



EVOLUCION DEL DELITO DE COHECHO Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES

ANTONIO MORENO ELVIRA

5ºE3 C

TUTOR: ANTONIO OBREGÓN GARCÍA

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS

Madrid

Abril 2014

RESUMEN

La corrupción es actualmente uno de los temas que más preocupan a la sociedad. El acto de ejercer la función pública en pos de obtener una ventaja económica mediante el desvío de caudales públicos a fines privados no sólo constituye un ataque al Estado de Derecho sino que también provoca una distorsión en el mercado. La corrupción administrativa se erige por tanto como factor desestabilizador de primer orden de la economía de un país, actuando de freno para su desarrollo. Por un lado, la corrupción supone un coste añadido en los bienes y servicios que acaba siendo repercutido en el consumidor final, el ciudadano de a pie. Por otro, puede dar lugar a una desconfianza generalizada en el sistema por la cual muchos encuentren justificación en la contravención de normas basándose en que las personas que representan el interés general también eluden el cumplimiento de las mismas.

Casos tan notorios como los de los ERE en Andalucía, los trajes de Camps y el caso de las ITV de Oriol Pujol han agitado aún más si cabe el malestar de la masa popular hacia la clase política española. Si a ello se añade que la Fiscalía General del Estado se hace eco del creciente número y entidad de procedimientos abiertos sobre casos de corrupción, resulta especialmente atractivo analizar profundamente todo lo que concierne a este tipo delictivo.

El delito de cohecho encierra más connotaciones y es un sujeto de mayor discusión doctrinal. Para empezar, la figura del cohecho tiene su origen en ordenamientos jurídicos tan primitivos como el de la Antigua Roma. La *lex Cornelia Fulvia*, por ejemplo, ya ordenaba que los votos no se comprasen con dádivas o regalos. Tal es el corte tradicional y la relevancia de este delito que un partido político expresó en la última década su voluntad de modificar un precepto que data desde el CP 1822: el de "en consideración a su cargo". Además de ser el delito más representativo de la corrupción, el cohecho es sujeto de numerosas interpretaciones doctrinales controvertidas y de jurisprudencia abundante y cambiante. El presente informe, por tanto, tiene por objeto identificar los puntos del delito de cohecho más discutidos por la doctrina así como la interpretación que los Tribunales vienen haciendo de cada una de sus modalidades.

Palabras clave: adecuación social, propio, impropio, dádiva, funcionario, particular, cargo, público subsiguiente.

ABREVIATURAS E INDICACIONES PRÁCTICAS	2
1. INTRODUCCIÓN	3
2.1. INTRODUCCIÓN.....	5
2.2. NATURALEZA JURÍDICA.....	5
2.3. COHECHO PROPIO VS COHECHO IMPROPIO.....	6
2.4. CUESTIONES COMUNES	10
2.4.1. <i>Bien jurídico protegido</i>	10
2.4.2. <i>Sujeto activo</i>	11
2.5. COHECHO PASIVO PROPIO	12
2.6. COHECHO PASIVO IMPROPIO	16
2.6.1. <i>Cohecho pasivo impropio básico</i>	16
2.6.2. <i>Cohecho "subsiguiente"</i>	17
2.6.3. <i>El cohecho por consideración a la función</i>	18
2.7. COHECHO ACTIVO	19
2.8. TIPO ATENUADO.....	20
2.9. EXCLUSIÓN DE LA PENA	21
2.10. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	22
2.11. EL COMISO DE LAS DÁDIVAS	22
3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	23
3.1. CÓDIGO PENAL DE 1973	23
3.2. CÓDIGO PENAL DE 1995	25
3.3. LEY ORGÁNICA 5/2010.....	28
3.3.1. <i>Los Ejes de la Reforma</i>	29
3.3.2. <i>Los nuevos cohechos pasivos</i>	30
4. PRINCIPALES ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LOS TIPOS DE COHECHO	32
4.1. ADECUACIÓN SOCIAL DE LOS REGALOS DE CORTESÍA POR EL RECTO EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.....	32
4.2. DÁDIVA, FAVOR O RETRIBUCIÓN: ¿CONTENIDO EXCLUSIVAMENTE ECONÓMICO?.....	33
4.3. SOLICITUD DE DÁDIVA VÍA INTERMEDIARIO Y NO LLEGA AL DESTINATARIO. ¿TENTATIVA O CONSUMACIÓN?.....	34
4.4. COHECHO PASIVO SUBSIGUIENTE INNECESARIO PUESTO QUE LA RECOMPENSA ES CONSECUENCIA DE LA PROMESA.....	35
4.5. COHECHO ACTIVO: PARTICULAR NO CASTIGADO POR LAS PROMESAS QUE REALIZA...	35
5. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	39

ABREVIATURAS E INDICACIONES PRÁCTICAS

AP	Administración Pública
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
GRECO	Group of Estates Against Corruption
EEG	Equipo de Evaluación del GRECO
RAE	Real Academia Española
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es actualmente uno de los temas que más preocupan a la sociedad. El acto de ejercer la función pública en pos de obtener una ventaja económica mediante el desvío de caudales públicos a fines privados no sólo constituye un ataque al Estado de Derecho sino que también provoca una distorsión en el mercado. La corrupción administrativa se erige por tanto como factor desestabilizador de primer orden de la economía de un país, actuando de freno para su desarrollo. Por un lado, la corrupción supone un coste añadido en los bienes y servicios que acaba siendo repercutido en el consumidor final, el ciudadano de a pie. Por otro, puede dar lugar a una desconfianza generalizada en el sistema por la cual muchos encuentren justificación en la contravención de normas basándose en que las personas que representan el interés general también eluden el cumplimiento de las mismas¹.

Las últimas encuestas realizadas por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) apuntan que casos tan notorios como los de los ERE en Andalucía, los trajes de Camps y el caso de las ITV de Oriol Pujol han agitado aún más si cabe el malestar de la masa popular hacia la clase política española. Si a ello se añade que la Fiscalía General del Estado se hace eco del creciente número y entidad de procedimientos abiertos sobre casos de corrupción, resulta especialmente atractivo analizar profundamente todo lo que concierne a este tipo delictivo.

La corrupción es combatida desde el punto de vista penal mediante el delito de cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, prevaricación administrativa y fraudes comunitarios. A pesar de representar la prevaricación administrativa el 40% de las sentencias dictadas en relación a delitos de corrupción, el objeto de este escrito será el delito de cohecho, por ser éste el paradigma de la corrupción. La razón que estriba en el mayor número de procedimientos iniciados por prevaricación es su simplicidad de demostración. Basta que se pruebe que el

¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO "Corrupción social y política" en *Memoria*, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, pp. 648-652

funcionario público ha dictado una resolución injusta, o ha incumplido un trámite esencial para que la conducta sea objeto de un delito de prevaricación.

El delito de cohecho, sin embargo, encierra más connotaciones y es un sujeto de mayor discusión doctrinal. Para empezar, la figura del cohecho tiene su origen en ordenamientos jurídicos primitivos como el de la Antigua Roma. La *lex Cornelia Fulvia*, por ejemplo, ya ordenaba que los votos no se comprasen con dádivas o regalos². También ha sido objeto de continuas modificaciones legislativas desde su primera codificación en el Código Penal español de 1822, cuyo capítulo se titulaba: "De los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público". Tal es el corte tradicional y la relevancia de este delito que un partido político expresó en la última década su voluntad de modificar un precepto que data desde el CP 1822: el de "en consideración a su cargo".

Además de ser el delito más representativo de la corrupción, el cohecho es sujeto de numerosas interpretaciones doctrinales controvertidas y de jurisprudencia abundante y cambiante. El presente informe, por tanto, tiene por objeto identificar los puntos del delito de cohecho más discutidos por la doctrina así como la interpretación que los Tribunales vienen haciendo de cada una de sus modalidades.

La base teórica de la investigación se sustenta mediante consultas a documentos legislativos, manuales y monografías de la doctrina contemporánea, así como consultas a la jurisprudencia más moderna de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo.

Finalmente, el trabajo consistirá en un análisis de la figura del cohecho en cada una de sus vertientes, así como un análisis comparativo de las normas que más han modificado su configuración. El método de trabajo utilizado es inductivo-deductivo, pues analizando aspectos particulares del delito de cohecho se pretende establecer un sustento teórico general.

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, 12ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 462-467.

