



***DELITO DE COHECHO. ANÁLISIS TEÓRICO Y  
JURISPRUDENCIAL DE DERECHO COMPARADO***

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando**

**ÁLVARO ALEJANDRO SERRANO ROMO**

**para la obtención del Grado de Doctor en Derecho**

**por la Universidad de Sevilla**

**bajo la dirección del**

**Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

**Universidad de Sevilla**

**Curso 2016/2017**



*Dedico este trabajo a mi familia.  
Sin su apoyo incondicional jamás lo habría logrado.*

*Agradezco a mis maestros,  
por su imprescindible guía y su permanente apoyo.*



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>		13
<b>CAPÍTULO I</b>		
<b>Historia del tipo de delito de cohecho</b>		
I.-	Concepto histórico de cohecho	21
II.-	Conceptualización del delito de cohecho en España	25
	A) Planteamiento	25
	B) Breve reseña del fenómeno de expansión del Derecho penal	27
III.-	Delito de cohecho en las diversas configuraciones del Código penal	30
	A) Delito de cohecho en el Código penal de 1822	31
	B) Delito de cohecho en el Código penal de 1848	34
	C) Delito de cohecho en el Código penal de 1850	35
	D) Delito de cohecho en el Código penal de 1870	35
	1. Cohecho pasivo propio por ejecutar un delito	36
	2. Cohecho pasivo propio por realizar un acto injusto	36
	3. Cohecho por abstenerse el funcionario público de un acto	37
	4. Cohecho aparente	37
	5. Cohecho activo respecto a ciertas modalidades	38
	E) Delito de cohecho en el Código penal de 1928	38
	F) Delito de cohecho en el Código penal de 1932	43
	G) Delito de cohecho en el Código penal de 1944	44
	H) Delito de cohecho en el Código penal de 1995	47
IV.-	Síntesis de la reforma del delito de cohecho por LO 5/2010	50
	A) Modificaciones en los tipos de cohecho por la reforma de 2010	50
	1. Cohecho pasivo propio	51
	2. Cohecho pasivo impropio	56
	3. Cohecho subsiguiente o consecuente	57
	4. Cohecho impropio de facilitación	57
	5. Cohecho activo del particular	58
	B) Excusa absolutoria	61
	C) Disposiciones relativas a las sanciones penales	63
	D) Comiso y decomiso ampliado por LO 1/2015	65
V.-	Breve descripción del delito de cohecho en el Código Penal de Chile	66
	A) Sistema legal de incriminación del delito de cohecho	66
	B) Problemática del llamado micro-cohecho	75

## **CAPÍTULO II**

### **Acción típica de cohecho**

I.-	Planteamiento	77
	A) Premisas dogmáticas del tipo de cohecho	77
	B) Problemática de la ubicación del tipo penal	79
II.-	Tipología legal	84
	A) Cohecho pasivo propio antecedente (art. 419 CP)	84
	B) Cohecho pasivo propio subsiguiente (art. 421 CP)	90
	C) Cohecho de facilitación o en consideración a la función ¿modalidad de cohecho pasivo impropio? (art. 422 CP)	91
	D) Cohecho de asimilación funcionarial (art. 423 CP)	96
	E) Cohecho activo del particular (art. 424 CP)	96
	F) ¿Tipo agravado o privilegiado del particular? (art. 424.3 CP)	98
	G) Cohecho del pariente mediando causa criminal (art. 425 CP)	100
III.-	Naturaleza del comportamiento típico	101
	A) ¿Delito de mera actividad o delito de resultado?	101
	B) Comisión por omisión	103
	C) Delito especial	109
	D) Delito pluripersonal	112
	E) Delito continuado	121
	F) ¿Delito de emprendimiento?	124
IV.-	Elementos típicos esenciales	126
	A) Naturaleza de la prestación, quantum y destinatario	126
	B) Cualidades, derechos, limitaciones y restricciones de la función pública	134
	C) Las personas jurídicas	140
V.-	Peculiaridades del cohecho internacional	143
	A) Previsión típica	143
	B) Sujeto activo y funcionario internacional	151
	C) Retribución en el cohecho internacional	161
	D) Problemática procesal	164

## **CAPÍTULO III**

### **Estructura del injusto típico y bien jurídico protegido**

I.-	Estructura del injusto típico de cohecho	167
	A) Tipos subjetivamente configurados	167
	B) La intención de un acto ulterior, elemento subjetivo del injusto	168
	C) Imposibilidad física, jurídica y material de realizar el acto pactado	173
II.-	Bien jurídico protegido en el tipo legal incriminador del cohecho	175

A)	Generalidades sobre el bien jurídico	175
B)	Evolución histórica del bien jurídico en el tipo de cohecho	176
C)	El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública	179
	1. Posición doctrinal alemana	181
	2. Posición doctrinal italiana	186
III.-	Determinación del bien jurídico protegido	191
A)	El correcto funcionamiento de la Administración pública	191
B)	El correcto ejercicio de la potestad pública	192
C)	El buen funcionamiento del aparato administrativo	193
D)	La preservación de la forma de actuación de la Administración	194
E)	Otras tomas de posición	195

#### **CAPÍTULO IV**

##### **Imputación objetiva en el delito de cohecho**

I.-	Introducción a la imputación objetiva	213
II.-	Rol social en la imputación objetiva	214
III.-	Nexo de imputación	217
IV.-	Elementos que afectan el nexo de imputación	222
A)	Riesgo inherente a la conducta humana y aumento voluntario del riesgo	225
B)	La autopuesta y la heteropuesta en peligro consentida	228
C)	La prohibición de regreso	230
D)	Límites a la prohibición de regreso	234
E)	Principio de confianza	237
F)	Limitaciones al principio de confianza	240
G)	Imputación de responsabilidad por conocimientos especiales	242
V.-	Síntesis	245

#### **CAPÍTULO V**

##### **Imputación subjetiva en el cohecho: culpabilidad normativa**

I.-	Estado de la cuestión	247
A)	Formulaciones históricas de la culpabilidad	250
B)	Concepción de la teoría funcionalista	253
II.-	Título de imputación subjetiva en el delito de cohecho	254
A)	¿Exigencia de dolo eventual?	254
B)	¿Comisión culposa del tipo de cohecho?	257
III.-	Supuestos de error (de prohibición y de tipo)	261

A)	Error sobre el carácter ilícito del acto del funcionario	264
B)	Error sobre el objeto de la contrapartida de la dádiva	264
IV.-	Síntesis	265

## CAPÍTULO VI

### **Punibilidad. El cohecho en relación a las personas jurídicas**

I.-	Sanción administrativa <i>versus</i> sanción penal	267
II.-	Problemática de la relevancia de la excusa absolutoria	269
A)	Excusa legal absolutoria	269
B)	Excusa absolutoria en el cohecho activo	269
C)	Semiexcusa o tipo privilegiado	272
III.-	La responsabilidad de las personas jurídicas	273
A)	Concepto de persona jurídica a efectos penales	275
B)	Responsabilidad de la persona jurídica post-reforma de la LO 1/2015	277
C)	Soborno de funcionario público extranjero	282
D)	Fundamento jurídico de la responsabilidad de la persona jurídica	291
1.	Prohibición de contratar	294
2.	Cláusula de exención de responsabilidad	297
3.	Tratamiento de las pequeñas personas jurídicas	299
4.	<i>Compliance Officer</i>	299
IV.-	El comiso y en especial el comiso ampliado	303
V.-	Síntesis	308

## CAPÍTULO VII

### ***Iter criminis***

I.-	Planteamiento	311
II.-	Actos preparativos	312
A)	Actos preparativos generales	312
1.	Conspiración	313
2.	Proposición	313
3.	Provocación	314
4.	Apología	314
B)	Actos preparativos específicos	314
III.-	Actos ejecutivos	315
A)	La tentativa	316
1.	Teorías objetivas	316
2.	Teorías subjetivas	317



B)	Tentativa inidónea y delito imposible	319
IV.-	Fases de la realización delictiva en el cohecho	319
A)	Tentativa en el delito de cohecho	323
B)	Consumación delictiva	332

### **CAPÍTULO VIII**

#### **La intervención delictiva, concursos y propuestas político-criminales**

I.-	Sujetos activos del delito de cohecho y cualidades personales	335
A)	Planteamiento	335
B)	Delimitación del concepto típico de funcionario público	338
C)	Concepto ampliado de funcionario	344
D)	La comunicabilidad del delito de cohecho	355
E)	Responsabilidad del tercero partícipe ajeno a la función	357
F)	Co-sanción de personas físicas y jurídicas	362
II.-	Concurso de delitos en el cohecho	364
A)	Concurso real	368
B)	Concurso medial	370
C)	Concurso ideal	373
D)	Delito preterintencional	376
E)	Delito continuado	376
III.-	Concurso de leyes penales	381
A)	Delimitación conceptual	381
B)	Principios de resolución del concurso de normas penales	382
1.	Principio de especialidad	382
2.	Principio de subsidiaridad	383
3.	Principio de consunción	383
4.	Principio de alternatividad	383
IV.-	Propuestas político-criminales	
A)	Políticas anticorrupción a nivel internacional	386
B)	Alcance y límites de las políticas anticorrupción nacionales	394
C)	Toma de postura	396
V.-	Síntesis	397

<b>Conclusiones</b>	<b>399</b>
---------------------	------------

<i>Bibliografía</i>	<b>403</b>
---------------------	------------



## ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
arts.	Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCH	Constitución Política de la República (Chile)
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción (OEA)
cit.	Citada
Coord./s.	Coordinador/es
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
CPCH	Código Penal de Chile
CJM	Código de Justicia Militar Chileno
CONUCC	Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción
CPSC	Convenio Penal sobre la Corrupción (N° 173 Unión Europea)
CUEK3	CONVENIO DE LA UE. Establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea
Dir./Dir.	Director / Directores
Dr.	Doctor
Ed.	Editorial
Etc.	Etcétera
Ej.	Ejemplo
Excmo.	Excelentísimo
Fasc.	Fascículo
FGE.	Fiscalía General del Estado
Gob.	Gobierno
GRECO	Grupo de Estados contra la corrupción (Consejo de Europa)
Hist.	Historia
<i>in fine</i>	Referencia que se encuentra en la parte final del texto citado
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LFCE	Ley de Funcionarios Civiles del Estado
Lic.	Licenciado
L	Ley
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSC	Ley de sociedad de capital
núm.	Número
ob.	Obra

OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
UN	United Nations
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
op. cit.	Obra citada
pág.	Página
págs.	Páginas
Pral.	Principal
Prof.	Profesor
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
S-11	Septiembre once 2001, atentado al World Trade Center de NY
<i>Supra</i>	Más arriba
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional Español
TOL	Tirant Online
TS	Tribunal Supremo Español
UE	Unión Europea
Vfr.	Verificar
<i>V.gr.</i>	Verbigracia
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen
<i>VS</i>	<i>Versus</i>
VV.AA.	Varios Autores

## INTRODUCCIÓN

El Derecho penal es por naturaleza un Ordenamiento legal y jurídicamente limitado, sujeto a garantías normativas y aseguradoras de derechos y de libertades. En el delito de cohecho, atendida la heterogeneidad de áreas que componen la función pública, se dificulta la creación de normas jurídicas uniformes que regulen la temática de la Administración del aparato estatal, y permitan otorgar respuestas acertadas a las múltiples aristas que la forman y que plantean su evolución y desarrollo. Es entonces evidente que se requiere de la unificación de criterios en el contexto normativo y regulatorio para lograr una prevención y represión efectiva respecto a la problemática que trae aparejado el cohecho, tanto a nivel nacional como internacional.

