.....</b>	<b>44</b>
<b>V.</b>	<b>EL DELITO DE COHECHO.....</b>	<b>45</b>
	<b>1. El bien jurídico protegido .....</b>	<b>47</b>
	<b>2. Tipo objetivo del delito.....</b>	<b>49</b>
	<b>3. Tipo subjetivo del delito .....</b>	<b>51</b>
	<b>4. Modalidades típicas .....</b>	<b>52</b>
	<b>4.1 Cohecho pasivo .....</b>	<b>52</b>
	<b>4.1.1 Cohecho pasivo propio.....</b>	<b>53</b>
	<b>4.1.2 Cohecho pasivo impropio .....</b>	<b>59</b>

4.1.3	Cohecho subsiguiente o de recompensa.....	62
4.1.4	Cohecho de facilitación .....	64
4.2	Cohecho activo.....	67
5.	Autoría y participación .....	71
6.	Circunstancias modificativas.....	73
7.	Penas y concursos .....	74
VII.	CONCLUSIONES .....	77
VIII.	BIBLIOGRAFÍA .....	80
IX.	ANEXO JURISPRUDENCIAL .....	86

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los delitos contra la Administración Pública tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 20 de marzo, regulados en el Título XIX del Código Penal. Estudiaremos las modificaciones más relevantes introducidas por la mencionada Ley Orgánica, así como las cuestiones generales sobre estos delitos, centrarnos en el análisis concreto de los delitos de prevaricación administrativa y cohecho.

Los delitos contra la Administración pública, por lo general, tienen como sujeto activo a una autoridad o funcionario público, concepto descrito por el art. 24 del Código Penal. Por ello hemos creído necesario conocer la evolución que ha sufrido el concepto de empleado público a lo largo de la historia.

En lo referente a los delitos de prevaricación y cohecho, aparte de estudiar los elementos que presenta cada uno de ellos, haremos referencia a la evolución que han sufrido, especialmente haciendo mención a la LO 1/2015, por la cual, debido al incremento de la corrupción que venimos sufriendo, se ha aumentado la penalidad de esta modalidad de delitos.

La elección del tema trae causa en el especial interés que suscita este tipo de delitos en nuestros días, debido a los numerosos casos de corrupción que se están descubriendo en la actualidad. Por ello, ya que a lo largo del Grado no hemos tenido la oportunidad de adentrarnos más en estos delitos, me parecía muy interesante conocer más sobre los mismos y sobre su regulación en el Código Penal español.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Antes de adentrarnos en el estudio de los delitos contra la Administración Pública, en concreto, en los delitos de prevaricación y cohecho, es preciso conocer su evolución en nuestro ordenamiento jurídico.

Los sistemas actuales de responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios públicos respecto a las actuaciones que los mismos desarrollan en el ejercicio de sus cargos, encuentran su origen histórico en las instituciones de control formal de los oficios públicos aparecidas en la Baja Edad Media.

Durante los siglos XV y XVI el monarca era quien dirigía a los funcionarios y el que disponía lo necesario en los asuntos más importantes, contando siempre con la ayuda de su Consejo. El Rey era el que nombraba y destituía libremente a los agentes y oficiales reales, rigiéndose la relación funcional por principios propios del Derecho Privado<sup>1</sup>. En este momento, debido a que el Estado se encuentra en un proceso de constante expansión y que el mismo asume nuevos fines y competencias en los terrenos económico, intelectual y religioso, se produce un incremento relevante del número de funcionarios, lo que supondrá una mayor concentración de poder en manos de los agentes públicos, cuya gestión resultará cada vez más difícil de controlar al monarca. A partir de aquí, y debido a las anteriores circunstancias, se empiezan a establecer, por primera vez, instituciones de control procedimental, con el fin de supervisar si los oficiales, en el cumplimiento de las funciones que le eran asignadas, respetaban las directrices reales o si, por el contrario, incurrían en un abuso de autoridad en perjuicio de terceros. De este modo se forman el Juicio de Residencia castellano, llamado “Purga de Taula” en el Reino de Cataluña, y la Visita, instituciones que se encargarán de asegurar una administración honesta, recta y eficiente por parte de los funcionarios.

Ya en el siglo XVIII, los Borbones introducen diversas reformas en la organización administrativa, de las cuales cabe destacar la declaración de inamovilidad de los funcionarios, sancionada por el Real Decreto de 18 de enero de 1721, el cual pone fin al arbitrio de los secretarios del Rey para remover a los oficiales de las Secretarías, quedando esta posibilidad limitada únicamente a los supuestos en que, mediante una orden real, quedase suficientemente acreditada la insuficiencia del sujeto

---

<sup>1</sup> LALINDE ABADÍA, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, Madrid, 1970, págs. 98 y ss.

o su incursión en delito<sup>2</sup>. A partir de este Real Decreto, se inició un proceso de tipificación, el cual tenía por objeto las “justas causas” de cese de los funcionarios, particularmente las referidas al abuso del cargo y a las actuaciones delictivas de los mismos<sup>3</sup>.

Más tarde, en la Novísima Recopilación, se recoge la responsabilidad penal de los funcionarios por extralimitaciones o abusos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En este texto legal se hacía mención a los delitos de prevaricación, exacciones ilegales, cohecho, negociaciones prohibidas a los funcionarios, respeto al secreto, desobediencia y prevaricación de abogados. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO<sup>4</sup> destaca que, aunque estas figuras no estuvieran incluidas en el catálogo legal de los delitos de lesa majestad, los mismos tampoco poseían una independencia absoluta respecto a los anteriores, dado que en la época del Estado absoluto los fines del Estado venían confundidos con los de la monarquía.

En este contexto, en el que se observa la creciente importancia formal de la función pública en los esquemas administrativos, se publica el Real Decreto de 24 de marzo de 1813, el cual tiene una extraordinaria relevancia ya que, como señala CASABÓ RUIZ<sup>5</sup>, se trata de “una auténtica ley penal que describe los distintos delitos que pueden cometer tanto los magistrados y jueces, como los demás empleados.” El Capítulo I del mencionado Real Decreto venía dedicado a los delitos de los jueces y magistrados, enumerando, entre otros, la prevaricación, el cohecho o los abusos contra la honestidad por parte de funcionarios públicos. Por otro lado, el Capítulo II de dicha disposición se ocupaba del castigo de los delitos cometidos por los empleados públicos, concretamente castigaba la prevaricación, el soborno o cohecho, el mal uso del oficio por descuido o ineptitud, y la omisión en la vigilancia de sus inferiores. A partir de este Decreto, todos los Códigos Penales posteriores incluyeron un apartado en el que se exponían los delitos en los que podían incurrir los empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

---

<sup>2</sup> VAZQUEZ-PORTOMEÑE, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general.*, Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, pág. 83.

<sup>3</sup> BARRACHINA JUAN, J., *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, Edit. PPU, Barcelona, 1991, pág. 80.

<sup>4</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Edit. Civitas, Madrid, 1980, págs. 158 y 159.

<sup>5</sup> CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Escritos penales*, Valencia, 1979, pág. 179.

El Código Penal de 1822 dedicó el Título VI de su Parte Primera (“Delitos contra la Sociedad”) a los “delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”<sup>6</sup>, el cual estaba formado por doce capítulos. No obstante, en relación con la tipificación del grupo de delitos que venimos estudiando, cabe destacar que se excluye el término de “empleado” público utilizado en el Decreto de 1813, tratándose de un texto de inspiración liberal, cuestión evidente en la práctica desaparición de estos delitos en los proyectos absolutistas de 1830 y 1834<sup>7</sup>.

El Código Penal de 1848 contiene, por primera vez, en su art. 331, la definición de lo que debe entenderse por funcionario público a los efectos penales, estableciendo que será *“todo el que desempeña un cargo público aunque no sea de Real nombramiento ni reciba sueldo del Estado”*. En opinión de PACHECO<sup>8</sup>, este término abarca a todo aquel que ejerce funciones o desempeña un cargo público en la sociedad, afirmando que *“la expresión empleado quiere decir persona pública, persona que tiene un carácter en la sociedad, dirigido a su ordenación según la ley.”* Así mismo, en esta disposición se recupera el término “empleado” público, recogiendo la materia en una totalidad de diecisiete capítulos incluidos en el Título VIII de su Libro II.

El Código Penal de 1848 continúa con el sistema establecido por el Código anterior, salvo en lo referente a la desaparición de todas las modalidades de imprudencia específica. SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA<sup>9</sup> sostiene que el Código Penal de 1848 contiene el grupo más extenso de comportamientos punibles de toda la historia de la codificación española. Este Código sufrió una reforma en junio de 1850, en la cual el legislador modificó el de delito de violación de secretos del Código Penal de 1848 e incluyó el delito de desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes en asuntos del servicio público. Excepto las anteriores, que fueron las modificaciones más relevantes en cuanto a la materia que se nos presenta, esta reforma no modificó apenas el catálogo de delitos al que nos referimos.

En 1869, tras la promulgación de la Constitución, se hizo indispensable una adaptación del Código Penal a la misma, por lo que el 30 de agosto de 1870 se publicó

---

<sup>6</sup> VAZQUEZ-PORTOMEÑE, F., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 89.

<sup>7</sup> CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio...”, ob.cit., pág. 182.

<sup>8</sup> PACHECO, J.F., *El Código penal concordado y comentado*, Tomo II, 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1856, págs. 393 y 394.

<sup>9</sup> SAINZ DE ROBLES DE SANTA CECILIA, C., *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral, Valladolid, 1985, pág.108.

un nuevo texto, corregido mediante Decreto Ministerial de 1 de enero de 1871. Sin duda, una de los aspectos más relevantes de este C.P fue la introducción del concepto de funcionario público en el art. 416, el cual establecía que “para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley ó por elección popular ó por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas.” Esta definición, con pequeñas modificaciones, ha llegado hasta el vigente Código Penal. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA<sup>10</sup> opina que en el precepto anterior no se da una definición genérica de funcionario público, ya que, por un lado, “*no dice es funcionario público, sino se reputará funcionario público*”, y por otro, “*no dice que para todos los efectos de las leyes, ni siquiera para todos los efectos de las leyes penales, sino para todos los efectos de este título y los anteriores.*” Por último, cabe señalar que se produjo la desaparición de la cláusula general prevista en los Códigos de 1848 y 1850 para castigar los excesos que no habían sido específicamente sancionados<sup>11</sup>.

Del Código Penal de 1928 se pueden destacar dos modificaciones relevantes en la regulación de las figuras delictivas que venimos tratando. Por un lado, la noción de funcionario público se vio desplazada al Libro I, recibiendo un trato paralelo con las nociones de “autoridad” y “agente de la autoridad”, y, por otro, se modificó el contenido del Título V del Libro II, referido a los “delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos”.

En cuanto al Código Penal de 1932, se respetan los principios inspiradores del C.P de 1870, debido a la necesidad de acomodación de la disciplina penal a la nueva Constitución y a la legalidad republicana en general.

Más tarde, el Código Penal de 1944 seguirá la sistemática y estructura del texto de 1932. Se vuelve a incluir el concepto de funcionario público en la Parte General, reconociéndole al mismo eficacia “a los efectos penales”, y se modifica la redacción de algunos de los artículos del Título VII.

Con la LO 9/1991, de 22 de marzo, el CP de 1973 sufrió las últimas reformas en materia de delitos contra la Administración Pública, consistentes en el cambio en la

---

<sup>10</sup>GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, 2º ed., Madrid, 1912, págs. 354-356.

<sup>11</sup> VAZQUEZ-PORTOMENE, F., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 92.

redacción de determinados artículos, relativos a la revelación de secretos, al cohecho pasivo impropio y al tráfico de influencias. En este Código Penal se introduce el concepto actual de funcionario público, concretamente en el art. 119.3º, el cual establecía que *“se considerará funcionario todo el que por disposición inmediata de Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”*.

Por último, con el Código Penal de 1995, el Legislador emprendió una reforma, del todo necesaria, de este grupo de delitos con la finalidad de adecuarla a la Administración Pública del momento. En este sentido, la nueva denominación del Título XIX, “delitos contra la Administración Pública”, puso de manifiesto esta nueva orientación político-criminal, ya que permitió identificar como interés común a todos los tipos incluidos en el Título mencionado el correcto desempeño de la función pública, formada por la actividad administrativa, judicial y legislativa. Para alcanzar dicha finalidad deberán respetarse de forma estricta las previsiones constitucionales formuladas en esta materia.

Así, el art. 9.1 de la Constitución Española, establece el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, situando su actuación en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En la misma línea, el art. 103 de la Constitución establece la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad los intereses generales y de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Por tanto, en el Código de 1995 no se buscó la protección de la Administración Pública en sí misma, sino que dicho texto reconoció como *“único interés merecedor de tutela de la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho”*<sup>12</sup>.

Por otro lado, es necesario distinguir cuando interviene el Derecho Penal en este ámbito, ya que sobre la ordenación y control de las distintas funciones públicas inciden

---

<sup>12</sup>MORALES PRATS, F. y RODRIGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración Pública”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1682.

también otras ramas del Derecho, fundamentalmente el Derecho Administrativo, por ello se hace indispensable delimitar cuales son las conductas que serán sancionadas por el Derecho Penal y cuáles no, ya que en virtud del principio “*non bis in idem*”, una misma conducta no podrá ser sancionada dos veces.

### **III. CUESTIONES GENERALES**

#### **1. Los delitos contra la Administración Pública tras la Reforma del Código Penal de 2015**

Respecto a los delitos contra la Administración Pública, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la cual se modifica el Código Penal de 1995, tiene como objetivo adaptarse a la normativa internacional contra la corrupción, así como reforzar la punición de los llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública.

Por un lado, se elevan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública. En primer lugar, se prevé el aumento de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público en los delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraudes y exacciones ilegales, entre otros. Y en segundo lugar, se añade la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo a aquellos delitos que llevan aparejada la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, impidiendo de este modo que el condenado por alguno de estos ilícitos pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo.

Por otro lado, se establece una previsión especial en materia de libertad condicional, de tal forma que la misma podrá negarse cuando el penado por alguno de estos delitos hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración. Con esta modificación lo que se pretende es que los condenados a penas privativas de libertad por delitos contra

la Administración Pública no puedan acceder al beneficio de la libertad condicional en el caso de que no hayan procedido a la reparación económica que corresponda.

Por último, cabe señalar que con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha ampliado el concepto de personas asimiladas a los funcionarios públicos a los efectos de punición de algunos delitos contra la Administración Pública, como por ejemplo los delitos de cohecho, malversación o negociaciones prohibidas, incluyendo como posibles sujetos activos a determinados particulares que realizan actividades vinculadas al ejercicio de funciones públicas. Del mismo modo, se ha formulado un nuevo concepto de funcionario extranjero, al que también podrán resultarle de aplicación determinados preceptos penales.

## **2. El concepto de corrupción pública**

Tal como hemos mencionado en el apartado anterior, el objetivo principal de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal de 1995, es adaptarse a la nueva normativa internacional contra la corrupción, con la intención de combatir el aumento de actividades corruptivas que venimos sufriendo en España por parte de los cargos públicos desde los últimos años. Es por ello, que creo conveniente hacer una breve mención al concepto de corrupción pública.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en la cuarta acepción de corrupción, define la misma de la siguiente manera: *“En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole de sus gestores”*. Desde el punto de vista gramatical, el término corrupción se refiere a un fenómeno de desnaturalización, en el sentido de que, la corrupción pública implica una degradación de lo público en lo privado<sup>13</sup>.

Del mismo modo que la Real Academia Española de la Lengua contempla siete acepciones distintas del término corrupción, desde el punto de vista científico, existen

---

<sup>13</sup>CORTINA ORTS, A., en LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (Coord.)/ALVAREZ MEDINA, S. (Coord.), *La corrupción política*, Edit. Alianza Editorial, 1997, pág.266.

también una variedad de sentidos que varía dependiendo las perspectivas desde las que se define la corrupción (administración pública, mercado, moral, interés general, etc.).

En el ámbito de las ciencias sociales, y desde la perspectiva del funcionario público, JOSEPH SAMUEL NYE<sup>14</sup> define la corrupción como *“el comportamiento de un funcionario público que se desvía de los deberes formales propios de su cargo, debido a una ganancia privada que puede estar relacionada con un mejoramiento de estatus, con bienes pecuniarios o personales; o que viola normas que proscriben el ejercicio de cierto tipo de influencias de carácter privado”*.

Por su parte, ALFONSO SABÁN GODOY<sup>15</sup> define la corrupción como *“la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido”*, especificando que la corrupción pública es *“la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando este difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional mencionado (art.103.1 CE)”*

Según algunos autores<sup>16</sup>, la corrupción pública desvía el interés general hacia intereses particulares, confundiendo de este modo las esferas pública y privada mediante la inserción de intereses privados como motivo de los actos públicos. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, señala que la corrupción se desarrolla a través de *“conductas de los servidores públicos que se apartan del ejercicio correcto de las funciones que como tales tienen encomendadas, haciendo interferir intereses privados propios o de terceros incompatibles con o, al menos, distorsionadores de los intereses públicos a que se orientan aquellas funciones”*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup>NYE, J.S., en HEIDENHEIMER A.J.; Johnston, M. y LeVine, V. T. (eds), “Corruption and political development: A cost-benefit analysis”, *Political Corruption*, 1989, pág.966. Este texto ha sido traducido por Manuel Espinel Vallejo, en *Revista Zona Abierta*, nº 98-99, 2002, pág. 37.

<sup>15</sup>SADAN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 16.

<sup>16</sup>Entre otros, GARZON VALDÉS, E., “Acerca del concepto de corrupción”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 56, 1995, págs. 26-38; CASTRO CUENCA, C.G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009, Págs. 33 y 56; JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, M., en LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (Coord.)/ALVAREZ MEDINA, S. (Coord.), *ob. cit.*, pág. 140.

<sup>17</sup>DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español” en *RDUC*, N°7,2004, pág. 149.

En conclusión, y tal como indica EMMANUEL JIMENEZ FRANCO<sup>18</sup>, la corrupción se debe a un abuso o desviación de poder y a una falta de probidad y honestidad en la adopción de decisiones públicas, quedando estos actos impunes en la mayoría de las ocasiones.

### 3. Concepto penal de funcionario público y autoridad

Generalmente, en los delitos contra la Administración Pública, el sujeto activo es una autoridad o funcionario público, aunque se dan excepciones en las que el sujeto activo del delito es un particular, como por ejemplo en los arts. 422 y 435 CP. Por ello, se hace necesario abordar qué es lo que se entiende por funcionario público y por autoridad, ya que de ello dependerá que una persona pueda o no ser sujeto activo de dichos delitos, en concepto de autor.