2. EL DELITO DE COHECHO

2.1. Introducción

El cohecho se enmarca dentro del repertorio que constituyen los delitos contra la Administración Pública del Título XIX del Código Penal. Es un delito peculiar puesto que dentro del Capítulo V, dedicado exclusivamente a su prescripción, acoge numerosos subtipos en función del sujeto que ejecuta la acción. La doctrina lo clasifica en cohecho activo y cohecho pasivo según sea el particular el que corrompe al funcionario con dádivas y promesas, o el funcionario quien las solicita o acepta del particular, respectivamente. El cohecho pasivo se puede dividir a su vez en cohecho propio e impropio; sin embargo, la doctrina difiere de lo que debe considerarse cohecho impropio, pues algunos autores estiman "impropio" el cohecho derivado de la realización de un acto del funcionario público propio de su cargo, mientras que otros consideran que lo verdaderamente impropio del acto es la solicitud o recepción de un regalo por razón del cargo que ostenta el funcionario público.

El delito de cohecho se recoge en los artículos 419 al 427 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Su regulación tiene por objetivo evitar la influencia del interés privado en el ejercicio correcto e imparcial de las funciones públicas.

En orden de aparición en el Código Penal, se hablará primeramente del cohecho pasivo como la conducta de exigencia o aceptación de una dádiva o promesa por parte de los funcionarios para la realización de ciertos actos, o como recompensa por haberlos realizado; y después, del cohecho activo. Asimismo, el cohecho pasivo será dividido en propio e impropio.

2.2. Naturaleza jurídica

Antes de definir la figura del cohecho en sus diferentes vertientes, es preciso adelantar que el hecho de que algunos autores distingan el cohecho activo del cohecho pasivo no supone una bilateralidad del mismo, pues según afirma MUÑOZ CONDE, el

cohecho no se origina en el acuerdo de voluntades del funcionario y el particular, sino que son "dos delitos distintos y autónomamente castigados"³. Si bien tradicionalmente la jurisprudencia había conceptualizado este delito como una forma de participación del funcionario y el particular en tanto que convergían en la obtención de un resultado, no fue hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal cuando se admitió la unilateralidad del delito de cohecho. Así lo hizo saber el Tribunal Supremo en su STS de 3 de febrero de 2009, núm. 102/2009 [RJ 2009, 1771]:

En la tipificación del delito de cohecho se distingue entre la conducta de quien pretende corromper y la del funcionario que la recibe. En esta distinción se parte de la existencia de un pacto, escrito o no, por el que una persona soborna o acepta el ofrecimiento del funcionario corrupto y otra, el funcionario, quien acepta el presente, o realiza el ofrecimiento determinante de la corrupción. [...] En la doctrina penal clásica se afirmó que "el cohecho es la venta de un acto perteneciente a sus funciones y que por regla general debería ser gratuito". En un sentido contrario, la doctrina mayoritaria actual sostiene, y esta parece la construcción más acorde con la tipificación del Código penal, la naturaleza unilateral del delito de cohecho, la existencia de dos personas en la realización del acto de corrupción es irrelevante. [...] Lo relevante es la conducta del funcionario, que solicita o acepta la dádiva, y la del particular que acepta el ofrecimiento del funcionario u ofrece la dádiva al funcionario. Consecuencia de esta construcción es que el delito de cohecho no requiere la existencia de un pacto, bastando para la tipicidad el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas incriminaciones contenidas en el delito de cohecho.

2.3. Cohecho propio vs Cohecho impropio

La distinción entre cohecho propio e impropio ha suscitado mucha discusión entre la doctrina, pues si bien autores como ORTIZ DE URBINA opinan que es el artículo 420 CP el que recoge los supuestos del cohecho pasivo impropio o "no corruptor" cuando el legislador castiga la exigencia o aceptación de dádiva para llevar a cabo un acto propio del cargo⁴, otros autores como MUÑOZ CONDE consideran que es la aceptación de dádiva por el funcionario en consideración a su cargo lo que le proporciona el carácter de impropio al delito de cohecho⁵. Algunos autores como SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ y JUDEL PRIETO abogan por una posición

³ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.931.

⁴ ORTIZ DE URBINA, I. "Delitos contra la Administración Pública" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por SILVA SANCHEZ, J.M. y coordinado por RAGUÉS I VALLÈS, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011, p. 338

⁵ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.935.

conciliadora de ambas corrientes, reconociendo como cohecho impropio tanto los casos en que se solicita dádiva o presente o se admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo o como recompensa del ya realizado, como aquellos en que se admita dádiva o regalo que le fueren ofrecidos al funcionario en consideración a su función⁶. Esta última corriente doctrinal es la que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo⁷.

La jurisprudencia también se ha manifestado a la hora de precisar el concepto de cohecho impropio. Por un lado, llama la atención que si bien no se puede considerar como jurisprudencia la opinión que algunos jueces hacen constar a través de los autos, sí parece que éstos se inclinan por la corriente más extensiva del concepto de cohecho propio, dando cabida en él los cohechos de los artículos 419, 420 y 421CP. Este es el caso del auto de 4 de julio de 2011 [ARP 2011\1145] del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el que se señala:

"Los delitos de cohecho son infracciones donde, pese a su naturaleza unilateral, la conexidad suele estar presente en mayor o menor medida, ya que, gran parte de sus modalidades (los cohechos propios) vienen relacionadas en su misma descripción típica, con una solicitud o recepción de dádivas por la autoridad o el funcionario que están conectadas, y de ahí su carácter bipolar, con concretos actos u omisiones de dichas personas que pudieran ser constitutivos de delito (posibles delitos de prevaricación), injustos, simplemente propios del cargo, como recompensa del acto ya realizado, o meramente tendentes a procurar una abstención en la realización de un acto propio del cargo. Sin embargo, el delito de cohecho pasivo impropio por el que se sigue el procedimiento del Jurado, viene caracterizado por su "abstracción" desconectado de actos concretos de dichas autoridades y funcionarios".

La resolución final de este auto, la Sentencia de 16 de septiembre de 2011, núm. 11/2011 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana [ARP 2012\104], a pesar de no repetir la interpretación anterior en sus fundamentos jurídicos sí parece que restringe al artículo 426 -artículo perteneciente a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal referido a los "regalos ofrecidos en consideración a su función"- las conductas constitutivas del cohecho impropio:

⁶ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, Á.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.; "Cohecho" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 231-234.

⁷ *Vid.* STS núm. 745/ 2013 de 4 de noviembre de 2013 [JUR 2013\376810] y STS núm. 472/2011 de 19 de mayo de 2011 [RJ 2011\5734]

Los hechos declarados probados por conformidad del acusado D. Luis Alberto, consistentes en la aceptación de prendas de vestir como dádiva o regalo en consideración a su función como Jefe de Gabinete de la Agencia Valenciana de Turismo, son constitutivos del delito continuado de cohecho pasivo impropio, tipificado en el artículo 426 del Código Penal.

Por otro lado, el Tribunal Supremo parece que aboga por una interpretación restrictiva del "cohecho propio" e incluye en él únicamente los casos en que se solicita o recibe por la Autoridad o funcionario público la dádiva, presente, ofrecimiento, promesa o soborno con la finalidad de ejecutar una acción u omisión delictiva o injusta.

En algunos casos se ha pronunciado de forma indirecta señalando que "falta un presupuesto esencial del tipo del delito de cohecho impropio, cual es el de que el percibo de la dádiva o regalo es recibido por la Autoridad o Funcionario Público en su condición de tal y en consideración al cargo público que ocupe".⁸

En otros, lo ha hecho de forma directa. Es el caso de sentencias como STS 19 de mayo de 2011, núm. 472/2011 [RJ 2011\5734], donde señala que el artículo 420 del Código -que habla sobre los actos en el ejercicio del cargo- debe ser "calificado como delito de cohecho propio":

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos se estima que estos deben ser calificados como delito de cohecho propio, ex art. 420 Cpenal y no de cohecho impropio del art. 425-1º Cpenal como fue calificado en la instancia, y junto con ello, postulaba la existencia de dos delitos y no uno solo.

Además, aunque no deba ser considerado parte de la jurisprudencia por ser un auto judicial, el magistrado del Tribunal Supremo MAZA MARTIN establece en su Auto de 1 de junio de 2007 [JUR 2007\197729]:

Se trata, por consiguiente, del doctrinalmente conocido como delito de "cohecho impropio" pues, a diferencia de la infracción ("cohecho propio") prevista en los artículos 419 y siguientes del Código , en este caso no se solicita o recibe por la Autoridad o funcionario público la dádiva, presente, ofrecimiento, promesa o soborno con la finalidad de ejecutar una acción u omisión delictiva o injusta, sino, antes al contrario, bien para obtener la realización de un "...acto no prohibido legalmente..." o, al menos porque el ofrecimiento se produzca "...en consideración a la función..." de la Autoridad o funcionario público que los recibe.

⁸ Vid STS núm 245/ 2013 de 4 de noviembre de 2013 [JUR 2013\376810].