Como aproximación conceptual a la problemática de la corrupción y a su más emblemática institución del cohecho, el profesor POLAINO NAVARRETE afirma que “la tipología del cohecho pretende ser el reflejo de la multiplicidad de corrupciones y sobornos, que proliferan en torno al mundo funcionarial, en derredor de la esfera de abuso de poder y prevalecimiento del cargo y del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados”<sup>1</sup>.

El diseño legal del ámbito de incriminación de las conductas de particulares en el delito de cohecho cobra sentido y fundamento a partir del planteamiento en torno al bien jurídico<sup>2</sup>. En este sentido, el grado de vinculación del funcionario y el particular, desde el principio de imparcialidad hace que el tratamiento punitivo de este no sea simétrico con el previsto para el funcionario público<sup>3</sup>. De ahí que el CP de 1995, y sus posteriores reformas,

---

<sup>1</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, T. II, 1ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 321.

<sup>2</sup> MORALES PRATS, Fermín, en RODRÍGUEZ PUERTA, María José (Dir.), *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed. Pamplona, 1999, pág. 18.

<sup>3</sup> MORALES PRATS, Fermín, en VV.AA., *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 18.

incluyendo la de LO 1/2015, hayan limitado la esfera de incriminación a aquellos particulares que ofrecen y entregan dádivas a un funcionario<sup>4</sup>.

Al observar la multiplicidad de modalidades que puede llegar a revestir la función pública, existe una amplia gama de respuesta penales, fundamentalmente basadas en lo heterogéneo de las funciones estatales, que van desde las que realiza una persona contratada por una entidad edilicia hasta las que ejecuta el jefe de gobierno, pasando por mandos intermedios e instituciones, a lo que se suman los fines extremadamente disímiles entre unos y otros, como el poder judicial, la función gubernativa, el legislativo, la función policial, etc. La tipificación legal intenta cubrir todos los campos de acción, incluyendo normas que regulan las relaciones internacionales, actos de corrupción de sus agentes y de quienes participan en actividad pública internacional, en especial funcionarios de la UE, si bien en ocasiones entran en colisión unas normas con otras, y de ahí que se debe recurrir a instituciones generales para la resolución de conflictos normativos, como el caso de los concursos penales.

Respecto a quienes participan en actividades internacionales, cabe preguntar si el particular requiere una condición objetiva de punibilidad, toda vez que lo esencial sería que la función del agente internacional afecte directa o indirectamente los intereses ibéricos, tanto desde un punto de vista amplio como restringido. Es una incertidumbre que en parte se ha contestado con las diversas reformas que ha tenido el CP durante estos últimos años, entre las que son de mencionar la LO 3/2000, de 11 de enero<sup>5</sup>, la LO 18/2003 de 10 de diciembre<sup>6</sup>, el RDL 3/2011 de Contratos del Sector Público de 10 de diciembre<sup>7</sup>, la LO 7/2012, de 27 de diciembre<sup>8</sup>, la Ley 23/2014<sup>9</sup>, la LO

---

<sup>4</sup> MORALES PRATS, Fermín, en VV.AA., *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 18.

<sup>5</sup> LO 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la LO (Ley Orgánica) 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (Código Penal), en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Publicado en BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000. ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>6</sup> LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003 ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>7</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Publicada en BOE núm. 276, de 16 de 11/2011 ([www.boe.es](http://www.boe.es))

1/2014, de 20 de noviembre<sup>10</sup>, la LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>11</sup> y la LO 2/2015, de 30 de marzo<sup>12</sup>.

Al revisar el cohecho en sus distintas aristas regulatorias, vemos cómo se hace latente y relevante la necesidad del fiel cumplimiento al mandato constitucional y legal que se ve afectado al mediar dádivas<sup>13</sup> a funcionarios públicos, por ejemplo, para efectuar una acción determinada, dejar de cumplir alguna, adelantar su acción en perjuicio de otras con mayor tiempo de espera, beneficiar a determinados grupos, territorios o personas, e infinidad de acciones difíciles de enumerar, que afecta en forma relevante la fe pública y el correcto accionar de la Sociedad.

Dentro del intrincado y cada vez más común padecimiento de la corrupción en el sector público, el delito de cohecho aparece como una de sus manifestaciones más importantes. En efecto, cuando se habla de la corrupción, tradicionalmente se considera al cohecho como uno de los delitos más paradigmáticos, junto con el tráfico de influencias<sup>14</sup>. Tanto es así que en el CP de 1995 la única disposición que alude a la idea de corrupción -con la excepción del ilícito referido a la corrupción de menores e incapaces- es el art. 423.1 del CP<sup>15</sup>, que precisamente tipifica una figura de cohecho<sup>16</sup>. De esta

---

<sup>8</sup> LO 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social, publicada en BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012. ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>9</sup> LO 23/ 2014, de 20 de noviembre de 2014, de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales de la Unión Europea, BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014. ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>10</sup> LOPJ 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal (B.O.E. 14 marzo). Vigencia: 15 marzo 2014. ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>11</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo, entran en vigor el 1 de julio de 2015 disposición final 8 Ref. BOE-A-2015-3439, que modifica en Código Penal en diversas normas. ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>12</sup> LO 2/2015, de 30 de marzo, también entran en vigor el 1 de julio de 2015, según establece su disposición final 3. Ref. BOE-A-2015-3440. ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>13</sup> El concepto de dádiva se entiende como toda retribución, regalo, promesa, o recompensa.

<sup>14</sup> BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la Administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Mave, Buenos Aires, 2001, pág. 179. ([www.boe.es](http://www.boe.es))

<sup>15</sup> Artículo 423 del CP, redactado por el número doscientos once del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero). Esta modificación se

manera los delitos de cohecho en sus distintas manifestaciones -a los que podemos sumar el tráfico de influencias- se han convertido en un prototipo penal dentro del amplio espectro que comprende la problemática de la corrosión y permeabilización a la corrupción de los funcionarios públicos<sup>17</sup>.

Es significativo el planteamiento de quienes señalan que en el tipo penal de cohecho no se esboza referencia sobre el exacto contenido de la norma penal, y que dicha labor se torna tema escabroso y difícil<sup>18</sup>. La propia regulación legal constituye el primer escollo a superar. La generosidad y variedad con que el Código penal describe las conductas, que pueden dar lugar a la realización del tipo tanto por acción como por omisión es el primer dato que abona la confusión a la hora de establecer un concepto claro y preciso. A ello se añade la antigüedad de los términos empleados en su redacción, que contrasta con la claridad y sencillez con que están descritos al menos la mayor parte de los restantes tipos penales.

Por otra parte, surgen críticas a los preceptos penales y a la construcción del CP, referidas a la propia estructura y redacción de los tipos penales del

---

aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública. La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado aplicable en los casos de especial trascendencia y, en el caso del cohecho, la remisión a la nueva definición funcional de funcionario público introducida en el nuevo artículo 427. (Preámbulo Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

<sup>16</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en VV.AA., *El nuevo Código penal: propósitos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Dr. Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 868.

<sup>17</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos contra la Administración pública*, edición al cuidado de Adela ASÚA BATARRITA, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 161.

<sup>18</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, págs. 43 y sig.



cohecho, que actúan como árboles que no dejan ver el bosque, impidiendo vislumbrar la auténtica esencia del delito y, consecuentemente, la verdadera razón de su represión en el CP. Prueba de ello es que se torna difícil aportar un concepto que lo defina sencillamente y con la suficiente claridad, especialmente post reforma de la LO 5/2010<sup>19</sup>, de ahí que se haya señalado que todos los intentos dirigidos a este fin estén, por lo general, llamados al fracaso, y que más que definiciones lo que pueden indicarse a manera de conceptos generales son aquellos escasos elementos comunes a las distintas formas típicas previstas por el CP vigente.

La necesidad de regulación internacional del delito de cohecho no es algo nuevo. El intento de establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para las personas jurídicas viene desde hace bastante tiempo, y en este sentido el Secretario Ejecutivo del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente<sup>20</sup> se refería al interés de la ONU en el tratamiento y regulación más seria del delito<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dirs), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Capítulo V. *Del cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 916.

<sup>20</sup> ONU, Chronique mensuelle. Vol. VII, N° 5, 1970, pág. 73. Citado por MARTÍ DE VESES, M<sup>a</sup> del Carmen, *El Derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes*, en VV.AA., *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Universidad de Valencia, 1977, págs. 257 a 295.

<sup>21</sup> William CLIFFORD, Secretario Ejecutivo del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas. Trabajos preparatorios del Congreso, *sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente*, realizado en Kyoto (Japón) entre los días 17 y 26 de agosto de 1970: “el problema del crimen en el mundo interesa a la ONU por muchas razones. Evidentemente, está directamente vinculado al objetivo principal de la Organización de sus Estados miembros: la paz mundial. Porque la paz es indivisible y no puede considerarse independientemente de la acción recíproca de los pueblos, tanto en la esfera interna, como a un lado y otro de las fronteras. Cabe pensar que existe una gran distancia entre los crímenes cometidos por asociaciones de delincuentes, los robos a mano armada, los abusos de confianza y la diplomacia internacional y las negociaciones entre los miembros del Consejo de Seguridad. Sin embargo, los asesinatos, la piratería, los secuestros internacionales han causado guerras. Hoy en día el tráfico ilícito de estupefacientes, el contrabando de armas, las exportaciones ilegales de oro, el secuestro de diplomáticos, el desvío de aeronaves y su sabotaje, la protección concedida a los criminales que huyen, constituyen causas de tensión y conflictos internacionales”.