Pues bien, a priori, lo que podría parecer más lógico para conocer el concepto de funcionario público, es acudir al Derecho Administrativo, el cual en el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece lo siguiente:

*“1. Son empleados públicos los que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*

*2. Los empleados públicos se clasifican en: a) funcionarios de carrera; b) funcionarios interinos; c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; y d) Personal eventual”.*

Sin embargo, el Código Penal establece su propio concepto de funcionario público, sin que el mismo coincida con el utilizado en Derecho Administrativo. Así, el legislador ha decidido utilizar un concepto de funcionario público a efectos penales, y para ello ha dado una definición del mismo en el artículo 24 del Código Penal, el cual dispone lo siguiente:

*“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*

---

<sup>18</sup>JIMENEZ FRANCO, E., “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de *legeferenda* para una nueva cultura de integridad” en *Actualidad Administrativa*, N° 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de Marzo de 2015, tomo 1, Ed. La Ley, 2012, pág. 538.

*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 autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”*

La jurisprudencia<sup>19</sup> señala que el concepto penal de funcionario público es un concepto “*nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, solo eventualmente coincide con los criterios del Derecho Administrativo*”.

En definitiva, vistos ambos conceptos, podemos decir que el concepto penal de funcionario público se diferencia del administrativo, fundamentalmente en dos aspectos: en primer lugar, la participación en el ejercicio de funciones públicas y, en segundo lugar, la habilitación para dicho ejercicio por algunos de los títulos a los que se refiere el artículo 24 del Código Penal<sup>20</sup>.

A continuación, procederemos a estudiar en profundidad dichas diferenciaciones, así como el concepto de funcionario público en el ámbito penal.

### **3.1 Concepto de funcionario público**

La doctrina<sup>21</sup> y la jurisprudencia<sup>22</sup>, de forma prácticamente unánime, sostienen que el concepto que ofrece el art. 24 C.P de funcionario público y autoridad es solo a

---

<sup>19</sup> Entre otras, STS 37/2003, de 22 de enero; STS 1030/2007, de 4 de diciembre; STS 186/2012 de 14 de marzo; STS 421/2014, de 16 de mayo.

<sup>20</sup> MELENDO PARDOS, M., “Autoría, participación y función pública”, en LACRUZ LOPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M., *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Edit. Dykinson S.L., Madrid, 2015, pág.100.

<sup>21</sup> Entre otros, SUÁREZ- MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.)/JUDEL PRIETO, A. /PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Edit. Civitas, Pamplona, 2011, pág. 494; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 163 y169;

efectos penales. Por tanto, dicha definición no es válida en todo el ordenamiento jurídico español, ni tampoco constituye ninguna Ley penal en blanco. Así, podemos afirmar nuevamente que el concepto aportado por el Derecho Penal no coincide con el suministrado por el Derecho Administrativo. El legislador penal descarta la definición estricta de funcionario dada por el Estatuto Básico del Empleado Público, decantándose por un concepto funcional, autónomo y exclusivo del Código Penal, de aplicación supletoria en lo no previsto expresamente en las leyes penales especiales.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>23</sup>, diciendo que *“el Código Penal se ha decantado por un concepto amplio de funcionario, situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo de varios tipos penales. Se ha destacado que el Código Penal prescinde de una afirmación categórica y precisa del concepto de funcionario al decir en el comienzo del precepto que se “considerará funcionario público” a los que se comprendan en algunos de los supuestos que describe a continuación. Los ejes rectores del concepto de funcionario a efectos penales pasan por criterios distintos. Por un lado tendrán esta consideración todos aquellos que presten servicios a entidades y organismos públicos. Pero no se agota en este criterio la atribución del concepto de funcionario en cuanto que puede venir también atribuido por el hecho de actuar sometido a la actividad de control del derecho administrativo. Como ha dicho un sector de la doctrina, se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de*

---

VAZQUEZ-PORTOMEÑE, F., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 344; QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto penal de funcionario público”, en *CPC*, nº27, 1985, pág. 479.

<sup>22</sup> Entre otras, STS 1104/1998, de 3 de octubre; STS 37/2003, de 22 de enero; STS 1122/2007, de 10 de diciembre; STS 186/2012, de 14 de marzo; STS 421/2014, de 16 de mayo; STS 149/2015, de 11 de marzo.

<sup>23</sup> Entre otras, STS 1544/2004, de 23 de diciembre; STS 874/2006, de 18 de septiembre; STS 615/2007, de 12 de junio; STS 186/2012, de 14 de marzo.

*determinados bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del derecho administrativo".*

En definitiva, el concepto de funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el concepto administrativo, ya que el primero no solo incluye a los funcionarios profesionales y permanentes, sino que también hace referencia a los funcionarios políticos o electivos<sup>24</sup>.

El concepto penal de funcionario público está formado, por un lado, por el elemento de la participación en el ejercicio de funciones públicas, y, por otro, en un título de habilitación para dicha participación. La habilitación para la participación, tal como establece el párr. 2º del art. 24 C.P, puede obtenerse a través de tres títulos: disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento por autoridad competente.

Por tanto, son estos dos elementos, el primero de orden objetivo y el segundo de naturaleza subjetiva, los que deben concurrir para que podamos hablar de funcionario público a efectos penales.

A continuación trataremos cada uno de los elementos anteriores de forma más detallada.

➤ Participación en el ejercicio de la función pública:

En primer lugar, es necesario determinar qué es lo que se entiende por función pública. Al enfrentarnos a este concepto, nos encontramos ante el problema de distinguir entre funciones públicas y privadas, cuestión que cada vez se hace más compleja debido al creciente intervencionismo del Estado en todos los órdenes de la vida, unido a la privatización de los servicios públicos.

---

<sup>24</sup>MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 22.

En la actualidad, según JAVATO MARTÍN<sup>25</sup>, se distinguen cuatro concepciones de función pública:

a) Concepción teleológica-subjetiva<sup>26</sup>: atiende a la finalidad, defendiendo que la función pública es aquella que persigue la satisfacción de los intereses públicos y generales. Se identifica la función pública como “*la función proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o para estatales*”. Tal como indica MARIANO MELENDO PARDOS, nuestro Tribunal Supremo sigue, mayoritariamente esta concepción “*en cuanto considera que las características esenciales de la función pública son la persecución de fines colectivos generales y su realización por órganos públicos*”<sup>27</sup>.

b) Concepción objetiva: el máximo representante de esta tesis es QUERALT<sup>28</sup>, el cual defiende que la función será pública o privada según el sector del ordenamiento jurídico que contemple el régimen de actividad del ente público, de tal forma que serán funciones públicas aquellas sometidas a Derecho público, y, por el contrario, funciones privadas las que se rijan por el Derecho privado.

c) Concepción subjetiva: esta corriente es la más actual y es patrocinada por VALEIJE ÁLVAREZ<sup>29</sup>, que expone un concepto subjetivo de función pública, definiéndola como “*toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente es imputable a la Administración*”, es decir, “*el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación*”.

d) Concepción mixta o ecléctica: consiste en combinar los criterios anteriores, dando lugar a una tesis mixta de corte más restrictivo, seguido por la

---

<sup>25</sup> JAVATO MARTÍN, A.M<sup>a</sup>., “El concepto de funcionario y autoridad a efector penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº23, Enero, 2011, pág. 157.

<sup>26</sup> Defendida por MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal. Parte especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 904; CASAS BARQUERO, E., “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español”, en *Documentación jurídica*, julio-septiembre, 1978, págs. 876 y 877; COBO DEL ROSAL, M., *Examen crítico del párrafo del artículo 119 del Código penal español*, LRJ, 1962, págs. 230.

<sup>27</sup> MELENDO PARDOS, M., “Autoría, participación y función pública”, en LACRUZ LOPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M., *Tutela penal de las Administraciones...*”, ob.cit., pág.100.

<sup>28</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto penal...”, ob.cit., págs. 482 y 483 y QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Edit. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1052.

<sup>29</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *CPC*, nº 62, 1997, págs. 473 y ss.

doctrina mayoritaria<sup>30</sup>. Esta concepción exige la concurrencia de un triple elemento para la construcción del concepto de función pública: el subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público), el objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público), y el teleológico (función pública es aquella que persigue fines públicos). Tal como dice MIR PUIG<sup>31</sup>, en esta concepción el elemento esencial sería el teleológico, ya que su ausencia privaría del carácter público a la función.

Al margen de las cuatro concepciones anteriores, la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2012, de 14 de marzo señala que *“la jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos”*.

Una vez aclarado el concepto de función pública, es necesario esclarecer el sentido que se debe de otorgar, en este contexto, al término “participación”. Esta cuestión también ha sido polémica en la doctrina, discutiendo si el hecho de participar en las funciones públicas es equivalente al ejercicio del cargo. Se pueden distinguir las siguientes posturas<sup>32</sup>:

a) Por un lado, QUERALT<sup>33</sup> defiende que ejercicio del cargo y participación en la función pública son términos sinónimos a efectos penales, y para sostener esta posición expone dos tipos de argumentos: uno de naturaleza semántica, *“ la coloquialidad de las expresiones del Código Penal en este contexto no permite efectuar preciosismos dialécticos con su terminología”*, y otro ligado a la ratio de la ley, que según este autor, reside en que *“ no parece convincente el limitar la consideración de funcionario público a efectos penales únicamente a quien lo es desde el punto de vista de otros sectores de Derecho público”*. Por

---

<sup>30</sup>Entre otros, VIVES ANTÓN, T.S., *Las detenciones ilegales*, Edit. Bosch, Barcelona, 1977, págs. 51 y 52; PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal por funcionario público*, Edit. Edersa, Madrid, 1990, pág.151; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 87; y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho...*, ob.cit., págs. 134 y 135.

<sup>31</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 24.

<sup>32</sup> JAVATO MARTÍN, A.Mª, “El concepto de funcionario...”, ob.cit., pág. 161.

<sup>33</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J, “El concepto penal...”,ob.cit., pág. 484.

ello, sostiene que *“junto a los que desempeñan funciones públicas en el sentido del Derecho público, el Código penal incluye otros individuos en la categoría de funcionarios, por vía de título de incorporación, los cuales de otro modo no lo serían.”* Por todo lo anterior, considera que ambos términos son equiparables.

b) Una posición totalmente contraria a la anterior, defendida por COBO DEL ROSAL<sup>34</sup>, sostiene que participar en el ejercicio de la función pública no conlleva ejercer el cargo. Este autor considera que no son términos sinónimos, ya que se puede participar en la función pública sin ejercer y sin tener ningún cargo. Sin embargo, expone que, a la inversa, ejercitar el cargo conlleva necesariamente la participación en el ejercicio de la función pública.

c) Por último, nos encontramos ante la postura defendida por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO<sup>35</sup>, que se encuentra en la misma línea que COBO DEL ROSAL, al considerar que no estamos ante términos equiparables, pero defendiendo su postura con argumentos totalmente distintos. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO critica que con la postura expuesta por COBO DEL ROSAL se estaría barajando una noción técnico-administrativa de ejercicio del cargo, de tal forma que la posibilidad de cometer los delitos del Título VIII, refiriéndose al del antiguo Código de 1973, quedaría limitada a los que ejercen un cargo público en sentido administrativo. Por ello, este autor defiende que el término “ejercicio del cargo” debería entenderse de forma amplia, de tal modo que *“ejercer el cargo supone más que participar del ejercicio de la función pública: implica ejercer efectivamente dicha función.”*

➤ Títulos de habilitación:

La habilitación para la participación en la función pública, el elemento restante para ser considerado como funcionario a efectos penales, debe efectuarse a través de uno de los tres títulos mencionados en el art. 24 C.P, que son los siguientes:

a) Disposición inmediata de la ley: esta es la que habilita inmediatamente a una persona a participar en el ejercicio de funciones públicas. En cuanto a este título, se discute sobre el significado jurídico penal que cabe atribuirle al término

---

<sup>34</sup> COBO DEL ROSAL, M., *Examen crítico...*, ob.cit., págs. 254-255; y COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), y QUINTANAR DÍEZ, M., “Artículo 24”, en *Comentarios al Código Penal*, Edit. Edersa, Tomo II, Madrid, 2000, pág. 50.

<sup>35</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación...*, ob.cit., págs. 139 y ss.

“ley”. La mayoría de la doctrina<sup>36</sup> entiende que dicha ley habilitante ha de ser en sentido estricto, ley formal, o norma con fuerza de ley estatal o autonómica, ya que de lo contrario, afirman sus partidarios, se estaría incurriendo en una interpretación extensiva *contra reo* sin base legal. Frente a la anterior, un sector minoritario<sup>37</sup> opta por un concepto amplio de ley, compuesto por toda disposición de rango general.

b) Elección: en todos los Códigos anteriores al de 1944 se venía hablando de elección popular, de tal forma que solo podían incluirse aquí los sujetos elegidos directamente por los ciudadanos mediante sufragio universal. A partir de la Reforma de 1944 el adjetivo popular se vio suprimido, lo que facilitó el encaje en el seno de este Título a las elecciones secundarias y terciarias. Desde el punto de vista de OLAIZOLA NOGALES<sup>38</sup>, la elección precisa de un nombramiento posterior, de tal forma que *“cuando el nombramiento proviene de una previa elección, el título de incorporación que debe tenerse en cuenta será el de la elección, siendo el nombramiento relevante, a efectos de ser considerado título de incorporación”*, sólo en aquellos casos en los que es directo y sin elección previa.

c) Nombramiento por autoridad competente: nos referimos a los actos de la autoridad competente, como pueden ser, Reales Decretos o Acuerdos gubernativos, que tienen por origen mediato una Ley. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>39</sup> defiende que *“este título de incorporación será para aquellos supuestos en los que la ley no disponga de forma inmediata la provisión de plazas, sino que se remite a otras disposiciones que la complementan o la desarrollan”*. Se entiende que dicha disposición mediata ha de tener el carácter de Ley en sentido estricto o con fuerza de Ley. Por tanto, siguiendo a QUERALT<sup>40</sup>, se puede afirmar que *“no será funcionario público a efectos penales quien sea nombrado por autoridad competente sólo en base a una disposición reglamentaria.”* Por otro lado, se puede decir que el término nombramiento no

---

<sup>36</sup> Entre otros, COBO DEL ROSAL, M., *Examen crítico...*, ob.cit., pág. 224; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto penal...”, ob.cit., pág. 487; PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica...*, ob.cit., págs. 145 y ss.; y MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 25.

<sup>37</sup> Entre otros, DEL TORO MARZAL, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, pág. 735; y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 930.

<sup>38</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho...*, ob.cit., 154.

<sup>39</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoridad y funcionario público”, en *EJB*, Tomo II, 1995, pág. 711.

<sup>40</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto penal...”, ob.cit., pág. 490.

tiene el mismo significado que en el ordenamiento administrativo, pues en este caso se incluyen también aquellas personas que acceden a la función pública sin haber concurrido a la oposición o concurso pertinente, como pueden ser el personal de libre designación y de confianza política, entre otros.

Por último, cabe hacer mención a la denominada “huida del Derecho Administrativo” en la gestión del servicio público, a través de la cual se han empleado, cada vez con mayor frecuencia, formas mercantiles para la prestación de auténticas funciones públicas. La expresión “en el ejercicio de funciones públicas” empleada por el art. 24 C.P debe quedar incluida, en el desempeño de una actividad de servicio público, y puede llegar a considerarse una cuestión accidental la forma concreta de gestión a través de la cual este se desempeña<sup>41</sup>. En base a lo anterior, serán también considerados funcionarios públicos a efectos penales los representantes de la Administración en las empresas públicas en régimen de Derecho privado, y como consecuencia, será posible la comisión de los delitos comprendidos en el Título XIX en el ámbito de las empresas públicas bajo régimen de Derecho privado.

### 3.2 Concepto de autoridad

En cuanto al concepto penal de autoridad, atendiendo a lo expuesto en el art. 24.1 C.P, se exigen dos elementos de forma alternativa: o bien el “mando”, o bien “el ejercicio de la jurisdicción propia”. Estos dos rasgos son los que nos permiten diferenciar a la autoridad del resto de funcionarios. Antes de analizar cada uno de estos dos elementos, es necesario precisar que *“para ser autoridad se ha de ser, al mismo tiempo, funcionario público a efectos penales, es decir, poseer la habilitación que la Ley penal exige y participar en las funciones públicas”<sup>42</sup>.*

Dicho lo anterior, en primer lugar aparece el término “mando”, el cual se encuentra estrechamente ligado a la idea de coerción, ya que implica coerción jurídica pero no física. Así, debemos entender por “mando” la potestad de reclamar obediencia<sup>43</sup>, de tal forma que la desatención de un mandato emitido por la autoridad, dictado con todas las formalidades legales requeridas, supondrá, por parte de los

---

<sup>41</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 27.

<sup>42</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español...*, ob.cit., pág. 1057.

<sup>43</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 27; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español...*, ob.cit., pág. 1058;

funcionarios, la comisión del delito de desobediencia funcional, contemplado en el art. 410 C.P. La potestad de la que venimos hablando, no se limita exclusivamente al ámbito de las relaciones jerárquicas de la Administración, sino que también se extenderá a las relaciones entabladas entre ésta y los ciudadanos. Por otro lado, PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ Y ANA I. SOBRINO MARTÍNEZ<sup>44</sup> afirman que *“tener mando viene a significar tener la facultad de disponer, obligando con ello a otros ciudadanos, ostentando por tanto la consiguiente capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público”*.

En segundo lugar, respecto al “ejercicio de la jurisdicción propia”, la doctrina<sup>45</sup> considera que este término debe entenderse en un sentido amplio, de tal modo que no podemos entender por jurisdicción únicamente la función de juzgar, sino que debe entenderse como *“la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público constituido en autoridad que implique la aplicación del Derecho objetivo”*<sup>46</sup>. En palabras de JAVATO MARTÍN<sup>47</sup>, el ejercicio de la jurisdicción propia debe entenderse como *“la potestad de resolver asuntos, del tipo que sean, sometidos al funcionario.”* En todo caso, dicha jurisdicción ha de ser propia, lo que significa que no ostentarán la condición de autoridad aquellos que ejerzan jurisdicción de manera delegada.

El Código Penal de 1995 otorga, por primera vez de forma expresa, la consideración de autoridad a los miembros del Parlamento nacional, el europeo y los autonómicos.

#### **4. La Administración Pública como bien jurídico protegido**

En primer lugar, cabe hacer referencia al cambio terminológico que se produjo con el Código Penal de 1995, el cual bautiza su Título XIX como “Delitos contra la Administración pública”, desechando el título que había venido precediendo,

---

<sup>44</sup>RODRIGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTINES, A.I., *Delitos contra la Administración Pública*, Edit. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 40.

<sup>45</sup>Entre otros QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto penal...”, ob.cit., pág. 498; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 28; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho...*, ob.cit., pág.171.

<sup>46</sup>QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español...*,ob.cit., pág. 1058.

<sup>47</sup>JAVATO MARTIN, A.M<sup>a</sup>., “Artículo 24”, en GOMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edit. LexNova, Valladolid, 2011, pág. 287.

generalmente, a estos delitos en Códigos anteriores: “Delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, considerando la doctrina<sup>48</sup> que se trataba de una intitulación “*fenomenológica e incorrecta*.” Con este nuevo encabezado, queda esclarecida que la finalidad de los preceptos incluidos en el Título XIX es la protección de la Administración pública. Ahora bien, en opinión de FEIJOO<sup>49</sup>, no puede considerarse que todos los delitos contemplados en dicho título del Código Penal afecten a la Administración pública, ya que algunos de ellos no lo hacen, concretamente, los contenidos en los arts. 422, 435.3, 438 y 440.