De acuerdo con lo que la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo consideran cohecho impropio, a lo largo del escrito se adoptará la corriente ideológica de autores como SUÁREZ-MIRA y PIÑOL RODRÍGUEZ en tanto que, en primer lugar, un cohecho impropio debe ser todo aquel alejado del nexo causal entre la dádiva y el acto corrupto que impida un correcto funcionamiento de la Administración y sea realizado en el ejercicio del cargo y contrario a los deberes inherentes al cargo público. Partiendo de la base que el bien jurídico que se protege es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y de la estricta definición que la RAE otorga a la palabra como "característico o peculiar de cada persona o cosa", en segundo lugar se entiende que lo "característico" de un acto corrupto es el perjuicio que causa al sistema económico y jurídico de un país y su falta de sujeción al marco de facultades que le han sido atribuidas a las personas a las que hemos asignado la defensa del interés general. El cohecho "no característico" es un acto que no impide un correcto funcionamiento de la Administración, pero merece ser castigado porque es injusto, entre otros, que un miembro de la Administración reciba o solicite un regalo por el recto ejercicio de sus funciones. Este tipo lesiona por lo tanto de forma menos gravosa que el cohecho propio el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Por este motivo y porque el legislador ha querido castigarlo así con mayor severidad, el cohecho propio debe ceñirse únicamente al supuesto de hecho del artículo 419 CP. Así las cosas, el cohecho propio incluiría todos los supuestos en los que concurre una solicitud o recepción de dádivas por la autoridad o el funcionario que están conectadas con actos u omisiones de dichas personas que bien pueden ser constitutivos de delito, injustos, como recompensa del acto ya realizado, o meramente tendentes a procurar una abstención en la realización de un acto propio del cargo. En la otra cara de la moneda, el cohecho impropio acogería tanto los casos en que se solicita dádiva o presente o se admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo o como recompensa del ya realizado, como aquellos en que se admita dádiva o regalo que le fueren ofrecidos al funcionario en consideración a su función única *ex arts. 420, 421 y 422*.

2.4. Cuestiones comunes

2.4.1. Bien jurídico protegido

La tipificación de un abuso de una posición de poder por parte de un representante del Estado es la proyección del movimiento constitucionalista del siglo XVIII, en el que los individuos toman conciencia de la necesidad de protegerse de la superioridad del Estado, y reconocen para este fin una serie de derechos inalienables que éste último debe respetar.⁹

El bien jurídico que la doctrina mayoritaria de la mano de ORTS, VALEIJE Y GARCÍA ARÁN¹⁰ entiende que se protege en los delitos del Título XIX es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En línea con esta postura se ha manifestado el Tribunal Supremo, quien en Sentencias como la del 7 de febrero de 2007, núm. 77/2007, [RJ 2007, 1921] y la del 17 de mayo de 2010, núm. 478/2010, [RJ 2010, 2328] entiende que lo que realmente se protege es "el prestigio y eficacia de la Administración Pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos".

No obstante, autores como QUINTANO, RODRIGUEZ DEVESA y MUÑOZ CONDE entienden que en realidad hay dos bienes jurídicos en juego: por un lado, el quebrantamiento del poder y de la confianza depositada en el funcionario; y por el otro, el debido respeto al correcto funcionamiento de la Administración Pública¹¹.

El legislador cree necesario interceder en los supuestos en los que el titular de un poder delegado por el pueblo desvirtúa las funciones para las que fue investido y lleva a sede de interés individual lo que es un interés general. Por tanto, podemos definir la corrupción en este ámbito bien por la utilización de ese poder delegado para el lucro personal; bien por "la interferencia en el ejercicio de la función pública del particular

⁹ GORDILLO, A., "Teoría General del Derecho Administrativo", en *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 8, 2ª ed., FDA, Buenos Aires, 2013, pp. 41,42.

¹⁰ MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., "Libro II: Título XIX: Capítulo V", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirigido por QUINTERO OLIVARES, G. y coordinado por MORALES PRATS, F., 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008. pp. 1658-1659.

¹¹ ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la Administración Pública (II)", en *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.713.

que, con su poder económico, pretende obtener del funcionario público un trato de favor"¹².

2.4.2. Sujeto activo

La consideración de sujeto activo del delito de cohecho pasivo corresponde a la autoridad y funcionario público, y en virtud del artículo 423 el tipo delictivo es aplicable también a los "jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública". Asimismo, la nueva redacción de este mismo artículo del Proyecto de Ley de 2013, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, equipara al concepto de funcionario a los administradores concursales y mediadores¹³.

Las circunstancias económicas de los últimos años han propiciado un aumento de solicitudes de declaraciones concursales por parte de las sociedades con el fin de dar una salida ordenada a su situación transitoria de insolvencia. La repercusión que los administradores concursales tienen a través del Informe que remiten a los jueces que entienden del concurso de acreedores es tan grande que las circunstancias han obligado al legislador a incluir a los primeros como sujetos activos del delito de cohecho. Con ello se evita la tentación que sociedades o individuos puedan tener de premiar a quien privilegie el derecho que tienen de cobro.

Hay que tener presente también que la reforma de 2010 ha extendido la aplicación del delito de cohecho a los "funcionarios de la Unión Europea y a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión", introduciendo en la primera parte del art. 427 CP una definición del tipo de funcionario:

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

1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen

¹² MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.929.

¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 4 de octubre de 2013.

aplicable a otros agentes de la Unión Europea;

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

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

Asimismo, un particular puede responder por el delito de cohecho pasivo como inductor o cómplice de acuerdo con las reglas de participación en los delitos especiales. El Tribunal Supremo ha venido aplicando una pena inferior al partícipe *extraneus* respecto del partícipe *intraneus*, ya que entiende que la conducta de un funcionario público es más antijurídica pues en él entraña un especial deber de fidelidad en el desempeño de sus funciones en interés de la sociedad. Se puede observar en su STS de 10 de junio de 2005, núm. 782/2005, [RJ 2005\5410] :

La jurisprudencia de esta Sala ha venido entendiendo que, en este tipo de delitos, el «extraneus» debe ser condenado con una pena atenuada respecto del autor «intraneus». Hemos de reconocer igualmente que, en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 15/2003, que entró en vigor el 1º de octubre de 2004, se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para imponer al culpable «extraneus» la pena inferior en grado a la señalada por la Ley [...] Este Tribunal entiende, por último, que en las conductas enjuiciadas debe apreciarse una mayor antijuridicidad en la llevada a cabo por el funcionario público, en quien concurre, lógicamente, un especial deber de fidelidad y probidad en el desempeño de sus funciones, en aras del mejor funcionamiento de la Administración Pública y del interés de la sociedad y de los ciudadanos en general.

2.5. Cohecho pasivo propio

El primer artículo del Capítulo V del Título XIX del Código Penal, el 419, tipifica como delito la solicitud o recepción por parte de la autoridad o funcionario público, por sí o por persona interpuesta, en provecho propio o de un tercero, de dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o la aceptación de 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"¹⁴.

El legislador remite este artículo a normas extrapenales que regulan las funciones y deberes del funcionario y, por ende lo que es "contrario a los deberes inherentes al cargo público".

En relación con lo que debe considerarse abstención o retardo en el ejercicio de las funciones del cargo público, la jurisprudencia del TS estableció en su STS de 21 de junio de 2002, núm. 1172/2002, [RJ 2002\10762] lo siguiente:

En este tipo de cohecho la injusticia no se predica de un acto sino de la propia omisión en tanto es producto de la corrupción de la autoridad o funcionario, de suerte que el acto de que éste promete abstenerse es totalmente lícito puesto que forma parte de todos aquéllos que su cargo le obliga a ejecutar.

Esta modalidad se considera la más grave pues lleva aparejada una pena de prisión de tres a seis años, una multa de doce a veinticuatro meses y una inhabilitación especial para el empleo o cargo público de siete a doce años. Posteriormente se analizará cómo y por qué las diferentes leyes orgánicas reguladoras del Código Penal han venido estableciendo penas progresivamente más graves.

Algunas corrientes doctrinales establecen como condición necesaria que tanto la dádiva como el favor o retribución deben ser de contenido exclusivamente económico. Otros se postulan por la irrelevancia del carácter económico de la dádiva admitiendo otro tipo de contraprestaciones de tipo sexual, por ejemplo. En el apartado "Principales aspectos controvertidos de los tipos de cohecho" se analizará detenidamente las diferentes versiones que la doctrina ha dado al respecto.

Este tipo delictivo, al igual que el resto de cohechos, es un delito de mera actividad consumado con la solicitud o recepción de la dádiva, por sí o por persona interpuesta; o con la aceptación del ofrecimiento o promesa para ejecutar un acto, sin que sea

¹⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal . Art. 419. (BOE núm. 152, 23 de junio de 2010).

necesario que la contrapartida acepte la solicitud o la oferta. En otras palabras, a efectos de responsabilidad criminal del funcionario público es indiferente que el particular acepte su solicitud de la dádiva. Por tanto, debido al carácter unilateral del cohecho pasivo propio y a la consumación del mismo por la mera solicitud, resulta especialmente difícil encontrar un supuesto en el que dar cabida a su ejecución en grado de tentativa.