En una época en que no se hablaba de la globalización, las palabras recién transcritas podrían haberse considerado como un simple discurso de un organismo internacional interesado en regular la materia de la corrupción internacional. Sin embargo, aquellas palabras parecen aludir a sucesos como los atentados del 11 de septiembre en New York, la piratería en los mares de Somalia, la proliferación del narcotráfico en Colombia, la corrupción en las licitaciones

Más allá de la existencia de fuertes intereses económicos en el origen de estas reglas o las burocracias internacionales dependientes, la OCDE, la UNODC y las múltiples ONG de protección de víctimas, y diversas Convenciones que regulan los delitos de trascendencia internacional (sujetas al procedimiento de ratificación, y por tanto, ajenas a la crítica de la falta de legitimidad democrática de que son objeto organismos supranacionales como la Comisión Europea)<sup>22</sup>, parecen comprender un conjunto de hechos que según cada uno de los Estados Parte son merecedores de pena en su propio ordenamiento interno, con independencia de si son o no cometidos por particulares, empresas o “poderosos”<sup>23</sup>, atendido a que corrompe las normales relaciones económicas y el Estado de Derecho, sea por empresas multinacionales o por el funcionario que exige una prestación miserable por un servicio esencial, del mismo modo que contribuye a la difusión incontrolada de sustancias estupefacientes o psicotrópicas el “dealer”<sup>24</sup> que las distribuye a los alumnos de un colegio y la empresa de servicios que se beneficia del lavado de dinero de ahí proveniente<sup>25</sup>.

---

internacionales y, en general, todos los hechos delictivos que por su propia dinámica traspasan las fronteras y adoptan un carácter transnacional. En este contexto, es claro que el Derecho penal internacional no se encuentra únicamente legitimado por su función en el ordenamiento estatal interno, cualquiera que sea la que se le asigne sino por su eventual utilidad como instrumento para la conservación de la paz y seguridad mundial, no sólo por medio del mantenimiento de los derechos humanos básicos, como acontece con las reglas del Derecho penal internacional, sino que también de las más pedestres reglas comunes para la prevención y control de los delitos comunes que pueden tener trascendencia internacional.

<sup>22</sup> ABANTO, Manuel, “*La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado*”, en Losano G., Mario, Muñoz Conde, Francisco (coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 459 y págs. 273 a 327.

<sup>23</sup> Concepto poderoso, que en términos coloquiales utilizamos en el presente trabajo para referirnos a todo aquel que es capaz de influir en las decisiones de otros, ya sea en forma voluntaria, coaccionada, religiosa, política, etc.

<sup>24</sup> *Dealer* o *camello*, en términos coloquiales, es un vendedor minorista de drogas ilegales, que se dedica a ser intermediario del mercado ilícito de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

<sup>25</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 190. En este sentido, si este Derecho penal internacional integrase el que denomina “Derecho penal moderno”, tendría como finalidad la “criminalización formal del sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases socialmente poderosas”. Esta idea, que supondría una asimilación del Derecho penal internacional a una suerte de movimiento social-democrático propio de la Europa continental, carece de base empírica en este ámbito donde confluyen los más diversos sistemas económicos y sociales.

Buena parte de los delitos de cohecho de trascendencia internacional no son novedosos, salvo en formas completamente casuales de manifestación, derivadas de los avances tecnológicos y las facilidades de comunicación y transporte. Es así como el asesinato de personas por motivos políticos o económicos, la corrupción funcionaria, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud, la piratería, las falsificaciones, la corrupción de menores y el secuestro de personas, e incluso la criminalidad económica (particularmente el lavado de dinero y el aprovechamiento de los efectos de los delitos), son hechos sancionados ya en los Códigos decimonónicos, y aún entre nosotros desde las Partidas. Por lo tanto, si la crítica a este desarrollo del Derecho internacional penal se dirige al hecho de que de todas maneras generaría un Derecho penal más autoritario, legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho, habría que admitir que ella estaría a lo sumo justificada respecto a cómo cada Estado y su propia dogmática entienden actualmente la Política criminal y las garantías personales, pero no a si los hechos son merecedores de una sanción penal más o menos uniforme que incluya la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el concierto de las naciones de Europa y del mundo.

Se examinará el significado y la evolución histórica del delito, que desde 2010 ha sufrido una vorágine legislativa, que en términos globales -nos atrevemos a decir en una buena dirección- ha conllevado a una ampliación de la tipología penal o de las conductas descritas, con modificaciones o más bien actualizaciones de las disposiciones legislativas reguladoras del cohecho. A lo expuesto se debe sumar el rumbo que ha tomado la regulación internacional de este delito, en especial -y no únicamente- respecto al funcionario que cumple un rol internacional, sino de cuantas personas naturales y jurídicas se desenvuelven en este ámbito.

## **CAPÍTULO I**

### **HISTORIA DEL TIPO DE DELITO DE COHECHO**

## I.- Concepto histórico de cohecho

En doctrina existen diversas perspectivas que han intentado delimitar el término “cohecho”. Según algunos, deriva de la voz latina *conficere*, en latín vulgar *confectare*, y en castellano antiguo del siglo XIII *confeitar*, equivalente a sobornar o corromper a un funcionario público<sup>26</sup>. Además, hay quienes piensan que procede del vocablo latino *coactare*, es decir, forzar, obligar o compeler, lo que obedecería a que en un principio el hecho realizado pudo revestir la idea de fuerza<sup>27</sup>. Otra parte de la doctrina estima que proviene de la palabra *confectare*, cuyo significado es preparado, arreglado<sup>28</sup>.

Se entiende que “el cohecho consiste en poner precio a un acto de la administración pública que debía ser gratuito, ya sea realizando acciones propias de su cargo que favorezcan a determinado agente, omitiendo realizar acciones de su cargo, o realizando acciones que no estaban dentro del abanico de facultades le confiere el ordenamiento jurídico”<sup>29</sup>. También se trata el cohecho en directa relación con la corrupción, y es entendido comúnmente como el uso desviado del poder público para la obtención de un beneficio privado<sup>30</sup>. El delito en las últimas décadas ha adquirido magnitudes

---

<sup>26</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, año 1999, op., pág. 191; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en VV.AA., *El nuevo Código penal: propósitos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 870.

<sup>27</sup> CASAS BARQUERO, Enrique, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español*, Documentación Jurídica, N° 19, año 1978, pág. 200.

<sup>28</sup> CASAS BARQUERO, Enrique, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español*, op. cit., pág. 200.

<sup>29</sup> Concepto que proviene de “venalidad”: delito cometido por un funcionario, consistente en poner precio a los servicios que constituyen su deber. leyderecho.org, consultado en línea. 2/12/2016. <http://leyderecho.org/> Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, vol. V, traducción de José ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO, 4ª edición revisada, Ed. Temis, Bogotá, 1993, pág. 94.

<sup>30</sup> BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán*, Universidad de Salamanca, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC

desorbitadas, no conociendo fronteras en la actualidad los comportamientos corruptos, que campan a sus anchas por el planeta afectando a países en desarrollo y a países industrializados, a regímenes autoritarios y a democracias consolidadas, a economías planificadas y a economías de libre mercado.

En la primera edición de la obra *El Código penal concordado y anotado* de PACHECO, se encuentran comentarios y referencias a Las Partidas y otros Códigos de la época sobre los siguientes temas “modernos”: la corrupción funcionaria, las organizaciones criminales<sup>31</sup>. Allí se alude al castigo de las formas preparatorias de comisión del delito y aun de la no denuncia de éstos, así como a la asimilación de la consumación a la tentativa, que eran propias de los delitos que afectaban a la seguridad del Estado, particularmente cuando se trataba de atentados al soberano<sup>32</sup>. Como ya había señalado CARRARA, el

---

15-04 (2013). RECPC 15-04 (2013). Accesible en la página web: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Consultado el día 23/11/2016, op., pág. 42.

<sup>31</sup> PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y anotado*, 3 t. Madrid: Imprenta Saunaque, 1848. La corrupción funcionaria (págs. 395-530, t. II), las organizaciones criminales (págs. 253-265, t. II), desde lo más sencillo a lo más grave” (pág. 395, t. II), no es nunca una acción que puede practicarse con buen fin” (pág. 290, t. II), todas las naciones se han creído con derecho para castigar este crimen” (pág. 115, t. II), tráfico de productos nocivos para la salud incluyendo el opio (pág. 367, t. II), “por más que pocas veces pueda alcanzarse a su autor” (pág. 387, t. III).

<sup>32</sup> PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, Joaquín Francisco. *El Código penal concordado y anotado*, t. II, op. cit., págs. 395 y sgts. Sobre la estructura general de los delitos de corrupción funcional señala: “su materia es sumamente extensa; sus preceptos, que deben abarcarla toda, no pueden menos que correr una inmensa escala, desde lo más sencillo a lo más grave; sobre la necesidad de castigar la falsificación de monedas extranjeras, que no es nunca una acción que puede practicarse con buen fin” y sobre cómo respecto de la piratería todas las naciones se han creído con derecho para castigar este crimen. Además, respecto del tráfico de productos nocivos para la salud incluyendo el opio, que hoy en día cabe dentro de las prohibiciones del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la regulación vigente en 1848 castigaba, de manera similar a la actual, no sólo la venta sin la competente autorización de esas sustancias, sino también su elaboración, despacho y comercio; así como el despacho y suministro autorizados, pero realizados “sin cumplir con las formalidades prescritas en los respectivos reglamentos” (arts. 246 y 247 del CP de 1848). Respecto a la criminalidad económica, mostrando lo poco “moderna” que en cierto sentido es su represión, manifiesta: “una carta falsa leída en la Bolsa, una posta simulada que se haga entrar ostensiblemente para divulgar cierta noticia, un anuncio hábil inserto en un periódico, pueden en determinadas circunstancias causar un trastorno en los precios, que enriquezca y arruine a mil personas. En esto hay delito real y verdadero. “Por más que pocas veces pueda alcanzarse a su autor”, el art. 451 del CP de 1848 castigaba a “los que, esparciendo falsos rumores, o usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas o privadas, o cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación”.

delito de cohecho consiste en “la venta que, de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debiera ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada”<sup>33</sup>. Esta concepción es criticada por cuanto la misma sólo pone el acento en uno de los intervinientes, esto es, el funcionario público. Además, para que exista el delito de cohecho, no es necesario que el funcionario reciba prestación alguna, pudiendo haber delito aun tratándose de actos por los cuales no sea necesario pagar derechos.

Los delitos contra la Administración Pública tutelaban meros deberes de los funcionarios públicos, su objetivo es la protección y el correcto funcionamiento de la Administración Pública<sup>34</sup>, y la técnica de incriminación ha evolucionado, pues en un principio algunas de las fórmulas de tipificación más utilizadas para consagrar los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos eran la imprudencia y la omisión, mientras se requiere ahora la configuración dolosa. En el originario desarrollo doctrinal de la Parte especial del Derecho penal, por lo general no se hacía referencia al objeto tutelado en los delitos contra la Administración Pública, sino que se analizaba directamente cada conducta punible, y ya se señalaba que el criterio de sistematización que se utilizaba era el concepto de empleado<sup>35</sup>, cuya determinación ocupaba siempre un gran espacio dentro de las consideraciones dedicadas a todo el título, tal como puede verse en las obras del siglo XIX, muy singularmente de PACHECO<sup>36</sup> y, años más tarde, de GROIZARD<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, vol. V, traducción de José ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO, 4ª edición revisada, Ed. Temis, Bogotá, 1993, pág. 94.