A continuación, nos centraremos en la Administración pública como bien jurídico protegido. Según FEIJOO<sup>50</sup>, la referencia a la Administración pública no ofrece un criterio interpretativo totalmente seguro, y ello es porque se trata de un bien jurídico de carácter supraindividual, por lo que se hace necesario realizar una concreción que pueda ayudar a efectos interpretativos. En primer lugar, cabe decir que la mayoría de la doctrina entiende la Administración pública como un bien jurídico de tipo funcional y no de tipo estático, es decir, que lo que se pretende tutelar en el Título XIX del Código Penal es el correcto desempeño de la función pública en sus diversas variantes. Por tanto, a partir de lo anterior podemos decir que la finalidad perseguida por los arts. 404 y ss. del Código Penal es proteger la función o tarea constitucional de la Administración pública: servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA<sup>51</sup>, en la línea de la doctrina dominante, sostienen que “*desde esta perspectiva, la tutela penal de la actividad pública no puede desvincularse del marco institucional en el que ésta se lleva a cabo. En efecto, si de lo que se trata es de garantizar el correcto desempeño de la función pública, deberán respetarse para ello las previsiones constitucionales formuladas en esta materia. Precisamente por esta razón resulta imprescindible la referencia a los principios y valores que constitucionalmente articulan su funcionamiento. Este planteamiento de la cuestión conduce a negar definitivamente la protección de la Administración per se o bien de su prestigio o dignidad, y a reconocer como único interés merecedor de tutela la actividad*

---

<sup>48</sup> Entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...*, ob. cit., pág.135 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>

<sup>49</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública...”, ob.cit.

<sup>50</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública...”, ob.cit.

<sup>51</sup> MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M<sup>a</sup>J, *Comentarios a la Parte Especial...*, ob.cit.,pág. 1127.

*pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En este contexto jurídico-político, la actividad pública no se justifica ni legitima por sí misma, sino en cuanto que instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales.”*

Partiendo de lo anterior, y según explica FEIJOO<sup>52</sup>, no ha de entenderse el “correcto funcionamiento de la Administración pública” como perfección en el funcionamiento, sino que con esta expresión más bien se hace alusión a que la Administración pública debe cumplir con unos “mínimos” a la hora de servir a los intereses generales, de tal modo que el Derecho Penal no incidirá en todas las perturbaciones de la actividad administrativa, sino únicamente en aquellas que no respeten los “mínimos” establecidos para que la Administración funcione de forma correcta.

Desde la perspectiva político-criminal, dichos “mínimos” pueden entenderse como un interés básico para la continuidad de nuestro sistema político-social, tal y como se entiende en la actualidad, y es por ello que la intervención del Derecho Penal se ve legitimada. Tal legitimación se ve justificada por la protección de “lo básico en la función pública” como un interés más restringido que un funcionamiento perfecto de la Administración.

Pues bien, al protegerse, en la mayoría de los preceptos, un bien jurídico de carácter supraindividual, en ellos no se exige una lesión del correcto funcionamiento de la Administración pública para la consumación, de tal manera que, el legislador ha decidido proteger ciertos presupuestos con independencia de su carácter lesivo en el supuesto concreto. También encontramos preceptos en este Título XIX en los que la perturbación de la función pública opera como agravación, como por ejemplo en los arts. 417, 418, 432.2 y 442.2 del Código Penal.

Por otro lado, se puede considerar que el “correcto funcionamiento de la Administración” es una finalidad tuitiva general, y que por tanto necesitará de concreciones a la hora de ocuparse de los distintos delitos del Título XIX de forma individual. Respecto a esta cuestión hablaremos más adelante, al concretar

---

<sup>52</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública...”, ob.cit.

individualizadamente sobre los bienes jurídicos específicos de la prevaricación y el cohecho.

En conclusión, se entiende que la previsión jurídico penal de los tipos delictivos contenidos en el Título XIX, tiene por objeto garantizar que la actuación de la Administración sea acorde al procedimiento que la Ley establece, así como que las entidades públicas, los funcionarios y los empleados que de ella dependen, realicen sus funciones atendiendo en todo momento a los intereses generales, y no con un fin de beneficio personal, empleando las prerrogativas que el Derecho administrativo ofrece a la Administración pública y a sus órganos para el cumplimiento de sus fines<sup>53</sup>.

### **5. La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7ª CP) y los delitos contra la Administración pública**

La circunstancia agravante contemplada en el art. 22.7ª del Código Penal encuentra su fundamento en el abuso de una superioridad de carácter moral, utilizada por el delincuente para un beneficio particular, el cual utiliza su condición funcional con propósitos criminales.

Para que esta agravante sea de aplicación, son necesarios los siguientes requisitos<sup>54</sup>: en primer lugar, que el sujeto activo ostente la condición de funcionario público, en segundo lugar, que el sujeto, aprovechándose de las ventajas que le ofrece su cargo, ponga su condición funcional al servicio de su propósito criminal. En tercer lugar, que las funciones propias del cargo faciliten al sujeto la comisión del hecho delictivo, y, por último, que en la comisión del delito no concurra, por parte del sujeto, un abuso en el ejercicio de su función pública específica. En la misma línea, diversa jurisprudencia<sup>55</sup> de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establece que *“la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable requiere que el autor ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que, como tiene dicho gráficamente esta Sala, en lugar de servir al cargo de funcionario se*

---

<sup>53</sup> GARCIA PAZ, D., y JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 26 de Marzo de 2014, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>

<sup>54</sup> GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22.7ª”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2011, pág. 216.

<sup>55</sup>Entre otras, STS 984/1995, de 6 de octubre; STS 1438/2005, de 23 de noviembre; STS 93/2007, de 1 de febrero; STS 305/2014, de 7 de abril.

*sirve de él para delinquir. En definitiva, el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito”.*

Pues bien, respecto al segundo requisito mencionado, RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>56</sup> defiende que lo que da lugar a la agravación no es el simple hecho de que el sujeto “tenga” carácter público, sino que es necesario que además se “prevalga” del mismo. Por tanto, lo que realmente agrava la responsabilidad criminal del sujeto no es la condición personal del mismo, sino que este se resguarde en las facilidades que le otorga la función pública para consumar el delito.

En cuanto a la aplicación de esta agravante a casos concretos, la doctrina a puesto de manifiesto que el funcionario público puede delinquir de las tres maneras siguientes<sup>57</sup>:

En primer lugar, puede delinquir como funcionario público, es decir, abusando del empleo o cargo público que ostenta, aplicándose en este caso las figuras delictivas especiales, contempladas en el Título XIX del Código Penal, cuyo sujeto activo debe ser, necesariamente, un funcionario. En estos supuestos, no será de aplicación la circunstancia agravante de prevalimiento de carácter público, ya que el legislador, al fijar el tipo de injusto y la pena, ya tuvo en cuenta la cualidad de funcionario del sujeto activo, del tal forma que si en estos casos se aplicara dicha agravante se incurriría en *bis in ídem*, prohibido por el art. 25 de la Constitución española. Cuando el funcionario público delinque como funcionario, con lo que nos encontramos es con un abuso de la función pública, tipificado, generalmente, el alguno de los preceptos del Título XIX del Código Penal.

En segundo lugar, el funcionario puede actuar como un particular, sin que en su actuación se aprecie ningún vínculo con su cargo de empleo público, de tal modo que en este supuesto tampoco sería de aplicación la agravante del art. 22.7ª C.P.

---

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1972.

<sup>57</sup> GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22.7ª...”, *ob.cit.*, pág. 217.

En tercer y último, lugar, el sujeto puede actuar como un particular pero amparándose en las facilidades que le proporciona su cargo o empleo público para cometer el delito, supuesto en el que sí será de aplicación la agravante de prevalimiento del carácter público.

Para concluir con esta cuestión, es necesario abordar la distinción entre “abuso del oficio” y “abuso del carácter público”. En cuanto al primero de ellos, el funcionario público comete el delito en el ejercicio de las funciones que específicamente le han sido otorgadas, vulnerando, de tal modo, las normas reguladoras de estas, mientras que, en el segundo supuesto, el funcionario público delinque como un particular pero aprovechándose, para cometer el delito, de las ventajas que le proporciona su condición funcional. Por tanto, y dicho lo anterior, *“esta agravante solo será aplicable cuando el funcionario cometa el delito fuera del ámbito de su jurisdicción”*<sup>58</sup>.

#### **IV. EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

El artículo 404 del CP, el cual establece que *“a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”*, constituye el tipo básico y rector respecto de todas las conductas de quebrantamiento funcional recogidas en el Título XIX del Código Penal.

MUÑOZ CONDE<sup>59</sup>, entiende que la prevaricación administrativa es la consecuencia de una concepción democrática del poder, en el que el mismo pasa a ser controlado judicialmente en sus desviaciones y excesos, llegándose, en los casos en los que es necesario, a la exigencia de responsabilidad penal cuando, en el ejercicio de ese poder, no se aplica de forma correcta el Derecho.

A partir de la promulgación de nuestra Constitución, la tutela penal de la Administración pública se encuentra entre las exigencias y valores constitucionales que articulan su funcionamiento sobre cánones de imparcialidad, transparencia, eficacia y servicio a los intereses generales, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Cuando

---

<sup>58</sup> GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22.7ª...”, ob.cit., pág. 217.

<sup>59</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 903.

las anteriores no son respetadas y se quebrantan gravemente, es cuando se recurre al Derecho penal, el cual, como ya es sabido, se rige por el principio de intervención mínima, procediendo, no cuando la actuación constituye una simple ilegalidad, sino cuando la misma constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración Pública.

### **1. El bien jurídico protegido**

El art. 404 del Código Penal, contempla una actuación típica y antijurídica, la cual vulnera el principio de legalidad que ha de regir la actividad de la función pública. Por tanto, se puede entender, por un lado, que el bien jurídicamente protegido es la sujeción a la legalidad y al Derecho por parte de la Administración en sus funciones y, que este interés protegido se ve lesionado cuando el funcionario al que se le encomienda y confía el ejercicio de actuaciones públicas, se separa de forma intencionada de la Ley y del procedimiento, vulnerando de esta forma el orden jurídico. Cuando esto ocurre, puede entenderse que el funcionario opera arbitrariamente<sup>60</sup>. Esta arbitrariedad supone un elemento constitutivo del injusto, ya que como establece la STS 228/2013, de 22 de marzo *“la conculcación del principio de legalidad que fundamenta la actuación administrativa se manifiesta con el ejercicio arbitrario del poder, que ha sido otorgado con fines de interés general, y sin embargo se emplea con un objetivo totalmente opuesto y exclusivamente personal de quien lo ejercita”*.

Según la STS 225/2015, de 22 de abril, el bien jurídico protegido por el art. 404 no es otro que *“el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho”*. En la misma línea, la STS 841/2013, de 18 de noviembre, establece que *“el bien jurídico protegido por este delito es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal”*. En este punto, nos parece de

---

<sup>60</sup> GARCÍA PAZ, D., y JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación...”, ob.cit.

interés destacar la opinión RODRÍGUEZ LÓPEZ Y SOBRINO MARTÍNEZ<sup>61</sup>, entre otros, que manifiestan que el delito de prevaricación no fue concebido para proteger a los órganos administrativos de eventuales problemas que pudieran atacar su prestigio o dignidad como instituciones. Así, defienden que *“se ha de despojar al bien jurídico protegido de concepciones y valores próximos a la «honorabilidad» de las instituciones públicas, pues se considera que este modo de concebir a este tipo penal no consigue materializar las exigencias «reales» de la tutela. El bien jurídico protegido se enfoca entonces hacia el cargo, es decir, hacia la corrección de su ejercicio frente a las irregularidades, extralimitaciones o perturbaciones que en el desempeño de sus funciones se pudiesen cometer<sup>62</sup>”*.

Por último, cabe mencionar que este bien jurídico encuentra en la Constitución una alusión explícita, concretamente en los apartados 1 y 3 del artículo 9, y en el artículo 103. Esta referencia en nuestra Carta Magna refleja la importancia que tiene para el constituyente el buen funcionamiento de la Administración pública, tanto institucionalmente como a través del correcto desempeño de los trabajos que los funcionarios tienen asignados. Con la incorporación de estas citas en la Constitución, la tutela penal de la Administración pública cobra una nueva perspectiva, en la que los valores constitucionales de imparcialidad, transparencia, eficacia y servicio a los intereses generales se cometen de pleno a la Ley y al Derecho<sup>63</sup>.

## 2. Tipo objetivo del delito

Antes de analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo, nos parece interesante hacer mención a los requisitos que el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia<sup>64</sup>, considera que deben darse para apreciar la existencia de un delito de prevaricación:

---

<sup>61</sup>RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *“Delitos contra la Administración...”*, ob.cit., pág. 47.

<sup>62</sup>CASTRO LIÑARES, D., “Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre”, en *Diario La Ley* N°8753, Sección Doctrina, Edit. La Ley, mayo de 2016, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>, haciendo referencia a RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 47.

<sup>63</sup>IGLESIAS RIO, M.A., “Artículo 404”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo V, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2015, pág. 193/CASTRO LIÑARES, D., “Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación...”, ob.cit.

<sup>64</sup>Entre otras, STS 743/2013, de 11 de octubre; STS 1021/2013, de 26 de noviembre; STS 797/2015, de 24 de noviembre; STS 606/2016, de 7 de julio; STS 692/2016, de 27 de julio.

*“1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3º) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, pueda manifestarse en la falta absoluta de competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5º) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho”.*

Una vez aclarado lo anterior, y adentrándonos ya en el tema del elemento objetivo del delito, comenzaremos haciendo mención a la Sentencia 535/2013, de 4 de octubre de la Audiencia Provincial de Málaga, la cual esclarece que la conducta típica de la prevaricación, *“que únicamente puede ser realizada por un funcionario público como sujeto activo, siendo por ello un delito especial, consiste en «dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.* Respecto a esto, en el ATS 20837/2011, de 8 de marzo se afirma que *“la injusticia o arbitrariedad a que se refiere la resolución puede verse concretada en la absoluta falta de competencia del acusado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, de modo que ésta implique un torcimiento del derecho, o una contradicción con el Ordenamiento Jurídico, de tal manera patente, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el mundo del derecho”.*

En cuanto a la resolución arbitraria, implica que la misma sea contraria a Derecho, bien porque se haya dictado sin ostentar la competencia exigida legalmente, por no respetarse las normas esenciales del procedimiento, porque el fondo de la resolución sea contrario a lo dispuesto por la legislación vigente, o porque la misma suponga una desviación de poder<sup>65</sup>.

La STS 723/2009, de 1 de julio distingue dos requisitos objetivos necesarios para la apreciación de la prevaricación administrativa: que la resolución sea injusta y

---

<sup>65</sup> STS 727/2000, de 23 de octubre

arbitraria, pero antes de analizar detalladamente cada uno de ellos, es necesario abordar el concepto legal de resolución administrativa.

Podemos entender por resolución administrativa todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, y que a su vez afecte a la órbita de los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita o escrita, quedando excluidos los reglamentos y los actos políticos. Por tanto, conforme a lo anterior, y en virtud del art 4.1 CP, no todos los actos administrativos son susceptibles de integrar el tipo de la prevaricación, sino que para que una resolución entre en la esfera del tipo delictivo del artículo 404 del Código Penal, no puede versar sobre actos de naturaleza no decisoria, siendo atípicos los actos administrativos de trámite, consulta o circulares, ya que, aunque estos no carecen absolutamente de carácter decisorio, no resuelven en sentido material, y, en consecuencia, tampoco afectan a los derechos de los administrados<sup>66</sup>. Es decir, se exige que los hechos trasciendan a los ciudadanos, circunstancia que no se da con los actos no resolutivos, ya que no surten efectos frente a terceros. Diferente supuesto es el que se plantean dictámenes, informes, órdenes verbales o incluso gestuales, ya que se presentan dudas sobre si cabría su inclusión en la categoría de resoluciones<sup>67</sup>.

Jurisprudencialmente, la definición de resolución se encuentra en la misma línea que la apuntada doctrinalmente<sup>68</sup>. El Tribunal Supremo argumenta que *“las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal”*<sup>69</sup>.

Por último, y en virtud de lo expuesto en la STS 340/2012, de 30 de abril, cabe decir que la escritura pública no se considera resolución administrativa.

---

<sup>66</sup> GARCÍA PAZ, D., y JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación...”, ob.cit.

<sup>67</sup> CASTRO LIÑARES, D., “Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio...”, ob.cit. haciendo referencia a GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *“El delito de prevaricación de Autoridades y Funcionarios Públicos”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 49

<sup>68</sup> Entre otras, STS 866/2008, de 1 de diciembre; STS 502/2012, de 8 de junio; STS 300/2012, de 3 de mayo.

<sup>69</sup> Entre otras, STS 627/2006, de 8 de junio; STS 755/2007, de 25 de mayo; STS 743/2013, de 11 de octubre; STS 358/2016, de 26 de abril.

## 2.1 La arbitrariedad de la resolución

El art. 358 de los derogados Códigos Penales de 1944 y 1973, establecía, en su primer apartado, que la resolución debía ser “injusta” para estar tipificada como delito. Sin embargo, nuestro actual Código Penal exige que la resolución sea arbitraria. Pese a este cambio terminológico, injusticia y arbitrariedad son conceptos sinónimos, de tal forma que la jurisprudencia sobre la “injusticia” del acto es aplicable al Código Penal vigente<sup>70</sup>.

GONZÁLEZ CUSSAC<sup>71</sup>, defiende que la esencia del delito de prevaricación administrativa “*se encuentra en la idea de arbitrariedad*”, la cual constituye el punto de partida para el entendimiento del término “injusticia”. Este autor expone que, para que dé lugar la intervención del Derecho Penal y para que exista la “injusticia” requerida por el tipo, no basta con que el funcionario o la autoridad pública dicte una resolución contraria a Derecho, sino que será necesario “algo más”, y eso lo aporta la idea de arbitrariedad, como equivalente a “*torcer el derecho*”, en el sentido de tomar una decisión que se sitúe fuera del Ordenamiento Jurídico, no teniendo esta cabida en el mismo.

En otras palabras, para que una acción pueda ser calificada de delictiva, no basta con que la misma contradiga al Derecho, es decir, con que sea ilegal, sino que se requiere algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas de las conductas constitutivas de infracción penal. Este “plus” exige que se trate de una resolución injusta y arbitraria. A su vez, tal como indica el Tribunal Supremo, la ilegalidad deberá ser “*evidente, patente, flagrante y clamorosa*”<sup>72</sup>.

Por otro lado, LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN<sup>73</sup>, dicen que “*en la prevaricación administrativa la injusticia presenta un plus respecto de la mera ilegalidad, que, vinculado a los conceptos de imparcialidad, objetividad, búsqueda del interés general y sometimiento a fines, tiende a configurarla como ilegalidad burda,*

---

<sup>70</sup> FAMILIAR SÁCHEZ, A., “La prevaricación administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Sección comentarios de jurisprudencia, Tomo I, enero 2002, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>

<sup>71</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual”, en *Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J.*, 1995, pág. 68.