No obstante, autores como VALEIJE ÁLVAREZ y OLAIZOLA NOGALES sí consideran realizadas en grado de tentativa las conductas en las que el funcionario público solicita dádiva a través de un representante sin que llegue a su destinatario¹⁵. Esta postura se alinea con la interpretación que viene sosteniendo el Tribunal Supremo en Sentencias como la STS 20 de febrero de 2006, núm. 208/2006 [RJ 2006\2151], que prescribe:

La Sala de modo totalmente convincente razona en su fundamento jurídico primero, que aunque la formas imperfectas del delito de cohecho no se suelen dar, la tentativa es posible que se de en un caso como el presente en el que la solicitud de la dádiva se canaliza a través de un intermediario y que finalmente no se la hace llegar a los destinatarios de la solicitud.

Por otro lado, en sede de cohecho activo sí cabe la exclusión de responsabilidad del funcionario público cuando el particular ofrezca y aquél rechace, asunto que será objeto de análisis posteriormente.

La solicitud ha de comportar una petición seria y concreta de una dádiva por parte del funcionario público a un particular como contraprestación por un comportamiento que sea contrario a los deberes inherentes al cargo público que ostenta.

En primer lugar, el comportamiento que se espera del funcionario no está definido, por lo que puede considerarse una resolución, un informe, o de un simple acto

¹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, citados por MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.935.

material de ocupación de un objeto¹⁶. En segundo lugar, la conducta típica se realiza bien con un *hacer* bien con un *no hacer* o abstención de un acto que el funcionario debería realizar. Esto es una novedad de la LO 5/2010, que incorpora en este precepto el anterior art. 421 de "no realizar el acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo".

Finalmente, en este tipo delictivo puede que el acto realizado sea constitutivo de delito -una falsedad, coacción, tráfico de influencias, etc.- aunque en la actualidad no tiene por qué ser necesariamente de esa naturaleza. El último apartado del mismo art. 419 prevé la aplicación de las normas del concurso, que a menudo suele ser real, para los casos en que el acto fuera delictivo:

Art. 419 CP: "... sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito".

La recepción exige que el funcionario incorpore a su patrimonio o al de un tercero la dádiva que le es ofrecida. En palabras de ORTS BERENGUER, "la recepción del favor o retribución ha de ser con el propósito de adquisición e integración dentro del patrimonio personal del funcionario, o en su caso, para el disfrute de la ventaja ofrecida"¹⁷.

Asimismo, para el caso en el que la solicitud del funcionario se transmita a través de intermediario y no llegue a su destinatario, algunos autores -como ya se ha mencionado *supra*- califican la ejecución del delito en grado de tentativa¹⁸; mientras que otros como ORTS BERENGUER y MUÑOZ CONDE estiman que el delito se entiende consumado desde la realización formal de la solicitud¹⁹. Éstos últimos pretenden así condenar de la misma manera a aquéllos cuya solicitud haya sido interceptada por la policía, puesto que el quebrantamiento del buen funcionamiento de la Administración Pública es el mismo.

¹⁶ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, Á.;PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.; "Cohecho" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 230.

¹⁷ ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la Administración Pública (II)", en *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.714.

¹⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, citados por MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.935.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.935

2.6. Cohecho pasivo impropio

2.6.1. Cohecho pasivo impropio básico

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

El segundo artículo referente al cohecho se distingue exclusivamente del anterior en que en este caso el cohecho está relacionado con la realización por parte del funcionario de un acto integrante de la actividad propia de su cargo, y que por tanto no es contrario al ordenamiento jurídico ni afecta al desempeño de las funciones.

Este tipo delictivo lo enmarco como cohecho impropio porque además de los motivos mencionados *supra*²⁰, la jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo ha hecho saber en STS de 8 de junio de 2006, núm. 636/2006 [RJ 2006\3725]. En el momento en que fue dictada la LO 5/2010 todavía no había entrado en vigor, y los artículos mencionados en el párrafo corresponden, respectivamente, a "acto propio de su cargo" y a "acto no prohibido legalmente":

Por ello debe entenderse que tanto el art. 425 como el art. 426 tipifican conductas consideradas como cohecho pasivo impropio que no ostentan la condición del delito necesariamente bilateral y no extiende al cohecho activo paralelo, pues la conducta del donante puede no ser punible, salvo que pueda encuadrarse en el tipo del art. 423 CP. que se refiere solo a los casos de corromper o intentar corromper.

Esta nueva redacción de la LO 5/2010 pone fin a la confusa redacción anterior para la distinción entre acto no prohibido legalmente y acto propio del cargo.

A este respecto, el Tribunal Supremo venía subsumiendo bajo "acto no prohibido legalmente" toda aquella conducta que no pudiera ser encuadrada como "acto propio del cargo", concepto este último que define en la sentencia anterior de 8 de junio de 2006 donde aclara que:

²⁰ *Vid. apartado: "2.3. Cohecho propio vs Cohecho impropio"*

El realizar un acto propio de su cargo supone que el acto ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades publicas que desempeña.

Otros autores venían sosteniendo que los "actos no prohibidos legalmente" referían a actos menores, manuales, auxiliares, y de apoyo al órgano administrativo²¹. Quienes fueran partidarios de esta postura tienen actualmente dos opciones: reconocer el incremento desproporcionado e incomprensible de la sanción asociada que prescribe el art. 420, que abraza el antiguo art. 426 CP 1995 o defender su atipicidad.

La pena asociada a este delito es la pena de prisión de dos a cuatro años, una multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a siete años. Este tipo se describe en el art. 420 CP y está destinado a castigar la tentación de los funcionarios públicos de pedir una cantidad económica por el recto ejercicio de sus funciones o, motivo de discusión doctrinal, la aceptación de "regalos de cortesía" por la realización de la función pública.

Si bien profundizaremos más adelante sobre este tema, se trata de un sujeto de controvertida discusión y su legislación extrapenal no sirve de gran ayuda. No obstante, el Tribunal Supremo aclara en su STS de 13 de junio de 2008 que estará excluida de este tipo toda conducta que se considere adecuada socialmente.

2.6.2. Cohecho "subsiguiente"

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

En tercer lugar aparece el artículo 421 CP, que versa sobre el llamado "cohecho pasivo subsiguiente", es decir, los casos en los que una vez tomada la decisión -acto contrario, o inherente al cargo, o retraso o abstención del mismo- el funcionario solicita o recibe una dádiva o favor por haberlo hecho.

²¹ RAMOS RUBIO, C., "Comentario a la reforma del cohecho de los arts. 419 a 439 y 455 CP" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 248.

Lo particular de este tipo es la inexistencia de solicitud previa, ni de pacto alguno entre el que lo da y el que lo recibe. No hay vinculación, pues, entre la recompensa obtenida y el acto administrativo. A modo introductorio, pues será objeto de ulterior análisis, algunos autores consideran que la prescripción de este tipo es innecesaria puesto que "la recompensa no es más que una consecuencia de la promesa, expresa o tácita, que se le hizo al funcionario antes de la realización del acto"²² y por tanto, entraría dentro de los tipos de los arts. 419 y 420 CP.

La pena asociada a este tipo es la misma que la que correspondería en caso de haberla solicitado o recibido antes de adoptar la decisión. Ello inspira la crítica que autores como SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRIGUEZ dedican a este precepto, ya que no debería recibir el autor de este delito el "mismo tratamiento penal que aquel que ha solicitado o se ha concertado con otro para torcer el adecuado funcionamiento de la Administración"²³.

2.6.3. El cohecho por consideración a la función

Artículo 422 CP: "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años".

Llamado cohecho pasivo en atención al cargo o función. En este caso el funcionario o autoridad recibe el regalo única y exclusivamente por el cargo que ostenta, no por la realización de ningún acto. Este tipo se aplica únicamente cuando el funcionario admite el regalo, pero no cuando lo solicita, en cuyo caso se aplicaría el cohecho impropio básico del artículo 420 CP.

Este tipo sirve como válvula de escape para los tribunales cuando no pueden encontrar una relación causal entre la dádiva recibida y el acto realizado, pues si se consigue probar por lo menos que la dádiva se entregó por la condición de funcionario de la persona cohechada, entonces la acción sería perseguible y punible.

²² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.933.

²³ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, Á.;PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.; "Cohecho" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 232.

De nuevo, la delimitación entre lo punible o no reside en su "adecuación social". Esto supone que "mientras que estas dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales se considere forma habitual de relación amistosa, el art. 422" no debe ser aplicado"²⁴.