<sup>34</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Delitos contra la Administración pública*, en *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, en VV.AA., Coordinador: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, ediciones Atelier, Barcelona, año 2011.

<sup>35</sup> Vid., sobre la sistematización de los delitos contra la Administración Pública en los primeros Códigos penales españoles, CASABÓ RUIZ, José Ramón, *La aplicación del Código penal de 1822*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, fascículo II, mayo-agosto de 1979, págs. 180 a 190.

<sup>36</sup> PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y anotado*, op. cit., pág. 393.

<sup>37</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, Madrid, Biblioteca Universidad de Salamanca, 1912, pág. 91.

Por esto se tomó postura sobre el objeto de tutela de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, al estimarse que la justicia penal debía sancionar el incumplimiento de los deberes de mayor cuantía de los funcionarios públicos, considerando la desobediencia como el elemento primario de estos delitos, al entender que “la desobediencia al Poder público, la rebelión contra sus órdenes, la violación de sus mandatos, el desprestigio de las leyes y de las autoridades es, pues, la sustancia primaria determinante de la configuración científica de esta clase de delitos. Todo lo demás es accidental y accesorio”<sup>38</sup>. Tal postura se fue consolidando en la doctrina, asentándose el criterio de que los delitos de funcionarios suponen conductas contrarias al deber del servicio, que les impone de modo calificado el deber de colaborar en la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas<sup>39</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en la península ibérica, en Centro y Sudamérica existe muy poco tratamiento del delito de cohecho, y entre los pocos autores que ahondan en el tema podemos citar a los profesores RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, quienes conceptualizan el cohecho como “la acción que consiste en la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”<sup>40</sup>.

## **II.- Conceptualización del delito de cohecho en España**

### **A) Planteamiento**

Dentro de las concepciones tradicionales que se refieren al delito de cohecho, encontramos, a nuestro juicio, la simple y acertada de ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, quienes definieron este delito como “el hecho de

---

<sup>38</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., pág. 92.

<sup>39</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Ediciones Bosch, Barcelona, 1980, pág. 355.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, *El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, año 2005, pág. 304.



aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio”<sup>41</sup>. La concepción de los citados autores -al igual que la de CARRARA y MAGGIORE- nos parece del todo prístina y precisa para su época, habiendo quedado sobrepasada por el devenir de las relaciones estatales tanto internas como extra-nacionales, atendido a que sólo alude al funcionario, omitiendo toda referencia al particular y limitándose a la aceptación de una retribución ofrecida sin prever la hipótesis en que el funcionario toma la iniciativa y solicita dicho beneficio.

Se ha postulado por CASAS BARQUERO un concepto más amplio de cohecho, que consiste en “la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del ejercicio del cargo”<sup>42</sup>. Tal conceptualización es bastante precisa y mucho más actual, en específica relación a las últimas modificaciones introducidas en el CP, toda vez que pone el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo por parte del funcionario público. Sin embargo, a nuestro juicio, desatiende en parte la acción del particular respecto del efecto que produce en el funcionario.

La conceptualización doctrinal del cohecho puede ser tratada en forma casi infinita, por lo que, una vez adscritos a algunos conceptos, nos adentraremos en la relación contractual del Estado con el particular, correlación que no en pocas ocasiones redundan en transacciones que implican millones o miles de millones de euros, en que la decisión final -por ejemplo, de realizar una obra o servicio en un lugar determinado u otro, o de ejecutar una actividad o no, la priorización en la construcción de obras de vialidad, o en la implementación de servicios, entre otros- pasa directamente por un

---

<sup>41</sup> ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José / JASO ROLDÁN, Tomás / RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal, Parte especial*, t. II, Ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, pág. 214.

<sup>42</sup> CASAS BARQUERO, Enrique, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español*, en Documentación Jurídica, N° 19, año 1978, pág. 200.

funcionario público, generalmente de rango medio, no siempre bien remunerado, y con escaso o nulo control interno, o sólo de carácter formal, lo que es la conjugación ideal para el ofrecimiento o exigencias de dádivas o prebendas por particulares hacia el estamento público, para cumplir, dejar de cumplir, elegir determinada persona u obra, etc., en forma arbitraria o saltando el marco normativo en favor de una o en desmedro de otra.

Desde una mirada hacia el estamento público, el cohecho es de gran impacto mediático en la Sociedad, y además de producir la falta de servicio adecuado como efecto último tiene efectos secundarios como malograr las legítimas expectativas de los ciudadanos, que esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos<sup>43</sup>, como a la vez produce una imperfección en la capacidad del sistema público de cumplir las genuinas aspiraciones de la Sociedad en la satisfacción de sus necesidades. Por estas razones, en virtud de la falencia de satisfacción social, el legislador ha tendido a endurecer el sistema incriminador y la persecución de estos ilícitos, si bien no se ve reflejado tal criterio con pareja rigidez en la corrupción del sector privado, que no sólo infringe obligaciones legales y éticas, sino también contractuales tanto entre particulares como con el Estado.

Como se ha indicado<sup>44</sup>, en pocas ocasiones se liga al concepto de corrupción la actividad dentro del ámbito privado. El empleado que monta negocios paralelos a aquellos en que trabaja por cuenta ajena, desviando así la potencial clientela de éste, es considerado un empleado corrupto”. Igual sucede con quien facilita información a la competencia y obtiene por ello un beneficio personal. Ya desde este momento podemos afirmar que las causas de corrupción son las mismas y que la cuantía de los casos no tiene por qué ser sustancialmente distinta. Téngase además en cuenta que tras todos los casos de corrupción pública existe una complicidad privada, por lo que se estima lo corrupto en un entorno social sin distinción alguna entre lo público y lo

---

<sup>43</sup> *Vid.* el apartado del presente trabajo referido a exigencias, cualidades, derechos y obligaciones del funcionario público, y el efecto que su desapego al mandato entregado produce en la sociedad en su conjunto.

<sup>44</sup> SABÁN GODOY Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 15.

privado<sup>45</sup>. También la jurisprudencia se ha manifestado sobre la noción, afirmando que este delito consiste en “la corrupción de un funcionario realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio del cargo<sup>46</sup>”.

## B) Breve reseña del fenómeno de expansión del Derecho penal

Se caracteriza el fenómeno de la expansión del Derecho penal por un aumento del número de delitos y de la gravedad de sus penas, así como por una flexibilización de los criterios de imputación, de los principios político-criminales que limitan el recurso legítimo al Derecho penal, y de las garantías procesales<sup>47</sup>. “Este proceso de expansión se vincula, entre otros fenómenos, con las transformaciones sociales y tecnológicas que comporta la actual sociedad del riesgo<sup>48</sup>”. Atendida la expansión del Derecho penal, se han creado diversas instituciones doctrinales para explicar este “desmedido” aumento de la intervención punitiva del Estado, en conflictos que eran previamente solucionados por otras ramas del Derecho. Dentro de estas instituciones encontramos la denominada “sociedad del riesgo<sup>49</sup>”.

---

<sup>45</sup> SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, op. cit., pág. 15.

<sup>46</sup> En este sentido se encuentra la sentencia de fecha 12 de junio del año 1940; sentencia de fecha 29 de abril del año 1947 y sentencia de fecha 2 de noviembre del año 1962, Sentencias citadas en VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pág. 44.

<sup>47</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergei, *Los delitos funcionario y la política criminal de la sociedad del riesgo*, Universidad de Barcelona, Revista Catalana de Seguretat Pública, Núm. 13, diciembre 2003, edición en castellano, pág. 66.

<sup>48</sup> *Vid.* Cap. sobre la imputación objetiva.

<sup>49</sup> Cfr. JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, editorial Thomson Civitas, España, 2003, págs.78 y sgts. Según JAKOBS y CANCIO MELIÁ, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos, en primer lugar: se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: del hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. De modo materialmente equivalente, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid: Editorial Civitas, 2001, págs. 163 y sgts., en su momento incorporó el fenómeno del Derecho penal del enemigo a su propia concepción político-criminal, posición que posteriormente fue evolucionando en vías divergentes. De acuerdo con la posición, en ese momento, se estaban diferenciando dos velocidades del derecho penal, en el marco

Existen diversos conceptos para intentar explicar qué es la sociedad del riesgo. Con claridad y precisión JIMÉNEZ DÍAZ<sup>50</sup> configura un concepto con las siguientes notas caracterizadoras: “En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado”. Sobre la manera de abordar los “desafíos” o “peligros” que nos depara la sociedad contemporánea, brevemente mencionaremos dos tendencias doctrinales: por una parte, las tendencias modernizadoras y, por otra, las tendencias de resistencia a la modernización (resistencia garantista o tendencias reduccionistas)<sup>51</sup>.

Ante la sociedad de riesgo, SILVA SÁNCHEZ<sup>52</sup> advierte que la clase dirigente en una sociedad asume como herramienta fácil y rápida de resolver problemas sociales el Derecho penal, sea porque no existe otra fórmula viable, sea porque no se desea resolver de otra manera, etc. Se ha vuelto cada día más común recurrir al Derecho penal. Entre las manifestaciones de la “expansión del Derecho penal”, encontramos la flexibilización de los principios políticos criminales o de las reglas de imputación y, como primera expresión de esto, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos

---

del ordenamiento jurídico: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según Silva Sánchez, debían mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos -tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño-, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas. Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no -una cuestión que excede de estas breves consideraciones-, la imagen de las dos velocidades induce inmediatamente a pensar en el Derecho penal del enemigo como tercera velocidad, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

<sup>50</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Sociedad del riesgo e intervención penal*, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, 9/10/2014, núm. 16-08, consultada en línea Nov. 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>, op., pág. 08:1.

<sup>51</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Sociedad del riesgo e intervención penal*, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología. 9/10/2014, núm. 16-08, consultada en línea Nov. 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>, op., pág. 08:2.

<sup>52</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer S.L. -IB de f, Madrid, 2011, pág. 121.

penales, en el sentido de que la introducción de nuevos objetos de tutela, combinado con la anticipación de las fronteras de protección penal, ha propiciado una rápida transición del modelo de “delito de lesión de bienes individuales” al modelo de “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”<sup>53</sup>. Existe una línea cada vez más delgada entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, especialmente en el delito de cohecho del funcionario<sup>54</sup>. Es una particularidad del Derecho penal de las sociedades postindustriales asumir, en amplia medida, la dañosidad general derivada de acopios tradicionalmente propia de lo administrativo<sup>55</sup>.