<sup>72</sup> STS 723/2009, de 1 de julio.

<sup>73</sup> LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M., “*El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*”, Edit. Eurojuris, Madrid, 1996, pág. 178.

*evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa”.*

Desde el punto de vista jurisprudencial<sup>74</sup>, el significado del término arbitrario aplicado a una resolución administrativa ha sido interpretado de manera objetiva, en el sentido de que se exige una contradicción de las resoluciones con el ordenamiento jurídico. El Tribunal Supremo afirma que la acción de prevaricar consiste en *“dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público”*<sup>75</sup>.

Por tanto, una vez dicho lo anterior, se puede afirmar que arbitrariedad no es equivalente a ilegalidad, y que por tanto, no es suficiente la mera ilegalidad para la intervención del Derecho Penal, ya que esto supondría, en la práctica, anular la intervención del control de los tribunales del orden contencioso-administrativo. En consecuencia, el Derecho Penal únicamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, es decir, *“de aquellas conductas que excedan de la mera contradicción con el Derecho, suponiendo un atentado consciente y grave a los intereses que precisamente protegen las normas infringidas”*<sup>76</sup>. Por ello, la arbitrariedad de la resolución deberá ser interpretada de forma restrictiva, como consecuencia del principio de intervención mínima<sup>77</sup>. En este sentido, MARÍA DOLORES SERRANO

---

<sup>74</sup> Entre otras, STS 228/2013, de 22 de marzo; STS 657/2013, de 15 de julio.

<sup>75</sup> STS 795/216, de 25 de octubre.

<sup>76</sup> STS 340/2012, de 30 de abril.

<sup>77</sup> PLEITE GUADAMILLAS, F., “El delito de prevaricación en la contratación pública”, en *Contratación Administrativa Práctica*, Sección Estudios, Enero 2015, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>; VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A., “Sobre la prevaricación administrativa”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, Tomo II, Nº 22, Sección de Comentarios a la jurisprudencia, Tomo I, Noviembre/Diciembre, 2012, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>

TÁRRAGA<sup>78</sup>, afirma que *“no todas las resoluciones contrarias a Derecho darán lugar al delito de prevaricación, pues en principio los órganos administrativos y la Jurisdicción contencioso administrativa son competentes para examinar la legalidad de dichas resoluciones. Solo constituirán delito de prevaricación, las resoluciones arbitrarias que infrinjan los principios constitucionales referidos al correcto desempeño de las funciones dentro de la Administración, tal y como corresponde a un Estado democrático de Derecho, acorde con los principios de intervención mínima y ultra ratio del Derecho Penal”*.

Por último, al tipificar el Código Penal la prevaricación administrativa, ha recalado que la misma implica “el ejercicio arbitrario del poder”, proscrito en el art. 9.3 CE. En este sentido, la jurisprudencia<sup>79</sup> del Tribunal Supremo ha manifestado que, *“se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular”*.

## 2.2 El término “injusticia”

En la doctrina alemana se han elaborado varias teorías de la prevaricación en torno al término de “injusticia”. Según MIR PUIG<sup>80</sup>, son las siguientes:

- a) Teoría subjetiva: defiende que existe injusticia cuando el funcionario o autoridad que dicta la resolución lo hace de forma distinta a como, según su convicción jurídica, debería hacerlo. Según esta tesis, no prevarica el funcionario que resuelve de acuerdo a su propia convicción jurídica, pero sí lo hace el que actúa contra la propia convicción de lo que es del Derecho, siendo así el convencimiento un elemento subjetivo, con independencia de que la resolución sea acorde o no al Derecho. Para SARSTEDT, uno de los máximos representantes de la teoría subjetiva, *“el bien jurídico protegido es la pureza del ejercicio del cargo de llevar a*

---

<sup>78</sup>SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Delitos contra la Administración Pública 1”, en LACRUZ LOPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M., *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Edit. Dykinson S.L., Madrid, 2015, pág. 222.

<sup>79</sup> Entre otras, STS 766/1999, de 4 de diciembre; STS 723/2009, de 1 de julio; STS 743/2013, de 11 de octubre; STS 600/2014, de 3 de septiembre.

<sup>80</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., págs. 48-53.

*cabo una administración de justicia sin tacha, y sólo mediatamente la corrección de la decisión.*”El planteamiento de esta teoría subjetiva, no ha tenido demasiada trascendencia ni en la doctrina alemana ni en la española, debido, según GONZÁLEZ CUSSAC<sup>81</sup>, al desprecio que esta hace al ordenamiento jurídico, al sistema de fuentes y a la división de poderes.

- b) Teoría objetiva: esta teoría es seguida por la doctrina dominante en Alemania(HEINITZ, SPENDEL, entre otros), así como por la doctrina española, que se inclina casi unánimemente por la teoría objetiva. Según esta teoría, el término injusticia debe computarse en relación al Ordenamiento Jurídico, de tal modo que se considera injusta toda resolución contraria a Derecho. En este caso, la base de la conducta prevaricadora es la lesión objetiva al Derecho aplicable, es decir, al Derecho positivo, contemplado desde el plano formal y desde el plano material, respetando tanto el sistema de fuentes como las normas de interpretación y de integración contenidas en el ordenamiento jurídico. En virtud de esta corriente, SPENDEL dice que *“no prevarica el funcionario que adopta una decisión justificable teóricamente, utilizando las normas de interpretación del Ordenamiento Jurídico”*.A su vez, según la teoría objetiva, el funcionario que, al dictar la resolución, estuviera totalmente convencido de que la misma era objetivamente injusta, *“no incurriría en responsabilidad penal si su creencia era errónea, y en realidad, estaba decidiendo en forma objetivamente correcta, debiendo considerarse dicho error, como un supuesto de delito punitivo impune.”*<sup>82</sup> El problema que plantea la teoría objetiva, es que el Derecho no es unívoco, concretamente en lo que se refiere a las leyes multívocas, a la discrecionalidad y a los conceptos indeterminados, con lo que el legislador pretende que sean los jueces y funcionarios los que decidan sobre la aplicación concreta de la ley en cada caso, rechazando así soluciones equivalentes a todos los supuestos. Ante esta dificultad, los partidarios de la teoría objetiva, entre ellos SEEBODEN, optan por ampliar el concepto de *“resolución objetivamente correcta”*, además

---

<sup>81</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, *El delito de prevaricación...*, ob.cit., pág. 50.

<sup>82</sup> COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 514.

afirman que para prevaricar no es suficiente una mera ilegalidad, sino que se precisa que la resolución contradiga al Derecho objetivo de manera manifiesta.

- c) Teoría intermedia: defendida por RUDOLPHI, también conocida como “teoría del incumplimiento del deber”. Esta coincide con la anterior en la idea de que hay casos donde *“una única solución es la correcta, dándose prevaricación si la decisión judicial no coincide con ella: se tratará de normas que no admiten más que una determinada interpretación”*. Por el contrario, discrepa con la teoría objetiva en el tratamiento de los casos de las leyes multívocas, la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, de tal modo que rechaza la idea de que todas las interpretaciones posibles sean correctas, afirmando que prevaricará el funcionario que no utilice los medios y métodos de interpretación científico-jurídica del Derecho. RUDOLPHI ofrece otro criterio, respecto a las leyes multívocas, para apreciar si existe prevaricación, consistente en tener en cuenta si el juez o funcionario actúa por *“estímulos, móviles o intereses ajenos al Derecho al resolver”*, de tal forma que, también, prevaricará aquel que tenga una actitud de desprecio hacia la solución más acorde a Derecho, conforme a la ciencia jurídica.
- d) Teoría mixta: esta teoría defiende que para que exista prevaricación es necesario, por un lado, *“una objetiva justicia, y por otro, la subjetiva tendencia del funcionario o juez de contradecir el Derecho”*, esta última derivada del término “torcimiento del Derecho”. En virtud de la misma, “no tuerce el Derecho” ni la resolución que es objetivamente contraria al Derecho realizada sin la intención de contradecirlo, ni la realizada con esa tendencia que es objetivamente correcta. El Código Penal de 1995, en lo referente al delito de prevaricación administrativa del art. 404, se acerca a la teoría mixta al exigir que la resolución sea “arbitraria” y que, además, concurra más allá del dolo un elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de desprecio a los medios o métodos científico-jurídicos, el cual se pone de manifiesto a través de la expresión “a sabiendas de su injusticia”.

### 3. Tipo subjetivo del delito

El art. 404 del Código Penal, exige que la resolución arbitraria se adopte “a sabiendas de su injusticia”, expresión que desvanece la posibilidad de cometer el delito de prevaricación de manera imprudente, de tal modo que la infracción únicamente podrá ser perpetrada de forma dolosa. De tal modo, reiterada jurisprudencia<sup>83</sup> establece que se prevaricará “*cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo*”.

Como hemos expuesto anteriormente, la prevaricación administrativa es una infracción exclusivamente dolosa, en la que, para que proceda su sanción, el legislador exige que concurra, en la autoridad o funcionario autor del hecho, ánimo subjetivo específico, dictando la resolución “a sabiendas de su injusticia”, esto es, con el total conocimiento por su parte de que la decisión tomada en la resolución que dicta es arbitraria e injusta. Este elemento subjetivo requiere que el funcionario público actúe con plena conciencia de que está resolviendo un asunto administrativo evitando la aplicación de las normas que debería seguir para que la resolución fuera conforme a Derecho. Del mismo modo, conlleva que el actor conozca y asuma que con dicha actuación está ocasionando un resultado materialmente injusto<sup>84</sup>.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 795/2016, de 25 de octubre, afirma que “*la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual*”.

---

<sup>83</sup> Entre otras, STS 443/2008, de 1 de julio; STS 723/2009, 1 de julio; STS 340/2012, de 30 de abril; STS 225/2015, de 22 de abril; STS 797/2015, de 24 de noviembre.

<sup>84</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración Pública” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Edit.Colex, Madrid, 2012, pág.702.

El antiguo Código Penal de 1973, concretamente en su art. 358.2, tipificaba la modalidad imprudente en el delito de prevaricación administrativa, ya no contemplada en nuestro actual Código. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA<sup>85</sup> defienden que, esta desaparición de la tipificación culposa tiene como objeto *“limitar la intervención penal a aquellos ataques más graves contra la función pública”*, respetando, así, los principios de intervención mínima y de selección fragmentaria de conductas en la intervención jurídico penal. Por el contrario, PEDREIRA GONZÁLEZ<sup>86</sup>, opina que, lo que llevó a la desaparición de esta modalidad imprudente no fueron más que motivaciones *“deshonestas e inconfesables”*, argumentando seguidamente que *“ante las frecuentes dificultades probatorias, permitía sancionar numerosos abusos de la clase política que hoy en día suelen quedar vergonzosamente impunes y que constituyen una seria lacra para nuestro Estado social y democrático de Derecho.”* Actualmente, tras la desaparición de la que hemos hablado, nos encontramos ante un ilícito que no puede ser cometido en estado de culpa o negligencia, ya que el tipo requiere de la voluntariedad y del conocimiento, preciso y efectivo, del funcionario público, el cual, aun a sabiendas de la ilegalidad que supone el dictado de una resolución con el fondo o materia que se plantea, la dicta.

Esta desaparición de la modalidad imprudente, hizo surgir en la doctrina el debate en cuanto a si la expresión “a sabiendas” abarcaba solo el dolo directo y el de segundo grado, o también el dolo eventual. La mayoría de la doctrina española (MUÑOZ CONDE, MORALES PRATS, RODRÍGUEZ PUERTA u ORTS BERENGUER, entre otros), ha entendido que comprende sólo el dolo directo y el de segundo grado, tanto si se parte de la teoría del consentimiento como de la teoría de la probabilidad<sup>87</sup>. En esta línea, las SSTs 340/2012, de 30 de abril y 657/2013, de 15 de julio afirman que no cabe ni culpa o negligencia, ni dolo eventual en la realización del injusto, sino que únicamente ha de concurrir un dolo directo y específico, de tal forma que, *“solo se comete el delito cuando el funcionario, con plena conciencia de que va a resolver en contra del ordenamiento jurídico, así lo hace, actuando porque quiere ese resultado, y antepone su voluntad al Derecho, erigiéndose él mismo en una pretendida e injusta fuente*

---

<sup>85</sup> MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M<sup>a</sup>.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1159.

<sup>86</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “Prevaricación (delitos de)”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 1, Septiembre 2011- febrero 2012, pág. 164.

<sup>87</sup> MIR PUIG, C., “Los delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 55.

*normativa*<sup>88</sup>”. También la STS 723/2009, de 1 de julio expone que “*la expresión «a sabiendas» no solo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa, sino también la comisión con dolo eventual*”.

Por el contrario, algunos autores entienden que, en la expresión “a sabiendas”, cabe también el dolo eventual. Así, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>89</sup>, para defender esta posición, atiende al sentido gramatical de la anterior expresión como equivalente a conocimiento, argumentando que cuando el legislador quiere incidir en el elemento intencional lo hace claramente, utilizando los términos de “propósito” o intencionalidad”.

#### **4. La problemática de la comisión por omisión**

Para abordar esta cuestión, en primer lugar debemos remitirnos al art. 11 del Código Penal, el cual establece que “*los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar y; b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*”

Pues bien, en virtud del anterior artículo, podríamos entender que, en primer lugar, el criterio rector lo constituye la equivalencia, y en segundo lugar, que los delitos de comisión por omisión sólo serán realizables cuando se trate de delitos de resultado, excluyendo de la estructura de la comisión por omisión a los delitos de mera actividad. Sin embargo, esta última cuestión ha sido debatida doctrinalmente, defendiendo, una parte de ella, la imposibilidad de comisión de un delito de mera actividad mediante la estructura de la comisión por omisión, y la otra parte, planteando la posibilidad de que delitos de mera actividad sean llevados a cabo “directamente” por omisión, a través de lo que alguna doctrina denomina “omitir concluyente<sup>90</sup>”. En este punto, se hace necesario abordar el problema de la naturaleza del delito de prevaricación administrativa.

---

<sup>88</sup> GARCÍA PAZ, D., y JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación...”, ob.cit.

<sup>89</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación...*, ob.cit., pág. 102.

<sup>90</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>, *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986, pág. 351; MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág.66.

GONZÁLEZ CUSSAC<sup>91</sup> expresa que *“el delito de prevaricación es, en cuanto a su contenido de injusto, un delito de lesión. Pero si con el vocablo «resultado» se quiere decir que esta infracción requiere la producción de un cambio en el mundo exterior (concepto estricto de resultado) (...), no estamos en absoluto conformes con que el delito de prevaricación sea un delito de resultado”*. Por ello, considera que el delito de prevaricación únicamente requiere realizar una actividad, dictar una resolución injusta, y no ningún cambio en el mundo externo. También afirma que, *“el bien jurídico protegido en la prevaricación consiste en la lesión de la función pública entendida como servicio social, y éste, es un bien de naturaleza ideal que no se materializa en nada, impidiendo, por consiguiente, su estimación como delito de resultado”*. En definitiva, este autor entiende que la prevaricación es un delito de lesión y de mera actividad. Por su parte, GIMBERNAT<sup>92</sup>, expone que *“en realidad, los delitos de actividad no se caracterizan porque no producen un resultado –puesto que todos los delitos tienen un resultado y si no lo tuvieran no perjudicarían a nadie y entonces el Derecho Penal no tendría ninguna legitimación para intervenir- sino únicamente porque el resultado se produce simultáneamente con la actividad.”* De tal modo, en los delitos de resultado existe una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material, mientras que, por el contrario, en los delitos de mera actividad concurren simultáneamente el resultado y la actividad desplegada por el agente.

En contra, en relación con el ya derogado art. 358 del antiguo Código Penal, se entiende el delito de prevaricación del funcionario público como un “delito de resultado”. Entre otros, defiende esta postura, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO<sup>93</sup>, el cual afirma que, *“la resolución constituye el resultado del delito de prevaricación”*. Así, el mismo autor, argumenta que si se admite la comisión por omisión y la frustración, se niega, automáticamente, su hipotética configuración como delito de mera actividad, admitiéndose la posibilidad de la comisión por omisión en los casos de resolución presunta por silencio administrativo positivo.

Una vez aclarada la naturaleza del delito, hablaremos de la “omisión”. Respecto a la misma, se puede afirmar que el tipo de prevaricación tipificada en el art. 404 del

---

<sup>91</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Los delitos de los funcionarios públicos...”, ob.cit., pág. 24-26.

<sup>92</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Política Criminal y Reforma Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1993, pág. 589.

<sup>93</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación...*, ob.cit., pág. 408.

Código Penal no puede realizarse por vía de la omisión propia o pura, ya que el legislador utiliza el término “dictar”, el cual tiene un significado inequívocamente positivo, así como por razones sistemáticas, dado que, cuando el legislador tiene la voluntad de castigar las conductas omisivas, lo hace expresamente<sup>94</sup>. Por otro lado, QUERALT, haciendo referencia al silencio administrativo, afirma que la introducción de esta figura en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha alterado el sentido tradicional del delito de prevaricación, viendo el mismo ampliado su objeto del tipo, abarcando tanto resoluciones expresas como presuntas.

Por otra parte, en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1997 se acordó unificar criterios, en el sentido de estimar que cabe la posibilidad de incurrir en responsabilidad por prevaricación en comisión por omisión *“cuando es imperativo realizar una determinada actividad administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a su denegación.”*

## 5. Autoría y participación

El delito de prevaricación, es un delito especial propio, lo que significa que únicamente pueden cometerlo, como autores materiales, quienes ostenten la condición de autoridad o funcionario público, en virtud del art. 24 del Código Penal.

En cuanto a la cuestión de la autoría mediata, es posible cuando un funcionario utiliza un instrumento no cualificado (un *extraneus*), de tal forma que, el *“extraneus”* no podrá ser autor mediato del delito especial, dado que no ostenta la condición de funcionario o autoridad requerida por el tipo, pero sí podrá serlo el *“intraneus”*, cuando utilice a un *extraneus* para la consumación del delito.

No obstante, existe una excepción a esta teoría dominante que no contempla al *intraneus* como autor mediato: cuando el delito de que se trate, además de especial propio, sea de propia mano, es decir, que el sujeto que pertenece al círculo de autores no pueda utilizar ningún instrumento para realizar el delito, teniéndolo que realizar por sí mismo. En los delitos de propia mano el contenido del injusto lo constituye el ejercicio de una acción especialmente reprobable, de tal modo que solo será autor quien lleve a

---

<sup>94</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...*, ob.cit., pág. 68.

cabo esa actividad. Así, podemos decir que el delito de prevaricación contemplado en el art 404 del Código Penal es un delito especial propio y de propia mano, ya que se requiere que sea el funcionario el que realice todo el hecho por sí solo, y por consiguiente, queda excluida en el mismo la autoría mediata<sup>95</sup>.