La pena asociada a este delito es de seis meses a un año de prisión -éste sí se puede beneficiar de las reglas generales de sustitución y suspensión de la pena- y una suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

2.7. Cohecho activo

La otra cara de la moneda se muestra cuando son los particulares quienes corrompen el correcto funcionamiento de la Administración Pública bien mediante el ofrecimiento de dádivas bien por la aceptación de las exigencias de los funcionarios. En este caso, el particular que ofrezca o entregue una dádiva al funcionario será castigado con la misma pena de prisión y multa que le correspondería a éste:

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

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

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

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.936.

Como se puede observar también, a diferencia del cohecho pasivo, el particular no será castigado por las promesas que realizare. No obstante, diversa jurisprudencia aclara que no siempre quedará impune, sino sólo cuando promete y el funcionario no acepta²⁵.

Para los casos en los que el particular realiza la promesa y el funcionario la acepta, entonces el particular será considerado inductor del cohecho que el funcionario comete. A estos efectos el particular se podrá beneficiar de la rebaja de pena facultativa del artículo 65.3 CP. Todo ello se explicará en el apartado "Principales aspectos controvertidos de los tipos de cohecho".

2.8. Tipo atenuado

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

Por razones político-criminales el legislador previó una rebaja de la pena al soborno relacionado con la petición de trato de favor al reo por parte de su "cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados".

La pena en estos casos será la de prisión de seis meses a un año. La reforma ha supuesto un aumento considerable de la pena, si bien se ha pasado de la pena de multa de tres a seis meses prevista por la redacción original del Código Penal de 1995, a la pena de prisión. No obstante, dada la extensión de la pena de prisión inferior al año, ésta puede ser objeto de suspensión o sustitución toda vez que se cumplan los requisitos previstos legalmente.

²⁵ Vid. apartado: "Principales aspectos controvertidos de los tipos de cohecho"

2.9. Exclusión de la pena

Por último, la exención de la pena en los delitos de cohecho está prevista en el art. 426 CP para el particular que ocasionalmente haya accedido a la solicitud del funcionario y lo denuncie a la autoridad competente antes de que se abra procedimiento judicial, "siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos":

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

Esta exención se justifica desde el punto de vista jurídico-criminal con el fin utilitarista de incentivar la denuncia del particular.

Por otro lado, para los casos no recogidos en este tipo penal en los que el particular es quien ofrece dádiva al funcionario y después se arrepiente, los tribunales vienen aplicando la atenuante de confesión del art. 21.4º CP. Así se puede observar en la Sentencia núm. 3/2011 de 17 de marzo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía [JUR 2011\242223]:

Anton abonó a Jose Francisco , la suma de 9.000 euros en su calidad de propietario de la parcela en la que había llevado a cabo una construcción ilegal, a sabiendas de que dicha suma de dinero no era para el Ayuntamiento sino que era para Jose Francisco , a cambio de la paralización los expediente incoados

Con todo, no puede carecer de trascendencia la actitud del acusado Anton, que [...] sí reúne los requisitos de la circunstancia atenuante de confesar la infracción a las autoridades, puesto que puso en conocimiento los hechos que podían perjudicarle, lo hizo, desde luego, " antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él ", y prestó una ayuda eficaz y relevante para la investigación y enjuiciamiento del caso, manteniendo su versión hasta el final pese a que no existían otras pruebas que pudieran llegar a incriminarlo.

[...] La Sala entiende que en supuestos fronterizos (sólo falta un requisito adjetivo, como es el transcurso de un determinado plazo de tiempo) entre la excusa absolutoria y la atenuante de confesión, la alegación por la defensa de la excusa absolutoria permite aplicar la atenuante de confesión, aunque no haya sido expresamente invocada. Si la misma conducta (denunciar) sirve, en cierto plazo, para exculpar, no puede dejar de servir para

atenuar la responsabilidad cuando ha transcurrido el plazo fijado legalmente, siempre que se esté en el caso de hechos no conocidos hasta entonces por la autoridad.

2.10. La responsabilidad de las personas jurídicas

El artículo 427 CP, cuyo primer apartado ya ha sido analizado en sede de "Sujeto Activo" al hablar de los funcionarios de la Unión Europea²⁶, constituye una de las novedades del Capítulo V presentado por la LO 5/2010. La segunda parte del mismo - aunque el Proyecto de Ley de 2013 lo remite a un nuevo artículo (427 bis)²⁷ - está destinada a regular la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos de cohecho:

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

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

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

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

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

2.11. El comiso de las dádivas

A pesar de ser el artículo 427 CP el último correspondiente al Capítulo V "Del cohecho", la norma que regula el comiso de las dádivas se encuentra en el Capítulo

²⁶ *vid. apartado: "2.4.2. Sujeto Activo"*

²⁷ *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 4 de octubre de 2013 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, X Legislatura, Núm. 66)*

siguiente "Del tráfico de influencias". El Código prescribe que "en todos los casos previstos en este capítulo y el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso" ex art. 431 CP.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La evolución social de un sistema democrático consolidado como el español obliga a una revisión constante del ordenamiento jurídico que lo regula. Asimismo, la subordinación del Estado español al sistema normativo comunitario obliga a la transposición a nuestro ordenamiento de las normas comunitarias. Es el caso de la introducción del art. 427 CP que prescribe el delito de cohecho para los funcionarios públicos de la Unión Europea o de sus Estados miembros.

Por esta razón será objeto de análisis la evolución legislativa de la normativa penal en relación con el delito de cohecho desde el Código Penal de 1973 hasta nuestros días. Así, se comparará dicho Código y el Código que lo sustituye, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como las Leyes orgánicas modificadoras del mismo: la LO 5/ 2010, y el Proyecto de Ley de 2013. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, no serán objeto de análisis en este escrito en tanto que no tienen relevancia práctica en relación con el cohecho del Capítulo V del Título XIX.

3.1. Código Penal de 1973

La primera nota distintiva del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre [RCL 1973\2255], del Código Penal en relación con el cohecho es que no se recogía si la dádiva debía ser en provecho propio o de tercero. Tampoco se distinguía entre

autoridad y funcionario público. Además, a diferencia de la normativa actual, no se castigaba el cohecho por el que el funcionario público retrasaba injustificadamente un acto; sin embargo, sí se describe como punible la omisión de un acto que debiera practicar el funcionario.

Si bien actualmente distinguimos cinco medios por los que se puede realizar la acción típica del cohecho -dádiva, favor, retribución de cualquier clase, ofrecimiento o promesa-, por aquel entonces el Código sólo mencionaba la "dádiva o presente, el ofrecimiento y la promesa-.

La clasificación de las penas estaban recogidas en su art. 27 y la duración de las mismas en el art. 30 CP. Así, la pena asociada al cohecho más grave era la pena de multa del tanto al triplo de la dádiva y de prisión menor, esto es, entre seis meses y un día a seis años. El ordenamiento actual prescribe una duración de entre tres y seis años de prisión.

El tipo que se equipara al art. 420 CP 2010, aquél en el que el funcionario público solicita o acepta una dádiva por la realización de un acto dentro de sus competencias, llevaba aparejada una pena de prisión menor y multa del tanto al triplo de la dádiva. En el ordenamiento actual la pena de prisión es de dos a cuatro años.

Al igual que en el ordenamiento actual, se castigaba con pena inferior el acto de entregar dádiva al funcionario público por razón de su cargo. La pena era de arresto mayor, esto es, de un mes y un día a seis meses de prisión. La ley actual es más severa y fija una pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

Por otro lado, el cohecho activo era castigado de forma idéntica al Código actual, es decir, con la misma pena que el funcionario corrompido.

Se recogía también una tipología de reducción de la pena cuando el cónyuge o algún familiar de primer grado intentara sobornar en favor del reo. A diferencia de la

regulación actual que asocia al tipo una pena de prisión de seis meses a un año, entonces se imponía al sobornante una multa equivalente al valor de la dádiva²⁸.

Por último, cabe resaltar que el último artículo del Título obligaba a decomisar en todo caso las dádivas o presentes, mientras que en el Código actual esta norma aparece en el Capítulo "Del tráfico de influencias", artículo 431.

3.2. Código Penal de 1995

El Código Penal de 1973 fue sustituido por el Código Penal de 1995, actualmente vigente. Este fue introducido con gran expectación pues supuso una reforma total del anterior sistema de penas. Se simplificaba por un lado la regulación de las penas privativas de libertad, y por otro lado, introducía cambios en las penas pecuniarias, como la adopción del sistema de días-multa y los trabajos en beneficio de la comunidad. Además, la LO 10/1995 mantuvo la redacción de gran parte del Capítulo anterior: En primer lugar menciona los tipos relacionados con el cohecho propio, y por último, todos aquellos relativos al cohecho impropio. La atenuación de la pena aparece inmediatamente después del espacio dedicado al cohecho propio, mientras que la exención de responsabilidad lo hace al final del capítulo.