Este tema no es novedoso, pero no por ello menos relevante y de actual aplicación, atendido a que no parece existir acuerdo sobre la valoración del proceso expansivo del Derecho penal. Mientras que algunos lo critican y proponen excluir del ámbito del Derecho penal las figuras delictivas que no se ajusten al modelo del Derecho penal liberal, otros se pronuncian a favor de limitar aquella flexibilización al ámbito de las conductas delictivas no castigadas con la pena de prisión, y otros entienden que, sin perjuicio de la crítica de determinados excesos, tal proceso es una consecuencia natural de los cambios experimentados en las sociedades postindustriales y de la opción por un Estado social y democrático de Derecho.

---

<sup>53</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer S.L., B de F, Madrid, 2011, págs. 131 y 132.

<sup>54</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer S.L., B de F, Madrid, 2011, pág. 134, revisa los criterios diferenciadores entre el injusto penal y el injusto administrativo, y señala que el derecho sancionador administrativo, ante un acopio producido a consecuencia de la reproducción de actos, lleva a eximir la valoración única del acto considerado individualmente, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia integral de una agrupación de conductas de la misma naturaleza, si es que éste se estimara ilícito.

<sup>55</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer S.L., B de F, Madrid, 2011, pág. 142, denomina el proceso expuesto como “administrativización”, y entiende que se encuentra imbuido el Derecho penal, llegando a aseverar que no sólo el Derecho penal asume el modo de inferir propio del Derecho funcional sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de cometido ordinario de magnas dificultades sociales y que lo decisivo empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual, siendo el paradigma de lo anterior los llamados delitos acumulativos.

### III.- Delito de cohecho en las diversas configuraciones del Código penal

España cuenta con una dilatada historia de Códigos penales, cuyo origen se remonta al siglo XIX, y que tiene como antecedente inmediato a la Constitución de Cádiz de 1812. Esta Constitución establece una base de humanización de las penas, pues de manera ejemplar prohíbe el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes; también dispone que los Códigos Civil, Criminal y de Comercio fueran unos en todo el Reino de España<sup>56</sup>. Antes tuvo una vida muy corta la Constitución de Bayona, de origen napoleónico en que el emperador se reservaba las últimas decisiones, que no produjo un real efecto en la vida jurídica de España<sup>57</sup>.

El Código penal español ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de la historia legislativa, que han implicado cambios tanto de fondo como de forma. En este último caso, la “geografía” legislativa en más de una ocasión ha llevado incluso a constituir una problemática interpretativa atendida la falta de prolijidad en la sistematización de los tipos penales. En tal sentido, se ha indicado que los artículos 419 al 427 (actualmente es hasta el art. 427 bis del CP<sup>58</sup>) agrupan una serie de tipologías, unidas por un objeto de protección

---

<sup>56</sup> Vid. Constitución de Cádiz, [www.congreso.es](http://www.congreso.es) La Constitución de 1812 o llamada constitución de Cádiz, “fue aprobada el 19 de marzo de 1812, en la festividad de San José, conocida por eso como la Pepa, es la primera Constitución propiamente española, ya que el Estatuto de Bayona de 1808 no dejó de ser una “Carta otorgada” marcada por el sello napoleónico. La Constitución se aprobó en el marco de la Guerra de la Independencia (1808 a 1814), y fue la respuesta del pueblo español a las intenciones invasoras de Napoleón Bonaparte.

<sup>57</sup> Vid. al respecto, entre otros, PEREZ ROYO, Javier, *La Constitución de España: Cádiz en la historia del constitucionalismo español*. Consultada en Línea 1/12/2016 [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). <http://biblio.juridicas.unam.mx>, págs. 111 y sgts. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa declarando nula la Constitución, pero el mismo Monarca ordenó después del levantamiento del General Riego, en el año 1820, re-establecer la Constitución de 1812 y se presenta ante las Cortes el año 1822 un proyecto que dio lugar al primer Código Criminal. Así nació el primer Código español, el de 1822, que tuvo una vigencia muy breve. Basado en las doctrinas de la Ilustración, particularmente en las de BENTHAM y BECCARIA. Constaba de un Título Preliminar y dos Partes, la primera dedicada a los “Delitos contra la Sociedad” y la segunda a los “Delitos contra los Particulares”. Asimismo, instaura el principio de legalidad de los delitos y las penas, y en muchos aspectos ha sido seguido por los Códigos posteriores como la definición legal del delito, catálogos de atenuantes y agravantes, o la responsabilidad civil.

<sup>58</sup> Artículo 427 bis del CP: “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

común, pero de contenidos y estructuras lo suficientemente dispares como para dificultar la búsqueda de elementos comunes diferenciadores de un concepto unitario<sup>59</sup>.

### A) Delito de cohecho en el Código penal de 1822

Pese a la breve vigencia del Código Penal de 1822, tiene el mérito de haber sido el primero en regular el problema del cohecho, aunque sea criticable su carácter confuso y la excesiva dureza de sus penas<sup>60</sup>. El CP de 1822 consagra el delito de cohecho dentro del capítulo 2º de su título VI del texto legal, en que se pueden colegir las formas de consumación del ilícito. En este sentido, el cuerpo normativo regula el cohecho, requiriendo para su consumación que se haya proferido la resolución objeto del soborno: el art. 454 sanciona la prevaricación cometida por soborno<sup>61</sup>, el art. 455 sanciona a quien haga que la provisión o propuesta recaiga en favor de persona determinada<sup>62</sup>, mientras que el art. 456 sanciona soborno o regalo para hacer cosa contraria a su obligación, o dejar de hacer alguna a que esté obligada<sup>63</sup>.

---

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”.

<sup>59</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 954.

<sup>60</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995, entrada en vigencia desde 24 de mayo de 1996. El cuerpo normativo criminal con fundamento en las ideas de la Ilustración, constaba de un Título Preliminar y dos partes: la primera dedicada a los “Delitos contra la Sociedad” y la segunda a los “Delitos contra los Particulares”. Como puede observarse, no preveía la existencia de las faltas. Establece el principio de legalidad de los delitos y las penas, y en muchos aspectos ha sido seguido por los Códigos posteriores, tanto en las definiciones legales de delito, los catálogos de atenuantes y agravantes, o la regulación de la responsabilidad civil. Asimismo, se castigaba los delitos imprudentes o “culpas”, de conformidad con el principio de excepcionalidad, concretando en cada caso cuándo un delito se penaba en su modalidad culposa, criterio que más tarde se abandonó y que ha sido retornado por el Código de 1995.

<sup>61</sup> El art. 454 del CP de 1822 sanciona la prevaricación cometida por soborno.

<sup>62</sup> Art. 455 CP de 1822: “También sufrirá las penas prescritas en el artículo anterior el funcionario público, de cualquiera clase que, encargado de proveer alguna dignidad, cargo, oficio o

Dentro de las formas de ejecución previstas, se encuentra la que ejecutaba el juez de hecho o de derecho, o árbitro de cualquiera clase, u otro funcionario público que cometa prevaricación por soborno o cohecho dado o prometido a él o a su familia, directamente o interpuesta por otra persona<sup>64</sup>. Respecto a la sanción aplicable para estos sujetos activos, se agregaba además de la pena principal, la de infamia, y una reclusión de uno a cuatro años, si no tuviera señalada otra mayor pena al delito que cometiere.

Otra forma de cohecho sancionada en el Código de 1822 es el tipo penal que hacía referencia a las personas mencionadas en el art. 458 precedente que admitan o convengan en admitir algún regalo para hacer un acto de su oficio o cargo, aunque sea justo, o para dejar de hacer un acto que no deba ejecutarse<sup>65</sup>.

La tercera forma prevista en el art. 459 CP de 1822 se refería a los casos en que los jueces de hecho o de derecho, o cualquier otro funcionario público que ejerzan alguna autoridad (sea judicial o de gobierno), y los demás funcionarios con sueldo en el caso que admitan dádiva de cualquiera clase (de subalterno suyo o de otro que tenga pleito, causa o negocio oficial ante ellos, o de otros que hagan el regalo en consideración de esta personas), que serán apercibidos y suspendidos de empleo y sueldo, y de todo cargo público por

---

empleo público, o comisión del Gobierno, o de hacer las propuestas para su provisión, o de intervenir en ello por razón de su destino, haga, en virtud de algún soborno o cohecho, que la provisión o propuesta recaiga en favor de persona determinada, por más acreedora que sea”.

<sup>63</sup> El art. 456 del CP de 1822 fundamentalmente sancionaba al juez de hecho o de derecho, o árbitro, o cualquiera otro funcionario público, que por sí o por medio de su familia, o incluso por interpuesta persona, admita a sabiendas, o se convenga en admitir algún soborno, cohecho o regalo, y en su consecuencia haga alguna cosa contraria a su obligación, o deje de hacer alguna a que esté obligado.

<sup>64</sup> El art. 457 del CP de 1822 sancionaba a cualquiera de las personas expresadas, que por sí o por su familia, o por interpuesta persona, admita a sabiendas, o se convenga en admitir algún soborno o regalo para hacer cosa contra contraría a su obligación, o dejar de hacer alguna á que esté obligada, aunque no llegue a hacer la una, o a dejar de hacer la otra.

<sup>65</sup> El art. 458 del CP de 1822 sancionaba a cualquier juez de hecho o de derecho, o árbitro, o cualquiera otro funcionario público, que por sí o por su familia, por interpuesta persona, que del mismo modo admita o se convenga en admitir, además de su legítimo salario, algún regalo para hacer un acto de su oficio o cargo, aunque sea justo, o para dejar de hacer uno que no deba ejecutar.



dos meses a un año<sup>66</sup>. El artículo contenía una cláusula según la cual “iguales penas sufrirán si resultare haber admitido algún regalo que se les haya hecho en consideración del pleito, causa o negocio oficial antes o después de éste”.

Las normas aludidas del CP de 1922 tipifican el cohecho pasivo propio y el cohecho pasivo impropio y vinculan la comisión de esta conducta a un acto propio de las funciones. Asimismo sancionaban dos modalidades de cohecho activo cometido respecto del cohecho pasivo, mediante cláusulas de remisión general, que remitían en los casos de los artículos 454, 455, 456 y 457 al artículo 460 del CP<sup>67</sup>, mientras que la segunda modalidad se refería a los casos de los artículos 458 del CP que a su vez era relacionado con el art. 461<sup>68</sup>.