Por otro lado, respecto a la coautoría, esta no sería posible en el supuesto de que uno de los sujetos fuera un particular. En cambio, la coautoría sí sería posible en el caso de que todos los miembros de un órgano colegiado, ostentando todos ellos la condición de funcionario público a efectos penales, dictara conjuntamente una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia. Así mismo, la jurisprudencia admite la posibilidad de la coautoría en un órgano unipersonal, cuando exista un reparto conjunto o de común acuerdo o una cadena productiva de resoluciones que son firmadas por la Autoridad correspondiente, dando lugar a lo que un sector de la doctrina denomina “coautoría sucesiva”<sup>96</sup>.

En lo concerniente a la participación, el Tribunal Supremo<sup>97</sup> admite también la participación del “extraneus” en la ejecución de los delitos especiales propios, es decir, que en el caso de que alguna persona que no sea ni funcionario ni autoridad participe con alguno de éstos en la comisión del delito de prevaricación, podrá responder como inductor o cooperador necesario del ilícito cometido por el “intraneus”. En este sentido, el Alto Tribunal ha expuesto que *“se rechaza la comisión del delito de prevaricación esgrimiendo como argumento que carece de la condición de funcionario o autoridad. Sobre este extremo tiene establecido esta Sala de forma reiterada que el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (intraneus) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario”*<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> MIR PUIG, C., “Los delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 73.

<sup>96</sup> FAMILIAR SÁCHEZ, A., “La prevaricación administrativa...”, ob.cit./ RODRIGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTINES, A.I., *Delitos contra la Administración...*, ob. cit., pág. 101

<sup>97</sup> Entre otras, STS 201/2000, de 21 de marzo; STS 76/2002, de 25 de enero; STS 537/2002, de 5 de abril; STS 37/2006, de 25 de enero; STS 627/2006, de 8 de junio; STS 222/2010, de 4 de marzo; STS 303/2013, de 26 de marzo; STS 600/2014, de 3 de septiembre; STS 773/2014, de 28 de octubre; STS 358/2016, de 26 de abril

<sup>98</sup> STS 358/2016, de 26 de abril

## 6. Circunstancias modificativas

Pueden aplicarse al delito de prevaricación todas las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en el Código Penal, excepto las contenidas en los art 22.1º, ya que la alevosía es aplicable exclusivamente a los delitos “contra las personas”, art. 22.2º, agravante de abuso de superioridad, y la del art. 22.7º, de prevalimiento de carácter público<sup>99</sup>.

## 7. Pena y concursos

Antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, el delito de prevaricación estaba castigado, únicamente, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Con la aprobación de la mencionada ley, además de elevar el tiempo de la pena de inhabilitación especial para empleo a cargo público por tiempo de nueve a quince años, se añade la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Esta es la única modificación que sufre el delito de prevaricación administrativa con la entrada en vigor de la reforma del Código Penal.

Cabe mencionar que, esta incorporación punitiva tiene su origen en el Congreso de los Diputados, concretamente en la Enmienda núm. 741 del Grupo Socialista, partidaria de incrementar la pena de inhabilitación especial hasta los quince años, y la Enmienda núm. 801 del Grupo Popular, el cual proponía añadir la pena de suspensión de sufragio pasivo, con el objetivo de impedir que el funcionario o autoridad condenado por un delito relacionado con el fenómeno de la corrupción pudiera optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo.

En lo que respecta a los concursos, QUERALT<sup>100</sup> dice que *“la prevaricación es el delito medial de los funcionarios por excelencia, ya que no se apreciará conjuntamente con otro delito cuando la prevaricación lo contenga en sí, tal como sucede en los nombramientos ilegales”*.

---

<sup>99</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit. págs. 703 y 704.

<sup>100</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español...*, ob.cit., pág. 778.

Por otro lado, MESTRE DELGADO<sup>101</sup>, explica que entre la figura genérica de prevaricación contemplada en el art. 404 CP, y las prevaricaciones específicas reguladas en los arts. 320, 322, 329 y 405 CP existe concurso de leyes, resoluble el mismo a favor de la aplicación de estas últimas, en virtud del principio de especialidad reconocido en el art. 8.1º del Código Penal. El mismo autor expone que, en cuanto a la responsabilidad civil, en estos delitos se aplican las previsiones generales contempladas en los artículos 109 y ss. del Código Penal, especialmente las referentes a la reparación del daño y la indemnización de los daños y perjuicios causados a la persona afectada por la resolución prevaricadora. En este supuesto la Administración será responsable subsidiaria, conforme a lo establecido en el art. 121 del Código Penal.

## V. EL DELITO DE COHECHO

El delito de cohecho se encuentra tipificado, en sus distintas modalidades, en el Capítulo V, del Título XIX del Código Penal. Bajo la rúbrica del anterior capítulo, se incluyen conductas delictivas diferentes, las cuales tienen como elemento común la idea de corrupción del funcionario<sup>102</sup>.

El Tribunal Supremo ya en el año 1947 definió el cohecho como *“la corrupción de un funcionario público, realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio de sus cargos.”* Actualmente el Alto Tribunal sigue definiendo el cohecho de este modo<sup>103</sup>.

Debido a los reiterados escándalos de corrupción producidos en los últimos tiempos, junto con la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales ratificados por España, se hizo necesaria una reforma del Código Penal, llevada a cabo, a través de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Dicha reforma mejora la regulación de algunos delitos, se añaden nuevas figuras delictivas, y se incrementan las penas, especialmente en el caso del delito de cohecho. Respecto al delito de cohecho se pudieron apreciar las siguientes modificaciones: en primer lugar, se simplificó el delito, adecuando su regulación a los instrumentos internacionales ratificados por España, y

---

<sup>101</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit. pág.704.

<sup>102</sup> JUANES PECES, A., “Delitos de los funcionarios públicos”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Tomo V, 1998, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>

<sup>103</sup> Entre otras, STS 84/1996, de 5 de febrero; STS 391/1998, de 16 de marzo; 323/2013, de 23 de abril

agravando considerablemente las penas, y, en segundo lugar, se añadió un nuevo delito de corrupción entre particulares, con el fin de castigar aquellos actos similares al cohecho dirigidos a corromper a los administradores de empresas<sup>104</sup>.

Respecto a esta reforma, MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA entienden que algunos de los aumentos punitivos no se realizaron teniendo en cuenta las penas aplicables a los delitos contra la Administración pública, atentado, así, contra el principio de proporcionalidad<sup>105</sup>.

En cuanto a la reforma del Código Penal introducida por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, en lo relativo al delito de cohecho, esta afecta principalmente a las penas, aspecto que analizaremos más detalladamente a lo largo del trabajo.

Debido a la naturaleza que presenta el delito de cohecho, el mismo precisa de dos elementos personales: un funcionario o autoridad y un particular. La relación entre estos dos elementos personales se valora de distinto modo en nuestro ordenamiento jurídico en función de cuál de ellos tome la iniciativa de la corrupción<sup>106</sup>.

En virtud de lo anterior, podemos hablar de dos clases de cohecho: por un lado, tenemos el cohecho activo, que es aquel que se da cuando el autor es un particular que corrompe a un funcionario público, y por otro lado, el cohecho pasivo, cuando el autor del delito es una autoridad o funcionario público, que solicita o acepta soborno. Como hemos expresado anteriormente, con la reforma del Código Penal en 2010 se consiguió una simplificación del delito de cohecho.

En cuanto al cohecho pasivo, la normativa anterior a la reforma de 2010 distinguía cinco modalidades de cohecho pasivo en función de la naturaleza del acto u omisión que realizaba o se perseguía por parte de la autoridad o funcionario. Tras la LO 5/2010, la clasificación de estos delitos se realiza tomando como punto de referencia si el acto u omisión es contrario o no a los deberes del cargo. Siguiendo este criterio, el

---

<sup>104</sup>JUANES PECES, A., “Delitos de los funcionarios...”, ob.cit.

<sup>105</sup> MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M<sup>a</sup>.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1213.

<sup>106</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit. pág.719

actual Código Penal castiga cuatro tipos de conductas del funcionario, contenidas en los arts. 419 a 423 del Código Penal<sup>107</sup>:

- Cohecho propio, contenido en el art. 419 CP, es aquel que tiene por objeto un acto contrario a los deberes inherentes al cargo.
- Cohecho impropio, regulado en el art. 420 CP, tiene por objeto un acto propio del cargo.
- Cohecho subsiguiente o de recompensa, tipificado en el art. 421 CP, que persigue la gratificación de un acto ya realizado.
- Cohecho de facilitación, contenido en el art. 422 CP, consistente en la admisión de ventajas en consideración al cargo o función, sin vinculación con el acto del cargo determinado. Se considera un tipo de cohecho pasivo impropio.

En lo referente al cohecho activo, la regulación derogada lo contenía de forma dependiente, en el art. 423 CP. Después de la reforma, el cohecho activo constituye un delito autónomo, previsto en los arts. 424 y 425. En esta modalidad se incluye el cohecho en causa criminal a favor de reo efectuado por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable, o de algún ascendiente, descendiente o hermano<sup>108</sup>.

Más adelante analizaremos detenidamente cada una de las modalidades mencionadas.

### **1. El bien jurídico protegido**

En cuanto al bien jurídico, no existe unanimidad doctrinal, ya que una parte considera que el bien jurídico protegido es el mismo en todos los delitos de cohecho, mientras otra defiende que el bien jurídico varía según el tipo de cohecho al que nos refiramos.

Así, algunos autores<sup>109</sup>, consideran que en el cohecho pasivo propio y en el impropio el bien jurídico tutelado es el mismo, defendiendo que lo que se protege es el

---

<sup>107</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, abril, 2011, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>

<sup>108</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>109</sup> Entre otros, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996, págs. 30 y ss.; RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 78 y ss.

principio de imparcialidad de la actuación administrativa. Por el contrario, otros autores, como OLAIZOLA NOGALES<sup>110</sup>, entienden que lo que se tutelan son las condiciones externas e internas del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Por último, cabe mencionar que también hay autores, como VIZUETA FERNÁNDEZ<sup>111</sup>, que consideran que el bien jurídico común protegido por las distintas modalidades de cohecho debe identificarse con la honradez o integridad de la condición de partícipe en el ejercicio de las funciones públicas.

En cuanto a la jurisprudencia, esta señala que puede entenderse como bien jurídico protegido la imagen del Estado de Derecho, entendida como confianza en el ejercicio de las funciones públicas bajo el imperio de la ley. En esta línea, el Alto Tribunal<sup>112</sup> ha llegado a sugerir que cuando hablamos del cohecho nos estamos refiriendo a un delito de peligro abstracto, en el que se tutela 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. También manifiesta de forma reiterada que el cohecho lo que protege ante todo es *“el prestigio y la eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a otros”*<sup>113</sup>. En la misma línea, afirma que 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 funcional únicamente puede ser remunerada con cargo a los presupuestos generales del Estado y demás corporaciones o entidades públicas”*<sup>114</sup>.

Por otro lado, la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha venido defendiendo que el delito de cohecho no solo tiene como objetivo asegurar el correcto funcionamiento de la función pública, sino también *“garantizar la incolumidad del prestigio de la función y*

---

<sup>110</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho...*, ob.cit., pág. 111.

<sup>111</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “Delitos contra la Administración Pública 2”, en LACRUZ LOPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M., *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Edit. Dykinson S.L., Madrid, 2015, pág. 260.

<sup>112</sup> STS 391/1998, de 16 de marzo; STS 478/2010, de 17 de mayo; STS 323/2013, de 23 de abril; STS 14/2015, de 26 de enero.

<sup>113</sup> Entre otras, STS 1618/2005, de 22 de diciembre; STS 1076/2006, de 27 de octubre; STS 698/2014, de 28 de octubre; STS 795/2016, de 25 de octubre.

<sup>114</sup> STS 872/2016, de 18 de noviembre.

*de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes<sup>115</sup>”.*

Asimismo, la jurisprudencia entiende que el delito de cohecho también busca *“preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente en una sociedad regida por las reglas del Estado de Derecho<sup>116</sup>”.*

## **2. Tipo objetivo del delito**

El instrumento del delito de cohecho es, a partir de la reforma de 2010, la dádiva o regalo, favor o retribución de cualquier clase, ofrecimiento o promesa, los cuales, según MIR PUIG<sup>117</sup>, son conceptos sinónimos, difiriendo únicamente los ofrecimientos y las promesas de las dádivas en que, en los primeros, no se entrega una cosa en el acto, sino posteriormente.

La LO 5/2010 incorporó los conceptos de “favor” y “retribución de cualquier clase”. Al respecto, BLANCO CORDERO<sup>118</sup> considera que hubiera sido más oportuno, de acuerdo con el objetivo de la reforma de acomodar la regulación a los Convenios internacionales, utilizar la expresión empleada en los mismos de “beneficio indebido”, aclarando que comprende el de cualquier clase. Respecto a la incorporación del término “favor”, el mismo autor no entiende que aporta al tipo penal, ya que considera que es sinónimo al de “dádiva”. Al igual que respecto al concepto “retribución”, al considerar que no aporta nada a la descripción del objeto material del delito, y que el mismo debería haber servido para calificar las dádivas como retribución por algo. Sin embargo, lo que pretende el legislador con esta exposición de conceptos, que son sinónimos, es zanjar el problema relacionado con la admisibilidad de ventajas inmateriales y sin valor económico.

La normativa anterior a 2010 comprendía como prestaciones únicamente aquellas que poseían carácter material y valor económico siempre que conllevaran una

---

<sup>115</sup> Entre otras, STS 2115/1993 de 7 de octubre; STS 842/2006, de 31 de julio; STS 186/2012, de 14 de marzo; STS 323/2013 de 23 de abril; STS 795/2016, de 25 de octubre.

<sup>116</sup> STS 478/2010, de 17 de mayo.

<sup>117</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>118</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del Cohecho”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2015, pág. 285.

mejora objetiva de la situación económica del funcionario, quedando excluidas, por tanto, otro tipo de prestaciones, como por ejemplo las de carácter sexual, cuando no eran valorables económicamente (STS 362/2008, de 13 de junio). Sin embargo, la LO 5/2010 se refiere a retribuciones de cualquier clase, comprendiendo no solo las valorables económicamente, sino también cualquier otra ventaja de contenido patrimonial o personal, incluyendo, por consiguiente, también las de carácter sexual.

Las “dádivas” o “presentes” pueden tener como beneficiario tanto a un funcionario como a un tercero. En este punto nos encontramos con la cuestión de si el regalo ha de beneficiar únicamente al tercero, o también al funcionario que lleva a cabo el acto delictivo, aunque sea de manera indirecta. Al respecto doctrina<sup>119</sup> y jurisprudencia<sup>120</sup> coinciden en que es indispensable que el funcionario resulte beneficiado de algún modo, ya sea directa o indirectamente, pues de lo contrario significaría que el mismo no actúa por motivos contrarios a los intereses generales que representa.

En virtud de lo anterior, no sería constitutivo de delito el hecho de que un funcionario solicitara dinero a particulares para llevar a cabo un acto contrario a los deberes del cargo, el cual no le aporta ningún beneficio personal, directo o indirecto, sino que beneficia a los intereses generales. Por el contrario, se estimará que hay delito cuando la dádiva o regalo beneficien, directa o indirectamente, al funcionario público. Se incluyen los regalos entregados a los cónyuges, hijos o parientes del funcionario, o a las empresas en las que éste pueda tener algún tipo de interés de naturaleza económica<sup>121</sup>.

Dicho lo anterior, parece que la doctrina intenta llevar a cabo una interpretación restrictiva de los términos “dádiva” y “regalo”, exigiendo que estos tengan capacidad para doblegar la voluntad imparcial del funcionario en relación con su función pública<sup>122</sup>. Sin embargo, pese a lo anterior, ARRIBAS LÓPEZ<sup>123</sup>, considera que sería

---

<sup>119</sup> MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1676; BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 1583.

<sup>120</sup> Entre otras, STS 362/2008, de 13 de junio; STS 990/2013, de 30 de diciembre; STS 14/2015, de 26 de enero.

<sup>121</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 285.

<sup>122</sup> MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1709.

<sup>123</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E., “El cohecho impropio después...”, ob.cit.

inadmisible, desde el punto de vista del carácter fragmentario del Derecho penal y del principio de intervención mínima, castigar la aceptación por parte del funcionario de cualquier obsequio, por insignificante que sea el mismo, de tal forma que se establece un límite en relación a este tipo de obsequios, socialmente admitidos.

El art. 54.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, regula esta restricción basada en la adecuación social, estableciendo que “*se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal*”. En virtud del anterior precepto, entrará en el campo del Derecho penal la aceptación de obsequios que exceda de los “usos habituales, sociales y de cortesía”. Nos encontramos ante lo que el Derecho penal denomina criterio de la adecuación social<sup>124</sup>.

Por último, cabe decir que la jurisprudencia<sup>125</sup> exige que necesariamente se dé una conexión causal entre la entrega del regalo y el oficio público del funcionario, de tal modo que la entrega debe efectuarse exclusivamente por causa de la consideración a la función que éste desempeña. Así, no se considerará típico el comportamiento cuando la dádiva se ofrece y se entrega por otros motivos distintos, como pueden ser relaciones familiares o de amistad.

### **3. Tipo subjetivo del delito**

Desde el punto de vista subjetivo, el cohecho es exclusivamente de tipo doloso, precisando que el funcionario o autoridad actúen con la finalidad de obtener un enriquecimiento personal, propio o de tercero<sup>126</sup>. El dolo del autor debe estar formado por los siguientes elementos: en primer lugar, que actúe como funcionario público, en segundo lugar, que la acción esté dentro de sus competencias, y en tercer lugar, que la acción prometida sea contraria a los deberes del cargo<sup>127</sup>. Respecto al dolo eventual,

---

<sup>124</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 286.

<sup>125</sup> Entre otras, STS 362/2008, de 13 de junio; STS 186/2012, de 14 de marzo; STS 323/2013, de 23 de abril; STS 994/2013, de 11 de diciembre; STS 421/2014, de 16 de mayo; STS 14/2015, de 26 de enero;

<sup>126</sup> GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Edit. Edisofer, Madrid, 2011, pág. 236 / MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 934.

<sup>127</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1775.

MESTRE DELGADO<sup>128</sup> excluye la comisión de este delito con dolo eventual, ya que considera que todos los delitos de cohecho contienen referencias expresas a las finalidades concretas que se persiguen con la realización de la conducta típica. Por el contrario, algunos autores, como MIR PUIG<sup>129</sup> o CORDERO BLANCO<sup>130</sup>, si lo admiten.

#### 4. Modalidades típicas

##### 4.1 Cohecho pasivo

Como hemos señalado anteriormente, hablamos de cohecho pasivo cuando el comportamiento que se contempla es el de la autoridad o funcionario.

A partir de la reforma del Código penal de 2010, se simplifica notablemente el delito de cohecho pasivo, de tal manera que la conducta típica consiste, en todas sus modalidades, en recibir, solicitar o aceptar ofrecimiento o promesa. Del mismo modo, se ven reducidos 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 (art. 419 CP), y por otro lado, el que tiene como referencia el “acto propio de su cargo” (art 420 CP)<sup>131</sup>.