El artículo 419 CP 1995 versa sobre el cohecho pasivo propio básico -acto y u omisión en el ejercicio del cargo constitutivo de delito-; el art. 420 sobre el acto injusto aunque no constitutivo de delito en el ejercicio del cargo; y el 421 sobre la abstención de la realización de un acto. Le siguen los artículos relacionados con la extensión de la responsabilidad a jurados, árbitros y peritos; con el cohecho activo, y como ya he dicho anteriormente, con la atenuación de la pena. Esta última se eleva desde una multa equivalente al valor de la dádiva a una pena de multa de tres a seis meses.

²⁸ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE núm. 297 de 15 de septiembre de 1973, pp. 24004-24018).

Los artículos 425 y 426 CP 1995 recogen los tipos *impropios* del cohecho, esto es, aquellos en los que el funcionario recibe dádiva por realizar actos propios de su cargo o no prohibidos legalmente, o en consideración a su función.

Otra de las novedades de la LO 10/1995 es la inclusión por separado de los conceptos de autoridad y funcionario público en su primer artículo. De este modo, ya sea la actividad ejercida administrativa *strictu sensu*, jurisdiccional o política, todas ellas caben bajo el supuesto de hecho de esta modalidad.

Por otro lado, respecto del Código anterior, esta redacción recoge bajo el mismo tipo penal los actos y omisiones constitutivas de delito realizadas en el ejercicio del cargo. La pena de prisión para este delito se eleva hasta el marco penal de dos a seis años. Se cubre también el vacío legal referente al provecho, que puede ser propio o de un tercero; sin embargo, el concepto de "dádiva o presente" se mantiene.

Finalmente, destaca la introducción de la exención de responsabilidad del artículo 427 no prevista en el código de 1973. Esta exime de responsabilidad criminal al particular que ocasionalmente hubiera accedido a la solicitud de dádiva del funcionario y lo hubiera denunciado a la autoridad competente antes de que se hubiera abierto procedimiento judicial, siempre "en el plazo de diez días desde la fecha de los hechos".

El capítulo dedicado al cohecho de la LO 10/1995, a diferencia de la redacción actual, lleva a error en numerosos títulos. Los textos legales deben ser suficientemente claros y precisos como para que gran parte de la sociedad sea capaz de entender lo que es verdaderamente punible. Ello atiende especialmente a tres artículos cuyos supuestos de hecho pueden llevar a error: el art. 420 "Para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo", el art. 425 "Para realizar un acto propio de su cargo" y el art.426 "actos no prohibidos legalmente".

Para empezar, el art. 420 incluye todo acto injusto relativo de su cargo que no constituya delito. Por otro lado, el art. 425 se refiere a actos realizados propios de su cargo. Entiendo que, en primer lugar, todo acto recogido en un supuesto de hecho del

Código Penal es implícitamente injusto, por lo que no se entiende por qué el legislador hace especial alusión a ese concepto incluyéndolo en el supuesto de hecho.

El Tribunal Supremo sí se ha pronunciado en STSS 1096/2006 y 892/2002, de 16 de noviembre de 2006 y 16 de mayo de 2002, respectivamente, acerca del concepto de "acto injusto", entendiéndolo como cualquier acto realizado por un empleado público "contrario a lo que es debido", esto es los deberes de imparcialidad, objetividad y probidad. El artículo 419 CP 1995 también recoge actos contrarios a los deberes anteriores, por lo que en mi opinión, no queda clara esta distinción.

También se superponen algunas partes de los artículos mencionados *supra*. Los actos propios del cargo se pueden incluir en el artículo 420 en tanto que también son relativos al ejercicio de su cargo. Resulta paradójico que un acto propio del cargo no sea un acto relativo al ejercicio del cargo, si bien no todos los actos relativos al cargo tienen que ser propios del mismo. A su vez, resulta difícil fijar un criterio diferencial entre un acto propio del cargo y un acto no prohibido legalmente. Si bien algunos autores venían reservando a éstos últimos aquellos actos menores, auxiliares y de apoyo al órgano administrativo, esta idea no convence²⁹. Por todo lo anterior es positivo que nuestro legislador penal haya recogido todas las anteriores conductas en un sólo artículo -el art. 420-. El legislador del 2010 ha establecido como eje del Capítulo la distinción entre cohecho pasivo y cohecho activo y también ha arreglado el problema anterior, en primer lugar dedicando exclusivamente un artículo para recoger el cohecho subsiguiente, y en segundo lugar, recogiendo en el actual art. 420 CP todos los actos realizados propios del cargo.

Por último, la Unión Europea solicitaba la inmediata y necesaria armonización normativa que endureciera las penas relacionadas con los delitos de corrupción y que también se hiciera extensible al concepto de funcionario el funcionario comunitario. Todo ello acabó dando lugar a la LO 5/2010.

²⁹ RAMOS RUBIO, C., "Comentario a la reforma del cohecho de los arts. 419 a 439 y 455 CP" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 248

3.3. Ley Orgánica 5/2010

Como ya se ha mencionado sobre estas líneas, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 junio 2010) y que entró en vigor el 24 de diciembre del año 2010, surge de la necesaria adecuación de nuestro ordenamiento a los compromisos internacionales asumidos derivados de la ratificación del *Convenio Penal sobre la Corrupción* del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999, y del Convenio 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 recogido en la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea³⁰.

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: penas por encima de un año. Se discute si estos "compromisos internacionales" justifican una adaptación de las penas tan radical como la acometida por la LO 5/2010, teniendo en cuenta que las motivaciones que recoge su Preámbulo -que "al menos en los casos graves" se pueda dar lugar a la extradición- "no parece del todo satisfactoria"³¹, ya que en la regulación de la LO 10/1995 la extradición del corrupto ya era posible en la mayoría de tipos penales, no siendo así para el cohecho consecuencia de la abstención de un acto que debiera practicarse en el ejercicio del cargo y los supuestos de cohecho impropio.

Por esta razón, RAMOS RUBIO entiende que la elevación del marco penal para los delitos de cohecho encuentra su fundamento en las recomendaciones del Group of States Against Corruption (GRECO). Este organismo comunitario creado en 1998 en el seno del Consejo de Europa para la implementación del Convenio Penal sobre la Corrupción aconseja en su Informe de Evaluación, aprobado el 15 de mayo de 2009,

³⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal . Art. 419. (BOE núm. 152, 23 de junio de 2010).

³¹ RAMOS RUBIO, C., "Del delito de cohecho: Mano más dura todavía contra la corrupción nacional e internacional" en *La Reforma Penal del 2010: Análisis y Comentarios*, dirigido por QUINTERO OLIVARES, G.; Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 341.

"aumentar las sanciones con el fin de garantizar que estos delitos puedan dar lugar a la extradición".

En el apartado dedicado a nuestro país, dicho informe analiza tanto la situación de la corrupción en España como la homologación internacional de nuestra regulación penal sobre el tráfico de influencias y el cohecho ³². El informe concluye recomendándonos "proceder urgentemente a la ratificación de Convenio, así como a la firma y ratificación" de su Protocolo Adicional, considerándolo "una necesidad acuciante, a fin de garantizar una criminalización coordinada de la corrupción nacional e internacional".

Además de lo anterior, la LO 5/2010 transpone correctamente a nuestro ordenamiento jurídico interno el concepto de funcionario recomendado, para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea.

Si a todo ello añadimos que España fue sometida a una revisión sobre el cumplimiento de estas recomendaciones, debiendo presentar al GRECO un informe al respecto antes del 30 de noviembre de 2010, sí podemos deducir que pudo ser éste el fundamento principal del aumento de las penas para los delitos de cohecho.

3.3.1. Los Ejes de la Reforma

Ahora, si analizamos uno a uno los artículos, se puede observar también una reestructuración de todo el apartado. En primer lugar se puede observar cómo la distinción cohecho propio-impropio ya no es el eje que divide el capítulo. El legislador se ha decantado por incidir más en la diferencia entre cohecho activo y cohecho pasivo.

³² Group of States Against Corruption (GRECO), "Incrimación" en *Informe de evaluación relativo a España*, 42ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 2009.

El GRECO se hace eco en su Tercer Informe de las importantes modificaciones en relación con los delitos de corrupción de la LO 5/2010:

En particular, se prevé una simplificación de los tipos de conducta que dan lugar al delito de corrupción pasiva; se propone que los cinco diferentes tipos de conducta arriba descritos queden reducidos a tres categorías: (i) cohecho impropio (actos ilícitos); (ii) cohecho propio (actos lícitos); y (iii) soborno aceptado en base al cargo del empleado público. De igual forma, las modificaciones del Código Penal propuestas prevén un delito de cohecho activo autónomo que ya no remite a las disposiciones pertinentes sobre cohecho pasivo y que es inequívocamente aplicable tanto a los actos lícitos como a los ilícitos.