## **B) Delito de cohecho en el Código penal de 1848**

En el CP de 1848 se produce un notorio avance en la regulación penal<sup>69</sup>, gracias a la simplificación de la tipificación de las modalidades de cohecho,

---

<sup>66</sup> El art. 459 del CP de 1822 sancionaba a los jueces de hecho o de derecho, o cualesquiera otros funcionarios públicos que ejerzan alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, y los demás empleados con sueldo por el Gobierno, en el caso de que admita regalo, de cualquiera clase que sea de subalterno suyo, o de alguno que tenga pleito, causa o negocio oficial ante ellos, o de otros que hagan el regalo en consideración de esta personas, serán apercibidos y suspensos de empleo y sueldo, y de todo cargo público por dos meses a un año. La misma norma contenía una cláusula especial de acuerdo con la cual, iguales penas sufrirán si resultare haber admitido algún regalo que se les haya hecho en consideración del pleito, causa o negocio oficial antes o después de éste.

<sup>67</sup> Art. 460 CP de 1822: “Los que hagan el soborno, cohecho o regalo para alguno de los casos de los artículos 454, 455, 456 y 457, sufrirán una reclusión de uno a tres años, sin perjuicio de otra pena mayor si estuviere señalada al delito que hagan cometer con el soborno, conforme al artículo 15 del título preliminar. Si el soborno en estos casos no hubiere sido aceptado, el sobornador será reprendido, y sufrirá un arresto de dos a seis meses, y una multa equivalente al precio de lo ofrecido. Pero los que hagan sobornado, cohechado o regalado, procurado sobornar, cohechar o regalar con el fin de obtener el ser propuestos para dignidad, cargo, oficio o empleo público, sufrirán, además de las penas prescritas respectivamente”.

<sup>68</sup> Art. 461 CP de 1822: “Los que en cualquiera de los casos de los artículos 458 y 459 llagan el regalo, serán apercibidos, y sufrirán un arresto de ocho a treinta días. Si no se les hubiere aceptado, serán reprendidos, y pagarán una multa equivalente al precio de lo ofrecido”.

<sup>69</sup> PACHECO, Joaquín Francisco, juriconsulto y político, católico moderado, se opuso a NARVÁEZ por considerarlo demasiado reaccionario y encabezó el grupo de los puritanos que buscaba una conciliación entre progresistas y moderados. *Vid. El Código penal concordado y comentado*, reimpresión, Editorial Edisofer S.L., Madrid, 2000. Tras el restablecimiento de la Monarquía Absoluta en el año 1823 se restablece el Derecho penal del Antiguo Régimen, lo que significa que vuelve a entrar en vigor la Novísima Recopilación y las Partidas (como Derecho

así como también a la supresión de los delitos que vinculaban el cohecho a la comisión de una prevaricación. A su vez, el art. 305 del CP castigaba la recepción de una dádiva o promesa para la comisión de uno de los delitos contemplados en el título o para ejecutar u omitir cualquier acto lícito o debido, propio de su cargo<sup>70</sup>. Este artículo se relacionaba al art. 306, que sancionaba el cohecho cuando se recibía para la comisión del delito de prolongación de funciones públicas<sup>71</sup>. Por su parte, el art. 307 del CP castigaba el cohecho activo remitiéndose a los artículos anteriores<sup>72</sup>.

### C) Delito de cohecho en el Código penal de 1850

El Código Penal vigente desde el año 1850 transcribió las modalidades de cohecho contempladas en el CP de 1848, específicamente en los arts. 314, 315 y 316 de ese Código<sup>73</sup>, no introduciendo modificaciones en estas conductas punibles.

---

supletorio). Con el avance del políticamente accidentado siglo XIX y bajo la vigencia de la Constitución de 1845, se aprueba el Código Penal de 1848. Este Código recoge la clasificación tripartita de las infracciones penales (graves, menos graves y faltas). Además, contiene una estructura similar al Código Penal previo a la reforma del año 1870, y lo componen tres libros: disposiciones generales, de los delitos y las penas, y de las faltas. Poco después se aprobó el Código Penal de 1850, que supuso una limitada reforma del Código anterior, pero que recogió un mayor endurecimiento, castigándose con carácter general la conspiración y proposición para delinquir, y aumentando la gravedad de los delitos políticos, del atentado, del desacato y de los desórdenes públicos; por lo que, algunos autores lo califican como reaccionario

<sup>70</sup> Art. 305 CP de 1848: “El empleado público que por dádiva o promesa cometiere alguno de los delitos expresados en los capítulos precedentes de este título, además de las penas en ellos designadas, incurrirá en las de inhabilitación absoluta perpetua, y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.

En la misma multa y en la pena de inhabilitación especial temporal incurrirá el empleado público que por dádiva o promesa ejecutare u omitiere cualquier acto lícito o debido, propio de su cargo.

El empleado público que admitiere regalos-que le fueren presentados en consideración a su oficio, será castigado por este solo hecho con la reprobación pública, y en caso de reincidencia, con la de inhabilitación especial. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los asesores árbitros, arbitadores y peritos”.

<sup>71</sup> Art. 306 CP de 1848: “En el caso de que el delito cometido por dádiva o promesa se halle comprendido en el art. 301, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal y la misma multa”.

<sup>72</sup> Art. 307 CP de 1848: “El sobornante será castigado con las penas correspondientes en los casos respectivos a los cómplices, excepto las de inhabilitación o suspensión”.

<sup>73</sup> Art. 314 CP de 1850: “El empleado público que por dádiva o promesa cometiere alguno de los delitos expresados en los capítulos precedentes de este título, además de las penas con ellos

## D) Delito de cohecho en el Código Penal de 1870

Respecto de la regulación del delito de cohecho en el CP de 1870 ya señalaba GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA: “Aplauso nos merece el Código que castiga con rigor los que sin probidad ni conciencia convierten en infame tranco el mandato recibido del poder social para aplicar rectamente las leyes y administrar justicia, proteger todos los derechos y gobernar el Estado”<sup>74</sup>. El cohecho tenía en común los siguientes elementos: “1°. Que el culpable tenga la cualidad de funcionario público. 2°. Que haya recibido dádiva o presente o aceptado ofrecimiento o promesa. 3°. Que la dádiva haya sido hecha, o los ofrecimientos admitidos para ejecutar un acto injusto o para dejar de practicar un acto debido en el ejercicio de su cargo. Cuando estas tres condiciones se reúnen, siempre el delito de cohecho existe. Podrán concurrir otras también, pero serán accidentales, contribuyendo sólo a ensanchar o estrechar la responsabilidad, pero no a cambiar la naturaleza genérica del hecho”<sup>75</sup>.

---

designadas incurrirá en las de inhabilitación absoluta perpetua, y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.

En la misma multa y en la pena de inhabilitación especial temporal incurrirá el empleado público que por dádiva o promesa ejecutare u omitiere cualquier acto lícito o debido, propio de su cargo. El empleado público que admitiere regalos que lo fueren presentados en consideración a su oficio, será castigado por este solo hecho con la reprensión pública, y en caso de reincidencia, con la de inhabilitación especial.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los asesores, árbitros, arbitradores y peritos”.

Art. 315 CP de 1850: “En el caso de que el delito cometido por dádiva o promesa se halle comprendido en el artículo 313, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal y la misma multa”.

Art. 316 CP de 1850: “El sobornante será castigado con las penas correspondientes en los casos respectivos a los cómplices, excepto las de inhabilitación o suspensión”.

<sup>74</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., pág. 223.- Tras la revolución del año 1868, y al amparo de la Constitución de 1869, se inauguró un productivo periodo en la codificación española, viendo la luz leyes tan importantes como el Código Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria. También se aprobó el CP de 1870, que pretende adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869. Estructurado en torno a tres Libros, el Código tiene una inspiración política claramente liberal que se manifiesta en distintos aspectos, entre los que cabe destacar: la inclusión de delitos contra los derechos individuales; De los delitos contra el libre ejercicio de los cultos, y se procede a una humanización de las penas y se refuerza el principio de legalidad.

<sup>75</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., págs. 241 y sig.

### **1. Cohecho pasivo propio por ejecutar un acto constitutivo de delito**

Regula el cohecho pasivo propio por realización de acto que constituya delito: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimientos o promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito, será castigado con las penas de presidio correccional en su grado mínimo al medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por la dádiva o promesa, si los hubiere ejecutado”<sup>76</sup>.

### **2. Cohecho pasivo propio por la realización de un acto injusto**

En segundo lugar, se regula el cohecho pasivo propio por la realización de un acto injusto: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare”<sup>77</sup>.

### **3. Cohecho por abstenerse el funcionario público de un acto**

Finalmente, se regula el cohecho por abstenerse el funcionario público de un acto, cuando la dádiva recibida o prometida tuviere por objeto

---

<sup>76</sup> Art. 396 CP de 1870 sanciona el cohecho pasivo propio por la realización de un acto que constituya delito: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimientos o promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito, ser castigado con las penas de presidio correccional en su grado mínimo al medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por la dádiva o promesa, si lo hubiere ejecutado”.

<sup>77</sup> Art. 397 CP de 1870 sanciona el cohecho pasivo propio por la realización de un acto injusto: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare”.

abstenerse el funcionario de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo<sup>78</sup>.

#### 4. Cohecho aparente

El Código de 1870 castigaba el llamado cohecho aparente cometido por el funcionario público que admitiera regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio. El art. 401 CP establecía: “El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, será castigado con la suspensión en sus grados mínimo y medio y reprensión pública”<sup>79</sup>. En opinión de GROIZARD, “este texto subsana, hasta cierto punto, una falta que hemos lamentado en el comentario anterior. Allí hemos probado que la realización de actos funcionales justos, cediendo a estímulos de lucro, no era punible, según los términos en que están redactados los artículos 396 y 397. Ahora vemos con satisfacción que en la mayor parte de los casos lo será, toda vez que se incrimina el mero hecho de aceptar regalos el funcionario, que le fueren presentados en consideración a su oficio”<sup>80</sup>.

#### 5. Cohecho activo respecto a ciertas modalidades

Constituye el siguiente supuesto típico: “Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieran a los funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que los empleados sobornados, menos la de inhabilitación”<sup>81</sup>. Sobre la justificación del art. 420 CP, GROIZARD señalaba: “El cohecho pertenece al género de los delitos, para cuya perpetración se exige la concurrencia por lo menos de dos personas. Para que un funcionario sea corrompido, es necesario que haya quien procure su corrupción. Sin la excitación ajena a faltar a los deberes funcionales por

---

<sup>78</sup> Art. 398 CP de 1870: “El cohecho por abstenerse el funcionario público de un acto, que se presenta cuando la dádiva recibida o prometida tuviere por objeto abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo”.

<sup>79</sup> Art. 401 CP de 1870: “El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, será castigado con la suspensión en sus grados mínimo y medio y reprensión pública”.

<sup>80</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., pág. 245.

<sup>81</sup> *Vid.* art. 420 CP de 1870.

estímulo de lucro, el delito no existiría. Ambos, el que entrega la dádiva o hace la promesa y el que la recibe o acepta, son causa de la existencia del hecho incriminado: los dos autores del delito ante la ley racional, lo son también ante las reglas generales de imputación que el Código contiene. El legislador no se ha contentado con esto y ha añadido aquí una disposición especial cuyo fin es evitar que en caso alguno deje de hacerse aplicación de aquella regla genérica a esta clase de hechos concretos”<sup>82</sup>.