En el verbo “solicitar”, se incluyen las conductas en las que el funcionario manifiesta a una tercera persona, de forma tácita o expresa, su disposición a recibir un regalo a cambio de la realización de un acto propio del cargo. Esta petición unilateral debe ser determinada y clara, de tal forma que pueda ser comprendida por la persona a la que va dirigida. Tal como señalan MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA<sup>132</sup>, “*la realización de esta acción no supone la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino una mera puesta en peligro*”, ya que únicamente se requiere que el funcionario manifieste externamente tal voluntad, y no un acuerdo entre el mismo y el particular.

---

<sup>128</sup>MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 620.

<sup>129</sup>MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>130</sup>BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 286.

<sup>131</sup>BLANCO CORDERO, I., “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>

<sup>132</sup>MORALES PRATS, F. (Coord.) y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1764.

Por otro lado, se entiende que el término “recibir” supone que el funcionario admita la dádiva con la intención de hacerla propia. También es posible que la recepción de la ventaja se haga con la intención de dirigirla a un tercero. A diferencia de la acción anterior, la recepción requiere la previa o simultánea obtención del acuerdo entre funcionario y particular, con el que se produce la violación del principio de imparcialidad.

Por último, se considera que con la “aceptación del ofrecimiento o promesa” de dádiva, el funcionario está accediendo a la entrega futura de la misma. Cabe decir, que no es imprescindible que el funcionario reciba de manera efectiva la ventaja, sino que es suficiente con que exista un acuerdo de voluntades o pacto entre el funcionario y el particular<sup>133</sup>.

A continuación, procederemos a analizar individualmente cada una de las formas de cohecho pasivo que prevé el Código penal.

#### **4.1.1 Cohecho pasivo propio**

El cohecho pasivo propio, considerado la modalidad más grave de cohecho pasivo, viene regulado en el art. 419 CP, el cual agrupa los anteriores arts. 419, 420 y 421 de la LO 10/1995, el cual establece:

*“ 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”.*

Con la redacción de este artículo, se elimina la distinción, llevada a cabo hasta 2010, entre actos delictivos, actos injustos no delictivos y actos que debiera ejecutar el

---

<sup>133</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 289.

funcionario en el ejercicio de su cargo, siendo ahora incluidos todos ellos en la expresión “*acto contrario a los deberes inherentes*” al cargo y no realización o retraso injustificado del acto que debiera practicar.

Por tanto, en este supuesto, la conducta a la que se compromete el funcionario, a cambio de la dádiva, debe ser un “*acto propio del cargo*”, es decir, un acto que sea de su competencia. A este respecto, el Tribunal Supremo<sup>134</sup> no requiere que el funcionario sea específicamente competente para llevar a cabo el acto objeto del delito, sino que únicamente precisa que éste resulte facilitado por su adscripción. Además, como hemos señalado anteriormente, no basta con que se trate de un acto propio del cargo, sino que es necesario que el mismo sea “*contrario a los deberes inherentes al cargo*”, expresión que engloba la antigua distinción entre actos delictivos, actos injustos no delictivos y actos que debiera ejecutar el funcionario en el ejercicio de su cargo. Por tanto, en la actualidad no se requiere que el acto sea injusto, sino que sea ilegal.

Cabe decir que, no solo es constitutivo de delito el realizar una acción, sino que también lo es la conducta del funcionario consistente en abstenerse de realizar una conducta propia de su cargo, a cambio de precio, e incluso el retraso injustificado<sup>135</sup>.

En cuanto a la consumación, esta se produce cuando la declaración de voluntad del autor llega a conocimiento de la otra parte, o bien cuando se alcanza el acuerdo entre el funcionario y el particular, aunque no se haya fijado específicamente el “*quantum*” de la dádiva o la forma que va a revestir la acción u omisión objeto del delito<sup>136</sup>.

Cuando hablamos de cohecho pasivo, al igual que cuando lo hacemos del resto de modalidades del cohecho, nos estamos refiriendo a un delito de mera actividad<sup>137</sup>, el cual se consuma por la mera solicitud por parte del funcionario, sin que sea necesario que el particular decida atenderla. En este sentido, el Tribunal Supremo<sup>138</sup> explica que “*la dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio, es*

---

<sup>134</sup> Entre otras, STS 573/2005, de 7 de diciembre; STS 3279/2007, de 21 de mayo.

<sup>135</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 289.

<sup>136</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1775.

<sup>137</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal...*, ob.cit., pág. 77 / ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos contra la Administración Pública”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Edit. Atelier, Barcelona, 2011, pág. 337.

<sup>138</sup> Entre otras, STS 1114/2000, de 12 de junio; STS 776/2001, de 8 de mayo; STS 1096/2006 de 16 de noviembre; ATS 1260/2016, de 14 de julio.

*un delito unilateral, de mera actividad, que se consuma con la mera solicitud, con la mera manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la aceptación de la solicitud en el abono de la dádiva, en la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación. En definitiva no es tampoco preciso para la consumación de esta modalidad típica del cohecho que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento contrario a derecho que de él se pretende o que el mismo se propone realizar con tal de recibir la dádiva; no se requiere que el funcionario cometa realmente el acto injusto”.*

Por tanto, con base en todo lo anterior, podemos afirmar que para la consumación del cohecho pasivo impropio no se requiere la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización (o no) del acto injusto ofrecido como contraprestación, sino que será suficiente con la mera manifestación de la solicitud.

Autores como DE LA MATA BARRANCO<sup>139</sup>, MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA<sup>140</sup>, consideran que nos hallamos ante un tipo mutilado o imperfecto de dos actos, ya que se produce la consumación del delito con independencia de que el funcionario llegue o no a realizar la acción u omisión objeto de cohecho.

En lo referente a la tentativa, dice BLANCO CORDERO<sup>141</sup> que “*la mayoría de la doctrina excluye esta forma de ejecución*”, razonando “*que el propio tipo penal ya castiga comportamientos, como la solicitud de la dádiva, que constituyen por sí una conducta peligrosa para el bien jurídico.*” Aun así, el Tribunal Supremo<sup>142</sup> admite la tentativa en aquellos casos en los que la solicitud no es recibida por el destinatario (STS 208/2006, de 20 de febrero).

Por último, es necesario mencionar, con respecto al tema de la consumación, que también cabe el desistimiento voluntario, en aquellos casos en los que el

---

<sup>139</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.L., *La respuesta a la corrupción pública: tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella. Reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo*, Edit. Comares, Granada, 2004, pág. 242.

<sup>140</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1776.

<sup>141</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 289.

<sup>142</sup> STS 208/2006, de 20 de febrero.

funcionario que ha entregado la carta de solicitud a un intermediario, le pide al mismo que se la devuelva antes de entregársela al destinatario<sup>143</sup>.

En lo que se refiere a la autoría y participación, cabe decir que el cohecho pasivo propio es un delito especial, ya que solo podrá ser autor del mismo la autoridad o el funcionario público<sup>144</sup>. La LO 5/2010, con su art. 423, equipara a “*los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*”, con la autoridad y funcionario público del art. 24 CP. Del mismo modo, incorpora como sujetos activos de este delito, a los administradores o interventores designados judicialmente, a los funcionarios de la Unión Europea y a los funcionarios nacionales de otro estado miembro de la Unión (art. 427 CP).

Al respecto, también hay que tener en cuenta que el funcionario que no tenga competencia para realizar el acto que promete, no podrá ser considerado autor del delito de cohecho pasivo propio. Del mismo modo, no se exige que para ser autor del delito el sujeto tenga que ostentar facultades decisorias, sino que, éstas pueden ser de mero informe o asesoría<sup>145</sup>.

En cuanto a la coautoría, se da en aquellos casos en los que varios funcionarios o autoridades, conjuntamente, solicitan o reciben dádivas por la realización de un acto delictivo en el ejercicio de su cargo. No obstante, “*solamente responderán aquel o aquellos funcionarios que solicitaron o recibieron las dádivas por votar a favor o en contra de la decisión*<sup>146</sup>”. Por ejemplo, esto podría ocurrir en el marco de un órgano colegiado, siendo responsables únicamente, como hemos dicho anteriormente, quienes votan a favor del acto contrario a los deberes del cargo, habiendo recibido o aceptado promesa o dádiva.

También caben otras formas de participación en este delito. Así, parte de la doctrina<sup>147</sup> entiende que el particular o funcionario que opera como intermediario, no

---

<sup>143</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>144</sup> MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración Pública (I)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho Penal Español: Parte especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 899.

<sup>145</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español...*ob.cit., pág. 1161.

<sup>146</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 289; MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1778.

<sup>147</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 289; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*,ob.cit., pág. 1024.

actuando en el ejercicio de su cargo, puede ser partícipe como cooperador, necesario o no, o como inductor. En el caso del intermediario, se considera que la comisión del delito debe ser dirigida y planteada por el funcionario, ya que, si el primero actúa de forma independiente, no estaríamos ante una conducta constitutiva de un delito de cohecho pasivo propio, sino ante otras figuras delictivas<sup>148</sup>.

En relación con la participación, tras afirmar el Tribunal Supremo<sup>149</sup> la posibilidad de que cometer el delito de cohecho pasivo propio como “intraneus” o como “extraneus”, QUERALT JIMÉNEZ<sup>150</sup> expone que el “extraneus” funcionario será considerado cooperador necesario cuando, careciendo de poder de decisión, colabore activamente en la comisión del delito. El Alto Tribunal señala que *“en el delito de cohecho es posible la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cooperadores, necesarios o no. Si, como sucede en el caso actual, un particular, «extraneus», participa en el delito cometido por el funcionario «intraneus», dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario<sup>151</sup>.”* En el mismo sentido, la Sala 2ª, en su Sentencia 765/2016, de 25 de octubre, señala que *“la participación en el delito de cohecho no requiere que el partícipe tenga la posibilidad de infringir un deber propio del funcionario. Ello sólo se le exige al autor. Tal es la doctrina del Tribunal Supremo: el no cualificado (extraneus) puede ser partícipe en el delito del cualificado (intraneus). El extraneus que colabora con el autor de un delito de infracción de deber doloso realizando la acción constitutiva del tipo penal para beneficio del intraneus ejecuta, por regla general, un comportamiento que reúne todos los requisitos de la cooperación necesaria, entendiendo que la condición de funcionario público opera como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa y porque se rompería el título de imputación”*.

---

<sup>148</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal...*, ob.cit., pág. 107.

<sup>149</sup> STS 1080/2010, de 20 de octubre; STS 636/2012, de 13 de julio; STS 990/2013, de 30 de diciembre; STS 421/2014, de 16 de mayo.

<sup>150</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español...*, ob.cit., pág. 1162.

<sup>151</sup> Entre otras STS 8036/1994, de 8 de octubre; STS1493/1999, de 21 de diciembre; STS 28/2001, de 28 de marzo; STS 2052/2001, de 7 de noviembre; STS 990/2013, de 30 de diciembre.

Para finalizar con este apartado, cabe decir que con la LO 5/2010 las penas aparejadas a los delitos contra la Administración Pública se vieron incrementadas. En este sentido, en el caso del delito de cohecho pasivo propio regulado en el art. 419 CP, se aumentó el límite mínimo de la pena de prisión, de dos a tres años, manteniéndose el máximo en seis años. Con este incremento, la normativa española se acomodó a la normativa internacional, concretamente al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo 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 cual exige, por un lado, sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias contra la corrupción, y por otro, que las mismas incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

En lo que respecta a la pena de multa, la normativa derogada preveía un sistema de multa proporcional, mientras que tras la reforma se sigue un sistema general de cuotas o días multa. Según BLANCO CORDERO<sup>152</sup>, este cambio merece una valoración positiva, debido a *“las dificultades que planteaba el sistema proporcional anterior, que limitaba las dádivas o promesas a aquellas de valor económico y generaba numerosos problemas a la hora de concretar dicho valor.”*

Respecto a la pena de prisión y de multa, cabe indicar que con la entrada en vigor de la LO 1/2015 no se ha incrementado ni el límite mínimo ni el límite máximo de las mismas.

Por el contrario, con la reforma del Código Penal de 2015, se incrementa el límite mínimo de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, de siete a nueve años, así como, al igual que en el delito de prevaricación administrativa estudiado en apartados anteriores, se añade la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, esto a fin de impedir que el condenado por un delito de corrupción pública pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo.

Por otra parte, tal como indica el art. 419 CP, la pena prevista se aplicará *“sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de*

---

<sup>152</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 290.

*la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito*”, lo cual significa que el acto del funcionario ha de ser contrario a los deberes inherentes de su cargo, y puede ser constitutivo de delito o no. En caso afirmativo, la modalidad de cohecho tipificada en este precepto podrá entrar en concurso de delitos, real o medial, dependiendo de la dinámica comisiva, con otro delito si el objeto del acuerdo fue un acto propio del cargo, contrario a los deberes y además constitutivo de delito.

#### **4.1.2 Cohecho pasivo impropio**

Se sancionan como cohecho pasivo impropio las siguientes conductas del funcionario público: en primer lugar, el realizar un acto propio de su cargo (art. 420 CP) y en segundo lugar, el admitir las dádivas o regalos que le fueron ofrecidos en consideración a su cargo o función (art. 422 CP)<sup>153</sup>.

Por tanto, dentro del cohecho pasivo impropio pueden distinguirse dos variantes, en primer lugar, la recogida en el art. 420 CP, vinculada a la consecución de un acto, y en segundo lugar, la tipificada en el art. 422 CP, vinculada a la consideración al cargo o la función que desempeña el funcionario público, también llamada cohecho de facilitación. En este apartado vamos a centrarnos exclusivamente en la conducta regulada en el art. 420 CP (cohecho pasivo impropio básico), refiriéndonos más adelante al llamado cohecho de facilitación.

##### **➤ Cohecho pasivo impropio básico**

El art. 420 CP ha sustituido los antiguos arts. 425.1 y 426 del Código Penal. Antes de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, era el art. 426 el que tipificaba el delito de cohecho pasivo impropio, el cual castigaba a 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”, distinguiendo dos variantes en atención al nexo causal que motivaba la admisión de la dádiva o regalo: la consideración a la función desempeñada y la consecución de un acto no prohibido legalmente. A su vez, en el anterior art. 425.1, se incriminaba al funcionario o autoridad que solicitara dádiva o presente o admitiera promesa u ofrecimiento para realizar un “acto propio de su cargo” o como recompensa del ya realizado.

---

<sup>153</sup> GARCÍA VALDÉS, C. / MESTRE DELGADO, E. / FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal...*, ob.cit., pág.236.

El actual artículo 420 del Código Penal establece que:

*“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 y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años”.*

Como se puede observar, con la reforma de 2010 se llevó a cabo una agrupación de conductas en el art. 420 CP, en la que el legislador suprimió la doble definición “acto no prohibido y acto propio del cargo”, decantándose únicamente por la última, ya que como pone de manifiesto ARRIBAS LÓPEZ<sup>154</sup>, *“lo importante es encontrarnos con actos propios del cargo, actos debidos, actos que la autoridad o funcionario, en virtud de sus competencias, tiene que realizar.”*

La conducta punible, de este precepto consiste en la solicitud, recepción o aceptación de ofrecimiento o promesa de una dádiva o recompensa de cualquier naturaleza por parte del funcionario para realizar un acto propio del cargo, sin que el mismo haya de ser contrario a los deberes inherentes a él.

En relación con el art. 419 CP, el cohecho pasivo impropio del art. 420 es de menor gravedad, aunque comparte con el mismo diversos elementos, como las modalidades típicas de solicitar y recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o de aceptar ofrecimiento o promesa, el elemento subjetivo del injusto de “en provecho propio o de un tercero”, y la necesidad de que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público. Respecto a estos elementos, al ser comunes con el cohecho pasivo propio, nos remitimos al apartado anterior. El cohecho pasivo impropio se distingue del art. 419 CP en que el instrumento del delito debe tener como causa determinante la ejecución de un “acto propio del cargo”, es decir, que el acto ha de encontrarse dentro de la competencia genérica del funcionario, siendo este un “tipo de recogida”<sup>155</sup>.

Este precepto integra aquellos supuestos en los que el acto es objetivamente conforme al ordenamiento jurídico, es decir, cuando se trata de un acto integrante de la

---

<sup>154</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E., “El cohecho impropio después...”, ob.cit.

<sup>155</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

actividad propia del funcionario en su cargo, de tal modo que el mismo no es contrario al ordenamiento jurídico ni afecta al desempeño de las funciones. Es por este motivo que se habla de “un cohecho neutro”. En este sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA sostienen que dentro de la expresión “acto propio del cargo” pueden incluirse tanto actos de carácter reglado, como de carácter discrecional<sup>156</sup>.

Según BLANCO CORDERO<sup>157</sup>, es necesario que exista una conexión causal entre la entrega de la dádiva y el acto propio del cargo, de tal modo que la primera sea admitida como contrapartida por la realización de un acto conforme a Derecho por parte del funcionario.

En lo relativo al aspecto subjetivo, estamos ante un delito doloso, que puede cometerse, según MIR PUIG<sup>158</sup>, tanto por dolo directo como por dolo eventual. Según VIZUETA FERNÁNDEZ<sup>159</sup>, *“el tipo subjetivo del delito de cohecho recogido en el artículo 420 del Código Penal se integra, además de por el dolo, por un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo, que no es otro que la finalidad de realizar un acto propio de su cargo. El funcionario público debe llevar a cabo la acción típica con esta finalidad”*.

La consumación de este delito se produce cuando el funcionario público solicita o recibe dádiva, favor o retribución de cualquier clase, aunque el acto propio del cargo no se realice, ya que como hemos señalado anteriormente, nos encontramos ante un delito de mera actividad. Así mismo, en el cohecho pasivo impropio cabe la tentativa e incluso el desistimiento voluntario, al igual que sucede con el cohecho pasivo propio.

Con referencia a la penalidad, antes de la reforma de 2010, el art. 425.1 del Código Penal anterior preveía para esta conducta una pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y la de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años. Después de la LO 5/2010, las penas contempladas para el delito de cohecho pasivo impropio fueron las 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. Con entrada en vigor de la reforma del Código Penal de 2015, se ha incrementado

---

<sup>156</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1780; SUÁREZ- MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.)/ JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal...*,ob.cit., pág. 518.

<sup>157</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 1585.

<sup>158</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>159</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit, pág. 268

el límite mínimo de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a cinco años, así como se ha añadido la imposición de la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

#### **4.1.3 Cohecho subsiguiente o de recompensa**

El denominado cohecho subsiguiente fue introducido por vez primera en el Código Penal de 1995, concretamente en su art. 425, el cual sancionaba al funcionario que, tras adoptar una decisión propia del cargo, intentaba obtener un acuerdo con el particular para que éste remunerara el acto ya realizado.

El legislador de 2010 decidió mantener esta forma de cohecho, dotándola de plena autonomía respecto al cohecho propio e impropio<sup>160</sup>.

El art. 421 del Código Penal establece lo siguiente:

*“Las penas señaladas en los artículos precedentes se interpondrán 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”.*

Tal como podemos observar, este precepto castiga los supuestos de cohecho pasivo subsiguiente o de recompensa relativos a los arts. 419 y 420 CP, en los que el comportamiento típico de recibir o solicitar recompensa se realiza después de que el funcionario ya ha llevado a cabo la conducta. Por tanto, la conducta típica en este caso consiste en recibir una ventaja una vez adoptado el acto del cargo, recompensando al funcionario sin que exista solicitud o acuerdo previo.