3.3.2. Los nuevos cohechos pasivos

El artículo 419 aglutina los tipos contemplados en los arts. 419, 420 y 421 CP 1995 derogados, esto es, tanto los actos que el funcionario o autoridad hubiera realizado en el ejercicio de su cargo y que son contrarios a los deberes inherentes del mismo, como la no realización o retraso injustificado de aquel acto que debiera practicar. Se elimina por tanto el artículo que condenaba de forma exclusiva la no adopción del acto, e introduce el retraso injustificado.

Las penas a imponer serán las de prisión de tres a seis años -eleva el límite inferior para que no pueda estar sujeto a los beneficios de la sustitución o suspensión de la pena-, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años. Teniendo en cuenta que el art. 421 CP 1995 que el art. 419 actual incluye no contemplaba ninguna pena privativa de libertad, algunos autores entienden injustificable para algunas conductas omisivas el aumento del marco penal³³. No entiende lo mismo el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), órgano que ya reclamó por dos veces en sus Informes al Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal, en 2006 y 2008³⁴, que inexplicablemente la "conducta

³³ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, Á.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.; "Comentario a la reforma del cohecho de los arts. 419 a 439 y 455 CP" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 245.

³⁴ Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 20 noviembre 2008.

era sancionada en todo caso más levemente y en precepto diferente, como si no se tratara de un acto relativo a los deberes del cargo, con independencia de que fuera o no delictiva". Estas recomendaciones, además de la crítica realizada por el EEG al "castigo mucho más benévolo al funcionario que se abstiene de un acto debido relacionado con el ejercicio de su cargo que al que se limita a no ejecutar un acto oficial" pudieron ser las razones por las que nuestro legislador penal modificó el Código Penal incluyendo la omisión en el artículo 419 actual.

Por otro lado, otra de las novedades del texto reformado es la nueva definición de la ventaja dirigida al funcionario. El término generalmente utilizado en el CP 1995 "dádiva o presente" parecía hacer alusión a un beneficio exclusivamente material puesto que la sanción pecuniaria exigía una valoración económica de la "ventaja" del funcionario. El legislador de 2010 cumple con las recomendaciones del Informe de Evaluación del GRECO, cuyos autores proponen modificar el Código Penal de tal manera que también se tengan en cuenta las posibles ventajas de carácter inmaterial. Por este motivo, la LO 5/2010 ya incluye en sus preceptos la "dádiva, favor o retribución de cualquier clase", además de establecer multas mensuales en vez de multas relativas a la cuantía de la dádiva. Esto ha llevado a algunos autores como RAMOS RUBIO a afirmar que la dádiva no tiene ya un exclusivo contenido económico sino que "se admiten también otro tipo de contraprestaciones, por ejemplo sexuales"³⁵.

Igual de llamativo es el incremento punitivo del art. 420 CP, en el que se pasa del tanto al triple del valor de la dádiva y suspensión del empleo o cargo público de seis meses a tres años, a la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años.

En relación con el soborno realizado por el cónyuge o familiar de primer grado en favor del reo, la pena prevista ya no supone una multa de tres a seis meses sino que

³⁵ ORTIZ DE URBINA, I. "Delitos contra la Administración Pública" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por SILVA SANCHEZ, J.M. y coordinado por RAGUÉS I VALLÈS, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011, p. 336

sufre una de las mayores modificaciones de la reforma al transformarse aquella en una pena de prisión de seis meses a un año.

El artículo 426 que recoge la exención de la pena introduce la ampliación del plazo para interponer denuncia a la autoridad competente antes de que se abra el procedimiento judicial. Éste pasa de los diez días de la redacción original del Código a los dos meses.

4. PRINCIPALES ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LOS TIPOS DE COHECHO

A lo largo de este apartado se tratarán las discusiones doctrinales más controvertidas de este delito introducidas *supra*.

4.1. Adecuación social de los regalos de cortesía por el recto ejercicio de sus funciones

Establece el art. 421 que también se castigará la recompensa por la realización de actos propios del cargo. En este sentido cabe cuestionar en primer lugar la conveniencia de este tipo si lo que se desea es proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública, ya que parece extraño que el mero ejercicio de las funciones que le son convenidas al funcionario público impida un correcto funcionamiento de la AP. Parece ser que de forma absoluta la doctrina se postula a favor de este tipo, si bien reclama la imposición de unos límites para excluir del supuesto de hecho ciertos "regalos de cortesía". Estos límites los ha venido estableciendo la doctrina como "lo adecuado socialmente". Ahora bien, ¿qué es lo adecuado socialmente?

Mientras las dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales se considere forma habitual de relación amistosa, el art. 421 o el 422 no deben ser aplicados. Queda fuera de lo adecuado socialmente los regalos de suficiente entidad capaces de mover la voluntad de la autoridad. Dice MUÑOZ CONDE que "el factor humano nunca debe desaparecer de las relaciones entre Administración y

administrado, pero tampoco potenciarse hasta el punto de preferirse frente a criterios objetivos de cualificación, imparcialidad, justicia y eficacia³⁶.

4.2. Dádiva, favor o retribución: ¿Contenido exclusivamente económico?

El término “dádiva o presente” es comúnmente interpretado como cualquier beneficio material que puede cuantificarse en términos pecuniarios. La valoración económica del beneficio también parece ser el principio para la determinación de la pena cuando ésta consista en una multa; es decir, la multa ha de ser fijada por el tribunal competente en base al valor de la dádiva/presente.

Por un lado, MUÑOZ CONDE considera únicamente dádivas las prestaciones que tengan un contenido económico -regalos, favores o retribuciones- y excluye de éstas acciones como el acceso carnal, conducta ésta última castigable en sede del art. 443 bajo la "libertad sexual desde el punto de vista del funcionario"³⁷.

Por otro lado, la mayoría doctrinal de la mano de autores como ORTIZ DE URBINA, ORTS BERENGUER y RAMOS RUBIO, sí consideran que tras la reforma de la LO 5/2010, sí admite el legislador como dádiva otro tipo de contraprestaciones como las sexuales³⁸. Las modificaciones del Código Penal propuestas incorporan una nueva definición de los términos utilizados para definir el provecho obtenido de forma que se refiera tanto a un beneficio material como inmaterial (“dádiva, favor o recompensa de cualquier naturaleza”). Además, la referencia a multas mensuales en las sanciones elimina cualquier alusión a una valoración puramente económica del soborno.

³⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.936.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.932.

³⁸ ORTIZ DE URBINA, I. "Delitos contra la Administración Pública" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por SILVA SANCHEZ, J.M. y coordinado por RAGUÉS I VALLÈS, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011, p. 336

4.3. Solicitud de dádiva vía intermediario y no llega al destinatario. ¿Tentativa o consumación?

La solicitud ha de comportar una petición seria y concreta de una dádiva por parte del funcionario público a un particular como contraprestación por un comportamiento que sea contrario a los deberes inherentes al cargo público que ostenta.

Este tipo delictivo, al igual que el resto de cohechos, es un delito de mera actividad consumado con la solicitud o recepción de la dádiva, por sí o por persona interpuesta; o con la aceptación del ofrecimiento o promesa para ejecutar un acto, sin que sea necesario que la contrapartida acepte la solicitud o la oferta. En otras palabras, a efectos de responsabilidad criminal del funcionario público es indiferente que el particular acepte su solicitud de la dádiva. Por tanto, debido al carácter unilateral del cohecho pasivo propio y a la consumación del mismo por la mera solicitud, resulta especialmente difícil encontrar un supuesto en el que dar cabida a su ejecución en grado de tentativa.

No obstante, autores como VALEIJE ÁLVAREZ y OLAIZOLA NOGALES sí consideran realizadas en grado de tentativa las conductas en las que el funcionario público solicita dádiva a través de un representante sin que llegue a su destinatario. Esta postura se alinea con la interpretación que viene sosteniendo el Tribunal Supremo en Sentencias como la STS 20 de febrero de 2006, núm. 208/2006 [RJ 2006\2151], que prescribe:

La Sala de modo totalmente convincente razona en su fundamento jurídico primero, que aunque la formas imperfectas del delito de cohecho no se suelen dar, la tentativa es posible que se de en un caso como el presente en el que la solicitud de la dádiva se canaliza a través de un intermediario y que finalmente no se la hace llegar a los destinatarios de la solicitud.

Sí cabe la exclusión de responsabilidad del funcionario público en sede de cohecho activo cuando el particular ofrezca y aquél rechace.