### **E) Delito de cohecho en el Código penal de 1928**

Tras el golpe de Estado del General Primo de Rivera en 1923, asistimos a un nuevo régimen político en cuyo marco se aprueba el Código Penal de 1928. La doctrina critica que se trata de un Código con clara orientación de endurecimiento penal<sup>83</sup>, y el propio Colegio de Abogados de Madrid que llegó a pedir, en el año 1930, que se derogara y volviera a aplicarse el Código Penal del año 1870<sup>84</sup>. El Código de 1928 introduce el dualismo, que prevé no solamente penas, sino también medidas de seguridad que restringían la libertad del delincuente en función de su peligrosidad social. El Código mantiene la misma estructura en tres Libros, además de un Título Preliminar dedicado a la Ley penal y a su ámbito de aplicación. También regula el delito continuado, la tentativa imposible, el encubrimiento como delito autónomo y condena condicional<sup>85</sup>. Configura cuatro modalidades de cohecho pasivo:

---

<sup>82</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., pág. 251.

<sup>83</sup> Código Penal de 1928. Revista de ciencias jurídicas y sociales (Madrid), ISSN 1132-2578, Vol. 12, N.º. 49, 1929, págs. 590.

<sup>84</sup> El año 1930 en que los conocidos juristas y abogados D. Felipe SÁNCHEZ ROMÁN y D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA defendieron en una asamblea del Colegio de Abogados de Madrid la necesidad de dejar sin efecto el del Código Penal de 1928, conocido como “Código de Primo de Rivera”, y que fue aprobado por Real Decreto de 8 de septiembre de 1928. Su propuesta fue aprobada por mayoría del Colegio de Abogados de Madrid. La ponencia en cuestión afirmaba expresamente que “El Código penal gubernativo, impuesto por Real Decreto de 8 de septiembre de 1928, previo acuerdo del primer Consejo de ministros de la Dictadura, adolece, por esta sola razón, de ilegítima procedencia, del más rotundo vicio de ilegalidad”. Consulta en línea 2/12/2016 <https://lamemoriaviva.wordpress.com/tag/sentencias-y-fallos/page/9/>

<sup>85</sup> El Código de 1928 fue encomendado a Eugenio CUELLO CALÓN, Galo PONTE y Quintiliano SALDAÑA. Apartándose de la línea clásica y liberal, incorpora el principio de defensa social, lo que se traduce en la introducción del dualismo, que sitúa junto a las penas las medidas de seguridad. Introdujo por primera vez las medidas de seguridad, que restringían la libertad del

- El cohecho pasivo impropio que se comete por el funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimientos o promesas para ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo y que constituya delito<sup>86</sup>.

- El cohecho pasivo propio que se comete por el funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o el que aceptare ofrecimiento o promesas por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y que lo ejecutare<sup>87</sup>.

- El cohecho cometido cuando el “regalo” o dádiva, recibida o prometida tuviere por objeto abstenerse -el funcionario público- de un acto que debiere practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo<sup>88</sup>.

---

delincuente en función de su peligrosidad social y reguló el delito continuado, la tentativa imposible, la consideración del encubrimiento como delito autónomo, la condena condicional. Mantiene la misma estructura en tres libros más un título preliminar dedicado a la ley penal y a su esfera de aplicación. En la Parte especial se tipifican, entre otras nuevas figuras, la difamación, el chantaje y la usura. Consultada en línea 2/11/2016.

[http://www.unizar.es/departamentos/derecho\\_penal\\_fil\\_his/primer\\_segundociclo/documents/2D\\_Derecho\\_Penal\\_I.pdf](http://www.unizar.es/departamentos/derecho_penal_fil_his/primer_segundociclo/documents/2D_Derecho_Penal_I.pdf)

<sup>86</sup> Art. 468 CP de 1928: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimientos o promesas para ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito, será castigado con las penas de tres a ocho años de prisión, multa de 1.000 a 10.000 pesetas e inhabilitación especial de diez a treinta años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en virtud de la dádiva o promesa, si lo hubiere ejecutado”.

<sup>87</sup> Art. 469 CP de 1928: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesas por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya -delito, y que lo ejecutare, incurrirá en las penas de dos 9 seis años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

Si el acto injusto no llegare a ejecutarse, se impondrán las penas de uno a tres años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, y, en ambos casos, inhabilitación especial de ocho a veinte años.

Si la dádiva tuviera por objeto la consecución de un acto, no comprendido en los párrafos anteriores y que no deba ser remunerado; aunque sea justo, la pena que se imponga será de seis meses a un año de prisión, multa, de 1.000, a 3.000, pesetas e inhabilitación especial de dos a cuatro años”.

<sup>88</sup> Art. 470 CP de 1928: “Cuando la dádiva, recibida, o prometida tuviere por objeto abstenerse, el funcionario público, de un acto que debiere practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo, las penas serán de seis meses a dos años de prisión, multa de 1.000 a 3.600 pesetas e inhabilitación especial de cuanto a diez años”.

- El cohecho aparente que se comete por el funcionario público que, en consideración a su oficio, admitiese dádivas o regalos cuyo valor intrínseco realizable desvirtúe el carácter de ofrenda honorífica a sus servicios de índole general<sup>89</sup>.

- También aquí se agrega una cláusula según la cual, si las dádivas se hicieren no directamente a su persona, sino a la esposa, hijos, hermanos o afines del funcionario que vivan en su compañía o estén bajo su autoridad, se entenderá que existe delito a los efectos de este y anteriores artículos<sup>90</sup>.

No obstante, la existencia de una regulación más minuciosa del delito de cohecho en el CP de 1928, este cuerpo normativo no previó como cohecho el acto por el cual el funcionario público exige o solicita la dádiva, debiendo aplicarse a esta acción el delito de exacciones ilegales: “El funcionario público, que exigiere directa o indirectamente mayores derechos que los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado con la pena de multa de 1.000 a 10.000 pesetas”<sup>91</sup>.

Tipifica el cohecho activo en todas sus modalidades: “El que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas intentare corromper a un funcionario público, será castigado con las mismas penas menos la de inhabilitación que, en el caso de que el funcionario de, que se trate aceptare el soborno, corresponderían a éste. Si el soborno, fuere aceptado por el funcionario. Será penado solamente éste, aun cuando no hubiere llegado a percibir la dádiva, o no hubiere llegado a cumplirse el ofrecimiento, o promesa que le fueren hechos”<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Art. 472 CP de 1928 regula el cohecho aparente, que se comete por el funcionario público que en consideración a su oficio admitiese dádivas o regalos cuyo valor intrínseco, realizable desvirtúe el carácter de ofrenda honorífica a sus servicios de índole general.

<sup>90</sup> Art. 472 CP de 1928 agrega una cláusula, según la cual cuando los regalos se hicieren a la esposa, hijos, hermanos o afines del funcionario que vivan en su compañía o estén, bajo su autoridad, se entenderá que existe delito, para los efectos de éste y de los anteriores artículos.

<sup>91</sup> Art. 490 CP de 1928: “El funcionario público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos que los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado con la pena de multa de 1.000 a 10.000 pesetas”.

<sup>92</sup> Art. 473 CP de 1928: “El que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas intentare corromper a un funcionario público, será castigado con las mismas penas menos la de inhabilitación



El funcionario a quien se hiciera cualquier proposición que implique dádiva, presente, ofrecimiento o promesa para su corrupción, debía denunciar el acto a su jefe inmediato, o al Juez de instrucción, y a falta de éstos, al municipal o al funcionario fiscal más próximo. En caso de no hacerlo, aunque no haya llegado a aceptar el soborno, sería sancionado como encubridor del delito realizado por quien haya tratado de corromperle. A la inversa, cuando se solicita dádiva, presente, ofrecimiento o promesa por parte del funcionario público al cual se ha dirigido o ha de dirigirse, será penado como autor del delito de cohecho solamente el funcionario y, en su caso, el tercero de que se valiere; pero nunca las personas a quienes la proposición fuera dirigida, aunque haya sido aceptada y ejecutada en todo o en parte. Esta proposición - cuya génesis proviene del funcionario público, por sí o por tercera persona - era castigada con las penas que determinan los artículos anteriores de este Capítulo (art. 473 CP), según su naturaleza en relación con cada artículo.

Una vez que es revelada la acción al particular a quien las proposiciones descritas anteriormente se refieran, tendrá el deber de denunciar el hecho al jefe del funcionario de que se trate, el cual procederá inmediatamente a lo que haya lugar, o al Juez de instrucción o de funcionario del Ministerio fiscal más próximo. Si no lo hiciera incurrirá en las penas correspondientes a los encubridores del delito que el funcionario público hubiera realizado<sup>93</sup>.

También incluye una cláusula de atenuación de la responsabilidad, aplicable cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo, por parte de éste, de su cónyuge, de algún ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, por la que no se impondrá pena al sobornante y se impondrán al sobornado las penas que fija el artículo anterior<sup>94</sup>.

---

que, en el caso de que el funcionario de, que se trate aceptare el soborno, corresponderían a éste. Si el soborno, fuere aceptado por el funcionario. Sera penado solamente éste, aun cuando no hubiere llegado a percibir "la dádiva, o no hubiere llegado a cumplirse el ofrecimiento, o promesa que le fueren hechos".

<sup>93</sup> Art. 473 CP 1928: "El funcionario será castigado con las penas que determinan los artículos anteriores de este Capítulo, según la naturaleza de la proposición en relación con cada uno de dichos artículos".

<sup>94</sup> *Vid.* Art. 474 CP de 1928.

Finalmente, el Código sanciona el “cohecho del mediador”. Este tipo de cohecho se refería a los casos en que un tercero al funcionario fiscal, debía aparentar por ejemplo un crédito o influencias del estamento público, y de esta forma recibir o hacerse prometer dádivas por su mediación para la obtención de un fin favorable<sup>95</sup>.

Adicionalmente, tipificaba tres delitos relacionados con el cobro indebido de honorarios aplicables a los Abogados, Procuradores, mandatarios extrajudiciales, agentes de negocios o representantes de cualquier clase, en los artículos 477<sup>96</sup>, 478<sup>97</sup> y 479<sup>98</sup> del CP.

No obstante, la dureza punitiva que le caracteriza, el CP de 1928 introdujo el dualismo, estableciendo no sólo penas sino también medidas de seguridad, que restringían la libertad del delincuente en función de su peligrosidad social. El Código mantiene la misma estructura en tres Libros, además de un Título Preliminar dedicado a la Ley penal y a su ámbito de aplicación, y regula el delito continuado, la tentativa imposible, el encubrimiento como delito autónomo y condena condicional.