Tal como explica VIZUETA FERNÁNDEZ<sup>161</sup>, el artículo 421 del Código Penal constriñe la acción típica a los verbos recibir y solicitar, por lo que se castiga tanto la solicitud por la autoridad o funcionario público de una dádiva, favor o retribución, como su recepción o disfrute efectivo. Por tanto, queda fuera del ámbito de este artículo, en opinión del autor por un descuido del legislador, la aceptación de la promesa de su entrega o prestación futura.

---

<sup>160</sup>MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1782.

<sup>161</sup>VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 269.

Desde el punto de vista subjetivo se trata de un delito doloso.

Según MIR PUIG<sup>162</sup>, 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 mismo, con anterioridad a dicha recepción, sin que la misma haya sido acordada de antemano por un acuerdo previo”*.

Parte de la doctrina<sup>163</sup> considera que debería destipificarse el cohecho subsiguiente, al considerar que dicha modalidad no se dirige a la tutela del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas, es decir, por no afectar al bien jurídico protegido. Pese a las críticas sobre la inclusión de esta modalidad delictiva, parece ser que el legislador ha mantenido vigente este tipo de cohecho con el objetivo de facilitar la prueba del mismo en aquellos casos en los que se acredita que el funcionario dispone de dádivas y que ha realizado un acto propio de su cargo, no siendo necesario probar el acuerdo previo entre funcionario y particular, que parece presumirse. Del mismo modo, el legislador también ha querido evitar la impunidad, o sanción poco grave, en aquellos supuestos en los que no logra probarse que hubo un acuerdo previo, pero sí que el funcionario o autoridad recibió una ventaja después de la efectiva adopción del acto<sup>164</sup>.

En opinión de MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *“la aplicación de esta discutible modalidad de cohecho debería quedar condicionada a la concurrencia de una específica situación: ausencia de prueba del acuerdo previo a la ejecución del acto.”*<sup>165</sup>

En cuanto a las penas a imponer, estas serán las mismas que se prevén en los preceptos anteriores. Así, cuando la autoridad o funcionario público reciba dádiva, favor o retribución de cualquier clase tras haber realizado un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o haber omitido o retrasado el que debía practicar, será castigado con las penas de tres a seis años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de

---

<sup>162</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>163</sup> Entre otros, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1782 / MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 933 / MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>164</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 1586.

<sup>165</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1782.

sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años. Por otro lado, cuando la autoridad o funcionario reciba dádiva, favor o retribución tras haber llevado a cabo un acto propio del cargo, será castigado con las penas de dos a cuatro años de prisión, 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.

El tratamiento de la penalidad también ha sido objeto de crítica, al considerar que la remisión que lleva a cabo el art. 421 a los artículos que le preceden conlleva que el autor de este delito reciba el mismo tratamiento penal que aquel que ha solicitado a llegado a un acuerdo con otro para torcer el correcto funcionamiento de la Administración<sup>166</sup>.

Por último, en lo que se refiere a materia concursal, este precepto podrá entrar en concurso real, tal como indica el Informe del Consejo Fiscal de 2009, con el delito cometido por el funcionario público cuando lo que se recompensa es un acto, omisión o retraso constitutivo de delito<sup>167</sup>.

#### **4.1.4 Cohecho de facilitación**

El denominado cohecho de facilitación viene regulado en el art. 422 CP, que sustituye al anterior art. 426, excepto en la redacción del inciso segundo, “*para la consecución de un acto no prohibido legalmente*”, que desaparece. En este precepto se castigan aquellos supuestos de cohecho en los que la autoridad o funcionario público aceptan un regalo “*en consideración a su cargo o función*”.

El artículo 422 del Código Penal dispone que:

*“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, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”.*

La redacción de este precepto permite ajustar esta modalidad de cohecho a aquellos comportamientos en los que se persigue “*gratificar al funcionario para tenerlo en buena disposición*”, intentando reprimir los obsequios hechos a los funcionarios

---

<sup>166</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (Coord.)/ JUDEL PRIETO, A. /PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 519.

<sup>167</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 296.

públicos con la intención de captar su favor o predisponer su ánimo a favor del donante en el ejercicio futuro de su profesión. En opinión de BLANCO CORDERO<sup>168</sup>, este precepto facilita enormemente la prueba del cohecho, ya que no es preciso probar que el funcionario ha realizado algún acto relativo a su cargo, sino que basta con acreditar que el mismo ha recibido regalos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>169</sup> exige la concurrencia tres elementos para la afirmación del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte de 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.

En este caso, la acción típica consiste en la admisión de dádiva o regalo por parte del funcionario 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<sup>170</sup>.

Parte de la doctrina<sup>171</sup> adjudica a esta modalidad de cohecho la naturaleza de delito de peligro abstracto, al considerar que el hecho de que el funcionario admita dádiva o regalo en consideración a su función, lesiona el bien jurídico protegido por este delito, es decir, el principio de imparcialidad. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia 362/2008, de 13 de junio, afirma que a través de la incriminación de esta 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”*. Desde esta perspectiva, los defensores de esta postura afirman que el art. 422 CP castiga la actitud del funcionario que se muestra dispuesto a llevar a cabo actos propios de su cargo a cambio de recompensas, tratando así de sancionar actitudes internas del sujeto.

Por su parte, POLAINO NAVARRETE<sup>172</sup>, considera que nos encontramos ante un delito de resultado material, debido a la exigencia de admisión de una “dádiva” o

---

<sup>168</sup> BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos...”, ob.cit.

<sup>169</sup> Entre otras, STS 362/2008, de 13 de junio; STS 748/2010, de 17 de mayo; STS 323/2013, de 23 de abril; STS 14/2015, de 26 de enero.

<sup>170</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>171</sup> Entre otros MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.; ORTS BERENGUER, E., y VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Comentario al artículo 426 CP”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Pamplona, 1996, pág. 1839 / BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos...”, ob.cit.

<sup>172</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Edit. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 327.

“regalo” por parte de la autoridad o funcionario público, que conlleve la incorporación de un valor económico a su patrimonio.

Por el contrario, MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA consideran que este tipo de cohecho no atenta contra el principio de imparcialidad, dado que la entrega de dádivas a un empleado público por desempeñar sus funciones no persigue incidir en una decisión determinada o determinable. Argumentan que, con la regulación del cohecho de facilitación, lo que se busca es evitar abusos y desviaciones en el ejercicio de las funciones públicas<sup>173</sup>.

En cuanto al concepto de “dádiva o regalos”, al que se refiere el art. 422 CP, debe interpretarse en un sentido similar al descrito en el apartado referido al tipo objetivo del delito, con la diferenciación de que en este caso el legislador además de la utilización del término “dádiva”, añade el de “regalo”, sin especificar que éstos pueden presentar cualquier naturaleza. Según varios autores<sup>174</sup>, esta falta de referencia a la naturaleza de las “dádivas” y “regalos” debería interpretarse en el sentido de exigir que lo entregado o prometido tuviera naturaleza material y contenido económico. Por último, cabe decir que, cuando estas son de entidad menor, se afirma la atipicidad por los principios de insignificancia o de adecuación social. En este sentido el Tribunal Supremo<sup>175</sup> manifiesta que *“parece, en efecto, ilógico estimar que un regalo de ínfimo valor pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario o autoridad, a tal respecto deben tenerse presente las exigencias de la adecuación social, conforme a las cuales conducta socialmente adecuada es la conducta tolerable en la sociedad”*.

Podrá ser sujeto activo de este delito la autoridad o funcionario público que tenga atribuidas competencias, cuanto menos genéricas, para adoptar decisiones que puedan influir en el ámbito de actividad del particular que ofrece o entrega la dádiva, aunque también puede suceder que se gratifique a un funcionario con la finalidad de que este incida sobre otros o los predisponga positivamente. Cabe decir que, la autoridad o funcionario público podrá admitir la dádiva o regalo personalmente, o a través de un

---

<sup>173</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1784.

<sup>174</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1786; MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit; POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal...*, ob.cit., pág. 328.

<sup>175</sup> STS 323/2013, de 23 de abril.

tercero, en cuyo caso, el funcionario será autor de este delito de cohecho, y el tercero responderá como partícipe<sup>176</sup> o como cooperador necesario<sup>177</sup>.

Para la consumación del delito se precisa que la autoridad o funcionario público acepte la dádiva o regalo, sin que sea suficiente una simple oferta unilateral por parte del particular<sup>178</sup>. MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA<sup>179</sup>, consideran que para que se consume el delito de cohecho tipificado en el artículo 422 del Código Penal, debe darse la recepción efectiva de la dádiva o regalo. Por el contrario, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 684/2013, de 3 de septiembre, afirma que el tipo penal únicamente requiere para su consumación la recepción de la dádiva, no la solicitud, quedando en evidencia que “la simple recepción, aun sin solicitud, ya colma las exigencias típicas del precepto”.

En cuanto a la penalidad, después de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, el art. 422 CP castiga el delito de cohecho de facilitación con las penas de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público por un tiempo de uno a tres años, a diferencia del anterior art. 426, que castigaba esta conducta con una pena de multa de tres a seis meses.

Para finalizar este apartado, cabe mencionar que el artículo 422 del Código Penal no ha sufrido ninguna modificación como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015.

#### **4.2 Cohecho activo**

El delito de cohecho activo se encuentra regulado en el art.424 del Código Penal, el cual sanciona a los particulares que ofrezcan o entreguen dádivas a los funcionarios públicos para realizar alguna de las conductas tipificadas en los arts. 419, 420, 421 y 422 del CP, o bien atiendan la solicitud de dádiva del funcionario<sup>180</sup>.

Literalmente, el artículo 424 del Código Penal establece lo siguiente:

---

<sup>176</sup> SAP de Sevilla, 326/2013, de 28 de junio

<sup>177</sup> STS 474/2012, de 6 de junio.

<sup>178</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>179</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1784-1785

<sup>180</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *et alii*, Memento Práctico Penal, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 1571.

*“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 cinco a diez años”.*

El bien jurídico tutelado en esta modalidad de cohecho, es la salvaguarda de la función de la Administración pública frente a las conductas de particulares que ponen en peligro su integridad, tratando de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también el prestigio de la misma y de los funcionarios que la desempeñan.

Respecto a la conducta típica, con la reforma de 2010 se suprimieron las expresiones “corromper o intentar corromper”, problemáticas para algunos autores<sup>181</sup>, siendo estas sustituidas por “ofrecer o entregar”, comportamientos punibles en la actualidad. Para ORTS BERENGUER<sup>182</sup> la conducta en el cohecho activo consiste en “ofrecer dádiva o promesa al funcionario para conseguir de él una determinada actuación o en atender su petición, a cambio también de un acto favorable del mismo”. Del mismo modo, el legislador, con la nueva redacción del art. 424, ha llevado

---

<sup>181</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1790; BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos...”, ob.cit.

<sup>182</sup> ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la Administración Pública”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial.*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 926.

a cabo una equiparación entre la conducta del funcionario y la del particular, equiparando también las sanciones aplicables, respondiendo este último del mismo modo que el funcionario en relación a las cuatro modalidades de cohecho. Por último, respecto a la conducta, esta puede ser atípica por el principio de adecuación social, mencionado anteriormente, y al que nos remitimos.

Tal como indica CATALÁN SENDER, “*este delito incluye tanto la acción concertada como la unilateral*”, de tal modo que el delito de cohecho no tiene que ser ni bilateral ni fruto de un acuerdo<sup>183</sup>.

En lo referente al sujeto activo, puede serlo tanto un particular como un funcionario público que asuma el rol del particular en la corrupción. Por tanto, aparte del particular, también podrá ser autor de cohecho activo el funcionario que ofrece o acepta la solicitud de otro funcionario con la finalidad de que éste realice, en el ejercicio de su cargo, un acto propio del mismo<sup>184</sup>.

El dolo del autor deberá abarcar todos los elementos del tipo objetivo, así como tener las finalidades necesarias en función de la conducta que persigue del funcionario.

En cuanto a la consumación, en primer lugar cabe recordar que nos encontramos ante un delito de mera actividad, y es por ello que al no requerirse acuerdo, basta con el intento por parte del particular de corromper al funcionario público para consumir este delito, sin que se precise la aceptación de este último. Del mismo modo, la consumación del delito de cohecho activo es independiente de la del cohecho pasivo, de tal forma que puede consumarse el pasivo sin que lo haga el activo, y viceversa. En definitiva, el delito se consuma con el simple ofrecimiento dirigido a corromper al funcionario, siempre y cuando el ofrecimiento llegue al conocimiento del mismo, ya que en caso contrario solo podrá configurarse una tentativa<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Edit. Bayer Hnos. S.A, Barcelona, 1999, pág.202.

<sup>184</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1790.

<sup>185</sup> Entre otros, MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”,ob.cit; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho...*, ob.cit., pág.139; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 926.

En opinión de MUÑOZ CONDE<sup>186</sup>, no son posibles las formas imperfectas de ejecución, ya que se equiparan el concierto entre el funcionario y el particular, y el simple intento de ello o proposición.

A continuación procederemos a analizar las conductas que regulan cada uno de los apartados del art. 424 CP:

En primer lugar, el apartado primero del artículo 424 del Código Penal sanciona a los particulares que ofrezcan o entreguen dádivas o retribuciones de cualquier clase a las autoridades o funcionarios públicos.

Por otro lado, el apartado segundo del mencionado precepto, castiga la conducta de entregar la dádiva atendiendo a las solicitudes del funcionario, es decir, castiga a aquellos particulares que aceptan la propuesta que les realiza el funcionario público de que le entregue una dádiva, y que proceden a la entrega de la misma, ya que este último es requisito indispensable para la consumación del ilícito<sup>187</sup>.

Por último, el apartado tercero del artículo 424 del código Penal contempla una modalidad de cohecho específica, refiriéndose al cohecho que se da en el ámbito del procedimiento de adjudicación de contratos públicos, el cual debe estar, como ya sabemos, presidido por los principios de igualdad y transparencia. En estos supuestos, el particular corrompe a la autoridad o funcionario público encargado de tomar la decisión de la adjudicación o al que puede facilitarla.

En materia de autoría y participación, podrá ser autor de este delito el particular que lleve a cabo la conducta tipificada en los arts. 424 y 425 CP. En el supuesto en el que la dádiva o regalo sean entregados a través de intermediario, ambos pueden ser considerados coautores, si se dan todos los requisitos de la coautoría. El particular autor del delito de cohecho activo en cualquiera de sus modalidades típicas, puede ser inductor o cooperador necesario del delito que realice el funcionario o autoridad<sup>188</sup>.

Respecto a la penalidad, para estas conductas se prevé la imposición de las mismas penas de prisión y multa que correspondan, por la concreta conducta realizada, a las autoridades o funcionarios públicos corrompidos. Para el supuesto del art. 424.3º

---

<sup>186</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob.cit., pág.1023.

<sup>187</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 306

<sup>188</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

CP, se prevé para el particular 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, penalidad que ha sido modificada con la entrada en vigor de la LO 1/2015, ya que anteriormente esta conducta estaba castigada con la misma pena de inhabilitación pero por un tiempo de tres a siete años.

Antes de finalizar con el cohecho activo, debemos hacer mención al subtipo privilegiado que contiene el art. 425 CP. Se trata de un tipo atenuado, que castiga menos a su autor que en las modalidades de cohecho activo vistas anteriormente, previsto para el particular que ofrece o entrega la dádiva o retribución, siempre que se trate del 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, siempre que exista una causa criminal y el soborno se efectúe “en favor del reo”<sup>189</sup>. Según BLANCO CORDERO<sup>190</sup>, el fundamento de esta atenuación reside en el principio de inexigibilidad de otra conducta distinta. Este supuesto se castiga con la pena de prisión de seis meses a 1 año. Cabe destacar que, este es el único precepto que no ha sido modificado, en cuanto al tiempo de la pena, con la LO 1/2015.

## **5. Autoría y participación**

Como llevamos diciendo a lo largo del trabajo, podrán ser autores del delito de cohecho tanto las autoridades o funcionarios públicos, en la modalidad de cohecho pasivo, como los particulares, en la modalidad de cohecho activo.

En la estructura del cohecho son necesarios dos elementos personales, por un lado el funcionario o autoridad, y por otro, el particular, actuando ambos en una misma situación de hecho, de manera complementaria, sin que ninguno intervenga en la conducta del otro. Aunque las dos conductas se integren materialmente en la misma realidad, cada uno de los autores de ellas responde de un delito propio y específico, en el que el otro no es partícipe, respondiendo, como hemos señalado anteriormente, los

---

<sup>189</sup>MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>190</sup>BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 1594.

particulares de los delitos de cohecho activo, y los funcionarios y autoridades de los delitos de cohecho pasivo<sup>191</sup>.

Todas las modalidades del cohecho admiten la participación de un tercero, sea o no funcionario o autoridad, en las condiciones de los arts. 28 y 29 del Código Penal.

En este apartado debemos referirnos a la ampliación del sujeto activo del delito de cohecho pasivo llevada a cabo por la reforma de la LO 5/2010, la cual incluyó a los interventores designados judicialmente (art. 423 CP) y extendió el concepto de funcionario en los delitos de cohecho para que incluyera a los funcionarios de la Unión Europea y a los funcionarios nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea (art. 427 CP). Del mismo modo, se previó por primera vez que pudieran responder por estos delitos las personas jurídicas.

El art. 423 del Código Penal establece que lo dispuesto en los arts. 419, 420, 421 y 422 del mismo texto legal, *“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”*, extendiendo, así, la responsabilidad criminal del delito de cohecho a estos sujetos y a las personas que, sin ser funcionarios conforme al art. 24 CP, participan en el ejercicio de la función pública.

Por otro lado, la reforma de 2015 ha ampliado el ámbito subjetivo de los delitos de cohecho a los funcionarios extranjeros, a los de la Unión Europea o a los de organizaciones internacionales a través del artículo 427 del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

*“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*

---

<sup>191</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 620 y 621.

*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”.*

Con la reforma de 2015 del Código Penal se ha incluido el artículo 427 bis, el cual hace referencia a la relevante cuestión de la penalidad de las personas jurídicas por los delitos de cohecho . El mencionado artículo establece lo siguiente:

*“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 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”.*

Como podemos observar, este precepto permite a los jueces imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 del Código penal, de tal modo que los mismos podrán decretar la disolución de la persona jurídica, la suspensión de actividades, la clausura de locales y establecimientos, la prohibición a realizar determinadas actividades, la intervención judicial, así como la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

## **6. Circunstancias modificativas**

Al delito de cohecho, en todas sus modalidades, se le pueden aplicar todas las circunstancias atenuantes y agravantes contempladas en el Código Penal, salvo la agravante de alevosía (art. 22.1º), únicamente aplicable a los “delitos contra las personas”. En las conductas de cohecho pasivo, no serán aplicables las agravantes de abuso de superioridad (art. 22.2º), ejecución del hecho “mediante precio, recompensa o promesa” (art. 22.3º) y prevalimiento del carácter público del culpable<sup>192</sup>.