4.4. Cohecho pasivo subsiguiente innecesario puesto que la recompensa es consecuencia de la promesa

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

Lo particular de este tipo es la inexistencia de solicitud previa, ni de pacto alguno entre el que lo da y el que lo recibe. No hay vinculación, pues, entre la recompensa obtenida y el acto administrativo. Algunos autores consideran que la prescripción de este tipo es innecesaria puesto que "la recompensa no es más que una consecuencia de la promesa, expresa o tácita, que se le hizo al funcionario antes de la realización del acto"³⁹ y por tanto, entraría dentro de los tipos de los arts. 419 y 420 CP.

4.5. Cohecho activo: particular no castigado por las promesas que realiza.

Artículo 424 CP: *"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.*

Para los casos en los que el particular realiza la promesa y el funcionario la acepta, entonces el particular será considerado inductor del cohecho que el funcionario comete. A estos efectos el particular se podrá beneficiar de la rebaja de pena facultativa del artículo 65.3 CP. Esto no es aplicable al inductor del intraneus, según la STS núm. 684/2013 de 3 septiembre de 2013 [RJ 2013\7713]

[..] Además el recurrente está condenado como inductor o cooperador necesario no como autor directo, lo que hace todavía más diáfana la cuestión. Si se le considera extraneus pese a su condición de Alcalde Presidente, sería cooperador necesario o inductor del intraneus. Desde luego que su condición de Alcalde Presidente hace descartable cualquier posibilidad de atemperación penológica por la vía del art. 65.3 CP.

³⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.933.

Además de lo anterior, de la redacción "el particular que ofreciere o entregare dádiva para que realice un acto" se infiere que el particular queda exonerado de responsabilidad criminal cuando "ofrece por su realización". Sí queda incluido en el precepto del art. 424.2 CP quien entregare dádiva atendiendo la solicitud de la autoridad. No obstante, realizaré un ulterior análisis comparativo de las diferentes corrientes doctrinales.

5. CONCLUSIONES

Una vez resumido los principales puntos controvertidos de la doctrina contemporánea en relación con el delito de cohecho y habiendo plasmado la solución que los Tribunales han venido dando, se llega a la conclusión de que la ciencia del Derecho es tan rica en cuanto a su contenido que no permite una solución única a los problemas que se le plantean. Hemos podido observar que no todos los órganos jurisdiccionales comparten la misma interpretación, si bien el órgano superior es quien "marca el paso" y cuya doctrina jurisprudencial e interpretación legislativa debemos tener más en cuenta.

La primera conclusión a la que llego, por tanto, es que el análisis de un delito como el cohecho ha sido objeto de enorme satisfacción para mí, a la par que ha ido despertando en mí un creciente interés en cuanto a las múltiples modalidades del mismo y la interpretación que se ha venido dando desde que fuera codificado como figura autónoma por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través del Código Penal de 1822.

Al mirar con retrospectiva la legislación actual se puede observar que la entrada de España en la Unión Europea ha supuesto mucho más que una unión económica. La nueva redacción, a diferencia de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, simplifica los supuestos de hecho hasta llevarlos al extremo de reducirlos a la práctica. Ello tiene su lado positivo y, como todo, su lado negativo. Destaca la influencia del Derecho casuístico anglosajón, que se ha ido adentrando en nuestro sistema jurídico a través de Directivas comunitarias. El lado positivo es que es un sistema más pragmático y eficaz que el Derecho continental, que trata de abarcar

todos los supuestos de hecho posibles. No obstante, deja algunas pequeñas lagunas como hemos visto en sede de cohecho activo o en regalos en consideración al cargo del funcionario público, lagunas que son objeto de supuestos de atipicidad alejados de la responsabilidad criminal. Estimo necesario que el ordenamiento jurídico español debe adoptar lo mejor de cada sistema y tratar de simplificar nuestros supuestos de hecho en aras de una aplicación más eficaz por parte de los tribunales.

Por esta razón creo que el delito de cohecho debe reducirse a tres tipos: el cohecho pasivo propio, el cohecho pasivo impropio y el cohecho activo.

En relación con el cohecho pasivo propio comparto el parecer de toda la doctrina. El cohecho propio es aquél en el que el funcionario público solicita o recibe una dádiva o regalo por realizar un acto contrario a los deberes inherentes de su cargo, ya sea constitutivo de delito o no.

La discusión doctrinal gira en torno a lo que debemos considerar impropio. Algunos autores incluyen los actos realizados en el ejercicio del cargo como cohecho propio, siempre que medie dádiva. No obstante, a mi entender, teniendo en cuenta que el bien jurídico que se protege en el delito de cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, un acto realizado por el funcionario público en el ejercicio de su cargo, a pesar de mediar dádiva, no debe ser considerado un supuesto propio del cohecho, en tanto que no impide un correcto funcionamiento de la Administración.

Es más, es defendible que incluso agiliza los trámites y promueve el buen funcionamiento de la Administración. No obstante lo anterior esta conducta es injusta y pone en riesgo la confianza del ciudadano en el sistema del que es parte, y por ello debe ser merecedora de castigo, aunque menos gravoso que el cohecho propio.

Los regalos en consideración al cargo del funcionario ha sido desde siempre objeto de mucha polémica. ¿Dónde se debe poner el límite para que un cargo público pueda aceptar un regalo por razón de amistad? Pues bien, en consonancia con la interpretación de los tribunales, mi postura está en "lo adecuado socialmente".

Deben salir de los supuestos de hecho todas aquellas dádivas cuyas cuantías sean moderadas o de lo que en los usos sociales se considera una forma habitual de relación amistosa, como puede ser invitar a un café, tabaco, e incluso a una comida.

Aplicando por tanto esta lógica, sería castigable la aceptación por parte del funcionario de un coche, unas vacaciones de una semana en los mejores hoteles, una vivienda... En definitiva, todo aquello que no sea necesario y que pueda ser de entidad suficiente como para mover la voluntad del funcionario a conceder sus favores. A pesar de que algunos consideren que los regalos de entidad no tienen por qué mover la voluntad de un funcionario íntegro y disciplinado, en mi opinión, "la mujer del César no sólo tiene que ser honrada sino que parecerlo". Así pues, en la opinión de cada uno está si los trajes que fueron objeto de tanta discusión en el "caso Camps" son regalos de entidad más que suficiente, o si por el contrario, son insuficientes para mover la voluntad de un presidente autonómico.

Por último, es preciso destacar una de las nuevas modificaciones que el Proyecto de Ley 2013 quiere incorporar a nuestro Código Penal. Hasta ahora, los administradores concursales han quedado alejados del supuesto de hecho del cohecho en tanto que no eran considerados sujetos activos. No obstante, después de la crisis económica que ha puesto en jaque el tejido empresarial español, numerosas sociedades empresariales se han visto abocadas a solicitar el concurso de acreedores. Este supone que una Administración Concursal ajena a los administradores de la sociedad se hace cargo de la misma con el fin de dar una salida ordenada a los problemas de liquidez. El poder que tiene el administrador es muy grande, ya que de su informe que presenta al juez depende en primer lugar si la sociedad debe ser disuelta o no, y qué rango merecen tener los distintos créditos de los que es deudora la sociedad. A mayor poder, mayor tentación de solicitar o de recibir dádivas para tratar de orientar su voluntad a intereses personales o de quien ofrece la dádiva.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, 12ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 462-467.

GORDILLO, A., "Teoría General del Derecho Administrativo", en *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 8, 2ª ed., FDA, Buenos Aires, 2013, pp. [41-44]

MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., "Libro II: Título XIX: Capítulo V", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirigido por QUINTERO OLIVARES, G. y coordinado por MORALES PRATS, F., 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. [1658-1659]

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.[929-943]

ORTIZ DE URBINA, I. "Delitos contra la Administración Pública" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por SILVA SANCHEZ, J.M. y coordinado por RAGUÉS I VALLÈS, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011, p. [336-338]

ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la Administración Pública (II)", en *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.[714-718].

RAMOS RUBIO, C., "Comentario a la reforma del cohecho de los arts. 419 a 439 y 455 CP" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

RAMOS RUBIO, C., "Del delito de cohecho: Mano más dura todavía contra la corrupción nacional e internacional" en *La Reforma Penal del 2010: Análisis y Comentarios*, dirigido por QUINTERO OLIVARES, G.; Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, RAGUÉS i VALLÈS: " Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial", 3º ed., Atelier, Barcelona 2011.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, Á.;PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.; "Comentario a la reforma del cohecho de los arts. 419 a 439 y 455 CP" en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

TORRES-DULCE, E., "Corrupción social y política" en *Memoria*, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, citados por MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.935.

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE núm. 297 de 15 de septiembre de 1973, pp. 24004-24018).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, 24 de noviembre de 1995)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal . Art. 419. (BOE núm. 152, 23 de junio de 2010).

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 4 de octubre de 2013 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, X Legislatura, Núm. 66)

Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 20 noviembre 2008