## **7. Penas y concursos**

Como hemos señalado al principio del Capítulo, con las reformas llevadas a cabo por las Leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015, se produce un incremento significativo de las penas relativas a las distintas modalidades del cohecho, con la que se pretende acomodar la regulación de este delito a las normas internacionales.

En el Preámbulo de la LO 5/2010 se manifestó que *“con base en lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición”*, dado que algunos delitos de cohecho no llevaban aparejada pena privativa de libertad antes de esta reforma, sino que únicamente eran castigados con la pena de multa y suspensión o inhabilitación, imposibilitando así la extradición

Después de la reforma de 2010, se aparejaron a todas las modalidades del delito de cohecho la pena de prisión y las que ya las contemplaban con anterioridad, fueron incrementadas tanto en los límites mínimos como en los máximos. Con la reforma del Código Penal de 2015, como hemos podido ver en los apartados anteriores se han incrementado los límites mínimos de las penas en todas las modalidades de cohecho, excepto en la regulada en el artículo 425, así como se ha incluido la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las artículos 419 y 420.

Dado que hemos ido viendo a lo largo del trabajo las distintas penas que llevan aparejadas cada una de las modalidades del cohecho, así como los concursos que son posibles con cada una de ellas, creo conveniente no volver a referirme a esta cuestión, remitiéndome a lo expresado anteriormente.

---

<sup>192</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 621.

En este apartado debemos referirnos a la exención contenida en el art. 426 CP, el cual establece que *“quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de la 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”*, por tanto, nos encontramos ante una exención referida al cohecho activo. Este precepto exime de responsabilidad criminal al particular que comete el delito de cohecho y que lo denuncia.

La mayoría de autores<sup>193</sup> identifican esta exención como una medida de política criminal destinada a *“favorecer la lucha contra la corrupción, a 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”*<sup>194</sup>.

Pues bien, para que esta exención sea de aplicación, y el particular quede exento de pena, se requiere que concurren simultáneamente tres requisitos.

En primer lugar, que el particular haya accedido *“ocasionalmente”* a la solicitud de las dádivas por el empleado público. POLAINO NAVARRETE<sup>195</sup> expone que en este ámbito típico, *«el término “ocasional” equivale a la realización de la conducta de aceptación de la solicitud “en una sola ocasión”, de forma que si el particular reitera la ejecución de las acciones típicas de cohecho no podrá acogerse a la exención»*. Por su parte, MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA<sup>196</sup>, consideran que este requisito no solo debe interpretarse en el sentido de que seala primera vez que el particular comete un delito de cohecho, sino que también como *“ausencia de un trato continuado con el funcionario”*, no siendo aplicable, según estos, el art. 426 CP en aquellos casos en los

---

<sup>193</sup>Entre otros MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.; BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 1594; SILVA SÁNCHEZ, J.M.(Dir.), *Lecciones de Derecho Penal...*, ob.cit., pág.341; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1793.

<sup>194</sup> MIR PUIG, C., “El delito de cohecho...”, ob.cit.

<sup>195</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal...*, ob.cit., pág. 333.

<sup>196</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1793.

existe un trato continuado entre particular y funcionario, accediendo el primero en varias ocasiones a la petición de regalos.

En segundo lugar, el art. 426 CP requiere que la iniciativa corruptora no provenga del particular, es decir, que la solicitud proceda del empleado público. Por tanto, en aquellos supuestos en los que el particular ofreció la dádiva para obtener el acuerdo del funcionario no será aplicable esta exención.

En tercer lugar, se precisa que la denuncia de los hechos llevada a cabo por el particular se produzca ante la autoridad competente para promover la averiguación de los mismos, y con anterioridad a la apertura del correspondiente procedimiento. En cuanto a la denuncia, se entiende en sentido formal y material<sup>197</sup>, de tal forma que basta con una mera comunicación verbal de la comisión de un hecho delictivo a la autoridad competente para proceder a su averiguación.

La excusa absolutoria cuenta con un límite temporal, de tal modo que el particular dispondrá para denunciar de un plazo máximo de dos meses, 10 días antes de la LO 5/2010, a contar desde la fecha de la comisión de tales acciones, siempre que no se haya procedido antes a la apertura del procedimiento penal.

Por último en lo referente a las penas y concursos, también cabe hacer mención al artículo 431 CP, el cual prevé una cláusula de penalidad adicional<sup>198</sup>, consistente en el comiso de las dádivas, presentes y obsequios constitutivos del objeto material del delito.

---

<sup>197</sup> BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho...”, ob.cit., pág. 1595.

<sup>198</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal...*, ob.cit., pág. 334.

## **VII. CONCLUSIONES**

### **PRIMERA: Los delitos contra la administración Pública tras la Reforma Penal de 2015**

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, tiene como objetivo principal adaptar la normativa penal española a la normativa internacional contra la corrupción. Con esta reforma, se han elevado la mayoría de las penas de los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, así como se ha añadido la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo para aquellos delitos que llevaban aparejada la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Del mismo modo, con la entrada en vigor de esta reforma, se ha ampliado el concepto de personas asimiladas a los funcionarios públicos a efectos de punición de algunos delitos contra la Administración pública, así como se ha formulado un nuevo concepto de funcionario extranjero.

### **SEGUNDA: Corrupción Pública**

Podemos definir la corrupción pública como aquella acción que lleva a cabo el funcionario público consistente en el abuso o la desviación del poder que ostenta por su condición, así como la falta de honestidad en la adopción de decisiones públicas.

### **TERCERA: Autoridad y funcionario público**

De forma general el sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública es una autoridad o funcionario público, tratándose de un concepto normativo, ofrecido por el art. 24 del Código Penal, aplicable únicamente a efectos penales y mucho más amplio que la definición que ofrece el Derecho Administrativo de los mismos.

### **CUARTA: El bien jurídico**

Los preceptos incluidos en el Título XIX del Código Penal tienen como finalidad la protección de la Administración Pública, en el sentido de tutelar su correcto funcionamiento, así como que las autoridades y funcionarios públicos que forman parte de ella, lleven a cabo sus funciones atendiendo a los intereses generales, sin que intercedan en el ejercicio de las mismas intereses personales.

### **QUINTA: Prevaricación administrativa**

- Para que se dé el delito de prevaricación, la autoridad o funcionario público deberá dictar una resolución injusta y arbitraria. Así, esta resolución además de contradecir el Derecho (ser ilegal), deberá ser arbitraria. Solo cuando se den estos dos requisitos intervendrá el Derecho penal, ya que si lo hiciera en los supuestos de mera ilegalidad, quedarían fuera de juego las sanciones administrativas. Personalmente considero que esta es la forma más adecuada, en virtud del principio de intervención mínima, ya que el Derecho Penal reserva su actuación para los casos más graves, dejando el resto en manos del Derecho Administrativo.

- El elemento subjetivo de este delito exige que el sujeto activo dicte la resolución “a sabiendas de su injusticia”. Por tanto, entendemos que de esta expresión se desprende el requisito de que el funcionario debe actuar dolosamente, excluyendo la comisión imprudente del tipo. Del mismo modo, entendemos que la expresión a sabiendas, únicamente abarca el dolo directo, excluyendo el dolo eventual.

- Entendemos que cuando hablamos del delito de prevaricación administrativa, nos estamos refiriendo a un delito de mera actividad, y es por ello que consideramos que no puede realizarse por omisión propia, ya que el legislador deja patente que para que se dé el tipo se deberá “dictar” una resolución injusta. Como excepción a la anterior afirmación, estamos a favor de lo expresado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1997, en el sentido de que el delito de prevaricación podrá producirse por comisión por omisión en aquellos casos en los que el funcionario tenga la obligación de realizar una determinada actividad administrativa, y su omisión tenga efectos equivalentes a su denegación.

### **SEXTA: Cohecho**

- En función de la cualidad del autor podemos distinguir dos tipos de cohecho, por un lado el cohecho activo, que es el llevado a cabo por un particular que corrompe a un funcionario, y el cohecho pasivo, aquel que se da cuando el autor del delito es una autoridad o funcionario público que solicita o acepta un soborno. Dentro del cohecho pasivo, pueden distinguirse cuatro modalidades: cohecho propio, impropio, subsiguiente y de facilitación.

- En cuanto a las “dádivas” o “regalos”, entendemos que, para que el comportamiento sea antijurídico, estos tienen que ser capaces de corromper a la autoridad o funcionario público para que actúe de una determinada manera en relación con la función pública que desempeña. Por tanto, consideramos que no todos los regalos ofrecidos a estos, o aceptados por los mismos, deben ser objeto del delito de cohecho ni del Derecho Penal, ya que, en ocasiones, estos sujetos reciben obsequios por parte de particulares que son socialmente admitidos, y con los cuales no se compra el favor de las autoridades o funcionarios públicos.

- En lo referente al tipo subjetivo, llegamos a la conclusión, al igual que en el delito de prevaricación, que estamos ante un delito exclusivamente doloso, el cual puede cometerse con dolo directo, pero no con dolo eventual, ya que el texto exige que la solicitud o aceptación se lleve a cabo con la intención de un enriquecimiento, propio o de tercero, por parte del funcionario.

#### **SÉPTIMA: Incremento de la penalidad**

En el presente trabajo hemos podido observar cómo, desde la reforma del Código Penal de 2010, la penalidad de estos delitos se ha incrementado notablemente.

De unos años en adelante la sociedad está siendo testigo de los numerosos casos de corrupción que salen a la luz a diario. Ante este panorama, la Unión Europea, acertadamente, ha decidido tomar medidas ante esta problemática, con la finalidad de erradicar la corrupción en sus países miembro. Es por ello que, con la finalidad de adecuarse a los tratados ratificados por España en contra de la corrupción, con la LO 5/2010 se endurecieron notablemente las penas aparejadas a los delitos contra la Administración Pública, previendo muchos de ellos penas privativas de libertad. Parece ser que estas medidas no fueron suficientes, y es por ello que en la LO 1/2015, de 20 de marzo, continúa el endurecimiento de las penas de los delitos relacionados con la corrupción política y administrativa.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS LÓPEZ, E., “El cohecho impropio después de la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 9 de Mayo de 2011, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- BARRACHINA JUAN, J., *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, Edit. PPU, Barcelona, 1991.
- BLANCO CORDERO, I., “Del Cohecho”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2015.
- BLANCO CORDERO, I., “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/210: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Escritos penales*, Valencia, 1979.
- CASAS BARQUERO, E., *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*, Documentación jurídica, julio-septiembre, 1978.
- CASTRO CUENCA, C.G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009.
- CASTRO LIÑARES, D., “Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre”, en *Diario La Ley N°8753*, Sección Doctrina, Edit. La Ley, mayo de 2016, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Edit. Bayer Hnos. S.A, Barcelona, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M., (Dir.) y QUINTANAR DÍEZ, M., “Artículo 24”, en *Comentarios al Código Penal*, Edit. Edersa, Tomo II, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M., *Examen crítico del párrafo del artículo 119 del Código penal español*, LRJ, 1962.

- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- DE LA MATA BARRANCO, N.L., *La respuesta a la corrupción pública: tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella. Reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo*, Edit. Comares, Granada, 2004.
- DEL TORO MARZAL, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona, 1972.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoridad y funcionario público”, en *EJB*, Tomo II, 1995.
- DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español” en *RDUC*, N°7, Nicaragua, 2004.
- FAMILIAR SÁCHEZ, A., “La prevaricación administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 1, Sección comentarios de jurisprudencia, Tomo I, enero 2002, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- GARCIA PAZ, D., y JIMÉNEZ VACAS, .J.J, “Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 26 de Marzo de 2014, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Edit. Edisofer, Madrid, 2011.
- GARZON VALDÉS, E., “Acerca del concepto de corrupción”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 56, 1995.

- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Política Criminal y Reforma Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual”, en *Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J.*, 1995.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “*El delito de prevaricación de Autoridades y Funcionarios Públicos*”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22.7ª”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, EditLex Nova, Valladolid, 2011.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, 2º ed., Madrid, 1912.
- IGLESIAS RIO, M.A., “Artículo 404”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo V, Thomson Reuters, Navarra, 2015.
- JAVATO MARTÍN, A.Mª., “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, Enero, 2011.
- JAVATO MARTIN, A.Mª., “Artículo 24”, en GOMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edit. LexNova, Valladolid, 2011.
- JUANES PECES, A., “Delitos de los funcionarios públicos”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Tomo V, 1998, <http://www.laleydigital.laley.es>
- JIMENEZ FRANCO, E., “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de *legeferenda* para una nueva cultura de integridad” en *Actualidad Administrativa*, Nº 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de Marzo de 2015, tomo 1, Ed. La Ley, 2012, <http://www.laleydigital.laley.es>
- LALINDE ABADÍA, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, Madrid, 1970.

- LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (Coord.)/ALVAREZ MEDINA, S. (Coord.), *La corrupción política*, Edit. Alianza Editorial, 1997.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Edit. Eurojuris, Madrid, 1996.
- MELENDO PARDOS, M., “Autoría, participación y función pública”, en LACRUZ LOPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M., *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2015.
- MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración Pública” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Edit. Colex, Madrid, 2012.
- MIR PUIG, C., “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, abril, 2011, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *et alii, Memento Práctico Penal*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2014.
- MORALES PRATS, F. y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración Pública”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración Pública (I)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho Penal Español: Parte especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NYE, J.S., en HEIDENHEIMER A.J.; Johnston, M. y LeVine, V. T. (eds), “Corruption and political development: A cost-benefit analysis”, *Political Corruption*, 1989. Este texto ha sido traducido por Manuel Espinel Vallejo, en *Revista Zona Abierta*, nº 98-99, 2002.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionariopúblico*, Edit. Civitas, Madrid, 1980.

- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos contra la Administración Pública”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal*, Edit. Atelier, Barcelona, 2011.
- ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la Administración Pública”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial.*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, E., y VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Comentario al artículo 426 CP”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Pamplona, 1996.
- PACHECO, J.F., *El Código penal concordado y comentado*, Tomo II, 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1856.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “Prevaricación (delitos de)” en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 1, Septiembre 2011- febrero 2012.
- PLEITE GUADAMILLAS, F., “El delito de prevaricación en la contratación pública”, en *Contratación Administrativa Práctica*, Enero 2015, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Edit. Tecnos, Madrid, 2011.
- PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal por funcionario público*, Edit. Edersa, Madrid, 1990.
- QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto penal de funcionario público”, en *CPC*, 1985.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Edit. Atelier, Barcelona, 2010.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTINES, A.I., *Delitos contra la Administración Pública*, Edit. Bosch, Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Edit. Ariel, Barcelona, 1972.
- RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999.

- SADAN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- SAINZ DE ROBLES DE SANTA CECILIA, C., *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral, Valladolid, 1985.
- SERRANO TARRAGA, M.D., “Delitos contra la Administración Pública 1”, en LACRUZ LOPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M., *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Edit. Dykinson S.L., Madrid, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Edit. Atelier, Barcelona, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>, *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986.
- SUÁREZ- MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.)/JUDEL PRIETO, A. /PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Edit. Civitas, Pamplona, 2011.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edit. Edersa, Madrid, 1996.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *CPC*, nº 62, 1997.
- VAZQUEZ-PORTOMEÑE, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general.*, Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A., “Sobre la prevaricación administrativa”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 22, Sección de Comentarios a la jurisprudencia, Tomo I, Noviembre/Diciembre, 2012, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- VIVES ANTÓN, T.S., *Las detenciones ilegales*, Edit. Bosch, Barcelona, 1977.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “Delitos contra la Administración Pública 2”, en LACRUZ LOPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M., *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Edit. Dykinson S.L., Madrid, 2015.

### **IX. ANEXO JURISPRUDENCIAL**

- STS 2115/1993 de 7 de octubre.
- STS 8036/1994, de 8 de octubre.
- STS 984/1995, de 6 de octubre.
- STS 84/1996, de 5 de febrero.
- STS 361/1998, de 16 de marzo.
- STS 1104/1998, de 3 de octubre.
- STS 766/1999, de 4 de diciembre.
- STS1493/1999, de 21 de diciembre.
- STS 501/2000, de 21 de marzo.
- STS 114/2000, de 12 de junio.
- STS 28/2001, de 28 de marzo.
- STS 776/2001, de 8 de mayo.
- STS 2052/2001, de 7 de noviembre.
- STS 76/2002, de 25 de enero.
- STS 537/2002, de 5 de abril.
- STS 37/2003, de 22 de enero.
- STS 1544/2004, de 23 de diciembre.
- STS 1438/2005, de 23 de noviembre.
- STS 573/2005, de 7 de diciembre.
- STS 1618/2005, de 22 de diciembre.
- STS 37/2006, de 25 de enero.
- STS 208/2006, de 20 de febrero.
- STS 627/2006, de 8 de junio.
- STS 842/2006, de 31 de julio.
- STS 874/2006, de 18 de septiembre.
- STS 1076/2006, de 27 de octubre.
- STS 1096/2006, de 16 de noviembre.
- STS 93/2007, de 1 de febrero.
- STS 3279/2007, de 21 de mayo.
- STS 755/2007, de 25 de mayo.
- STS 615/2007, de 12 de junio.
- STS 1122/2007, de 10 de diciembre.
- STS 362/2008, de 13 de junio.
- STS 443/2008, de 1 de julio.
- STS 866/2008, de 1 de diciembre.
- STS 723/2009, de 1 de julio.
- STS 222/2010, de 4 de marzo
- STS 478/2010, de 17 de mayo.
- STS 1080/2010, de 20 de octubre.
- ATS 20837/2011, de 8 de marzo.
- STS 186/2012, de 14 de marzo.
- STS 340/2012, de 30 de abril.
- STS 300/2012, de 3 de mayo.

- STS 474/2012, de 6 de junio.
- STS 502/2012, de 8 de junio.
- STS 636/2012, de 13 de julio.
- STS 228/2013, de 22 de marzo.
- STS 303/2013, de 26 de marzo.
- STS 323/2013, de 23 de abril.
- SAP de Sevilla 326/2013, de 28 de junio.
- STS 657/2013, de 15 de julio.
- STS 684/2013, de 3 de septiembre.
- STS 1051/2013, de 26 de septiembre.
- STS 743/2013, de 11 de octubre.
- STS 841/2013, de 18 de noviembre.
- STS 1021/2013, de 26 de noviembre.
- STS 994/2013, de 11 de diciembre.
- STS 990/2013, de 30 de diciembre.
- STS 305/2014, de 7 de abril.
- STS 421/2014, de 16 de mayo.
- STS 600/2014, de 3 de septiembre.
- STS 773/2014, de 28 de octubre.
- STS 14/2015, de 26 de enero.
- STS 149/2015, de 11 de marzo.
- STS 225/2015, de 22 de abril.
- STS 797/2015, de 24 de noviembre.
- STS 358/2016, de 26 de abril.
- STS 606/2016, de 7 de julio.
- ATS 1260/2016, de 14 de julio.
- STS 692/2016, de 27 de julio.
- STS 795/2016, de 25 de octubre.
- STS 872/2016, de 18 de noviembre.