---

<sup>95</sup> Art. 476 CP de 1928: “El que, aparentando crédito, influencia relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquéllos dependa, será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 pesetas. Si el dinero o la cosa se reclamaren para corromper í) con el pretexto de remunerar al funcionario público, la pena de prisión se impondrá en el grado máximo y la multa podrá elevarse a 15.000 pesetas”.

<sup>96</sup> Art. 477 CP de 1928: “Los Abogados, procuradores, mandatarios extrajudiciales, agentes de negocios o representantes de cualquier clase, que exigieren remuneración o recibieren de su cliente alguna dádiva con el pretexto de obtener resolución favorable de cualquier funcionario público, o de pagar costas, derechos a remuneraciones indebidas, o en cuantía mayor que la procedente, serán castigados con las penas de seis meses a dos años de prisión, inhabilitación especial de dos años a seis y multa de 1.000 a 15,00,0 pesetas”.

<sup>97</sup> Art. 478 CP de 1928: “El Abogado o Procurador que celebrare con su cliente pacto de recibir como premio de sus trabajos una parte de la cosa litigiosa, o un premio cualquiera que dependa del éxito del negocio, será castigado con las penas de inhabilitación especial de cuatro -a diez años y multa de 2.000 a 10.000 pesetas”.

<sup>98</sup> Art. 479 CP de 1928: “El Abogado o Procurador de oficio que exigiere de sus defendidos una remuneración que las leyes no' permitan, será castigado con la pena de dos a cuatro años de inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.

## F) Delito de cohecho en el Código penal de 1932

Apenas veinticuatro horas después de proclamada la Segunda República del año 1931, el Gobierno Provisional derogó el Código penal de 1928, volviéndose al Código de 1870. Con fundamento en este último, se aprobó el Código penal de 1932, en cuya elaboración participaron grandes penalistas como Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, José ANTÓN ONECA y José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ. Se trata de un texto con una orientación humanitaria, que se manifiesta en la supresión de la pena de muerte, en la disminución del número de agravantes, en el aumento de las atenuantes, además en la introducción de la sordomudez y del trastorno mental transitorio como circunstancias eximentes<sup>99</sup>. Aunque este Código sólo tuvo una vigencia de poco más de una década, su importancia radica en que tipificaba el cohecho pasivo propio para la comisión de un delito<sup>100</sup>; también regulaba el cohecho pasivo propio por la ejecución de un acto injusto<sup>101</sup>; el cohecho pasivo propio para abstenerse de un acto en ejercicio de las funciones públicas<sup>102</sup>; el cohecho aparente<sup>103</sup>; el cohecho activo<sup>104</sup>; y agravado si es en una causa criminal<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, pág. 223.

<sup>100</sup> Art. 390 CP de 1932: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimientos o promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito, será castigado con las penas de presidio menor en su grado mínimo al medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por la dádiva o promesa, si lo hubiere ejecutado”.

<sup>101</sup> Art. 391 CP de 1932: “El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito que lo ejecutare, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva; si el acto injusto no llegare a ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva”.

<sup>102</sup> Art. 392 CP de 1932: “Cuando la dádiva recibida o prometida tuviere por objeto abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo, las penas serán las de arresto mayor en su grado medio al máximo y multa del tanto al triplo del valor de aquélla”.

<sup>103</sup> Art. 395 CP de 1932: “El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, será castigado con la suspensión en sus grados mínimo y medio y reprensión pública”.

<sup>104</sup> Art. 396 CP de 1932: “Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren a los funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que los empleados sobornados, menos la de inhabilitación”.

### **G) Delito de cohecho en el Código penal de 1944**

Este Código penal sancionaba el cohecho pasivo propio por la ejecución de un acto que constituya delito por medio del artículo 385 CP, que se refiere a cuando hubiese un ofrecimiento a un funcionario público para que dentro del ámbito de sus competencias pero que constituya un delito, ya sea que el ofrecimiento sea aceptado directamente por su persona o por intermedio de un tercero<sup>106</sup>. Al cumplirse los elementos del tipo, será castigado como autor de cohecho pasivo propio con las penas de presidio menor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa. Asimismo, sancionaba el cohecho pasivo propio por abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo, en el artículo 387 CP<sup>107</sup>.

Una modalidad de cohecho que sanciona este Código cubría tanto los eventos de cohecho pasivo impropio como los de cohecho aparente, en los artículos 390 y 391 CP: el primero se refería a la aceptación de dádiva, pero ahora por la ejecución, dentro de su ámbito de competencia de un acto justo pero que no traía aparejada una contraprestación económica se sancionaba con las penas de suspensión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas<sup>108</sup>; el segundo artículo se refería a los particulares que corrompieran, o intentaran corromper

---

<sup>105</sup> Art. 397 CP de 1932: “Cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge o de algún ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, sólo se impondrá al sobornante una multa equivalente al valor de la dádiva o promesa”.

<sup>106</sup> Art. 385 CP de 1944: “El funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, será castigado con las penas de presidio menor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.

<sup>107</sup> Art. 387 CP de 1944: “Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tuviere por objeto abstenerse el funcionario pública de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo, las penas serán las de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de aquélla. Art. 388. Lo dispuesto en los artículos precedentes tendrá aplicación a los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos o cualesquiera personas que desempeñaren una función pública”.

<sup>108</sup> Art. 390 CP de 1944: “El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido, será castigado con las penas de suspensión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.

al funcionario público, es decir requería el mero intento de corrupción para tenerse por consumado, o aceptaran las solicitudes de los funcionarios, y se sancionaba con las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación<sup>109</sup>: precepto recogido, con alguna modificación, en el texto de 1973.

El Tribunal Supremo señalaba tres características del delito de cohecho: “a) el delito de cohecho es un delito formal o de mera actividad que se perfecciona en cuanto el agente realiza la acción típica, con independencia de que se produzca o no el resultado finalísticamente perseguido; b) el objeto jurídico penalmente tutelado es la integridad del funcionario, por lo que se ha de entender que se produce la lesión del mismo, en cuanto se emite la declaración exteriorizada de la voluntad de corromperse o de corromper, (solicitud) del funcionario u ofrecimiento o promesa del particular), y c) el momento consumativo del delito es aquel en el que se produce la lesión del bien jurídico protegido, o sea, el acto demostrativo de la falta de honestidad del funcionario o de la intención del particular de corromperle o atentar a su integridad, siendo irrelevante para que la consumación se produzca el que tenga lugar o no la aceptación por parte de la persona a quien va dirigida la declaración de voluntad recepticia y cuya sola emisión constituye la actividad delictiva; que en caso de pacto o contrato ilícito, las partes cumplan o dejen de cumplir las prestaciones a las que respectivamente se hubiesen obligado como son la entrega de la dádiva o retribución indebida o la realización del acto o la omisión prometida y, por último, el que dicho acto u omisión entren o no dentro de las facultades o cometidos legalmente asignados al funcionario de que se trate, ya que basta tan sólo que tengan relación con el cargo y no resulten manifiestamente extrañas a él, en los supuestos de los arts. 385 y 386, ya que en el supuesto del 390 basta con que la entrega haya sido hecha en consideración al oficio, como así lo ha declarado esta Sala, entre otras, en SS de 21 noviembre 1945, 8 julio 1946, 22 junio 1948, 30 enero 1950, 26 enero y 15 marzo 1961 y 22 diciembre 1969”<sup>110</sup>. Adicionalmente el TS estimó

---

<sup>109</sup> Art. 391 CP de 1944: “Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, o aceptaren sus solicitudes, serán castigados con las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación”.

<sup>110</sup> STS 16-11-1979. ROJ 1979/4504. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL. Fecha: 16/11/1979. Tipo Resolución: Sentencia.

necesario: “1º que el sujeto activo del delito sea funcionario público; 2º que solicite o reciba dádiva, presente, o aceptare ofrecimiento o promesa; 3º que lo haga para ejecutar un acto relativo al ejercicio del cargo que sea delito”<sup>111</sup>.

También el TS se refirió a la diferencia entre el cohecho activo y el cohecho pasivo: “El cohecho pasivo, cuya comisión corre a cargo del funcionario, y la de cohecho activo, en que puede entrar en juego la acción ilícita de un particular, destacándose como características esenciales de ambas la de que se trata de un delito formal, que encuentra su acción consumativa en cuanto el agente logra la realización de la acción típica, aun cuando no se haya producido en todos sus efectos el resultado proyectado, y que basta la declaración de voluntad de corromper o corromperse, aun cuando la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa no se hubieren aceptado, unido al dolo específico de corrupción del funcionario”<sup>112</sup>.

El TS también sostenía que el cohecho no es un delito bilateral: “la doctrina mayoritariamente hoy día entiende que, aunque para cometer el delito de cohecho se requiere la intervención de más de una persona, no puede reputarse como un delito bilateral que requiere el acuerdo de voluntades, pues se debe entender cometido el delito en grado de consumación en cuanto se atenta al bien jurídico protegido de la confianza de los ciudadanos en la correcta administración de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, de modo que la lesión y, en consecuencia, la consumación se ha de reputar producida, en cuanto se hace la petición o se recibe la dádiva, como condición para omitir el cumplimiento del deber, o en cuanto se ofrece con la misma finalidad”<sup>113</sup>.

## H) Delito de cohecho en el Código penal de 1995

---

<sup>111</sup> STS ROJ 4597/ 1981 Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José HIJAS PALACIOS. Recurso: de fecha 07/04/1981. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>112</sup> STS 16.XI.1981. ROJ 4799/1981. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan LATOUR BROTONS. Nº Recurso: Fecha: 16/11/1981. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>113</sup> STS ROJ 27/1993. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid -- Sección:1. Ponente: Manuel GARCIA MIGUEL. Nº Recurso: 2347/1989. Fecha: 18/01/1993. Tipo Resolución: Sentencia. Delito unilateral.

El Código penal de 1995 en la regulación de los delitos de cohecho, como se ha señalado, presenta las siguientes novedades: una más clara ordenación y gradación de las conductas de cohecho pasivo propio<sup>114</sup>; la introducción de una nueva figura de cohecho pasivo impropio en el art. 425.1 CP, manteniendo la clásica y menos grave del art. 426 CP; la tipificación del llamado cohecho pasivo subsiguiente; la ruptura de la anterior equiparación en penas del particular al funcionario en el cohecho activo, estableciéndose ahora una pena menor para el particular que se limite a atender las solicitudes constitutivas de cohecho de autoridades o funcionarios (art. 423.2 CP); y la introducción de una exención de pena al particular que, en determinados casos y con determinados requisitos, denuncie haber accedido a la solicitud constitutiva de cohecho de una autoridad o funcionario público (art. 427 CP) .

Sobre el objeto de tutela jurídica en el delito de cohecho, se ha entendido<sup>115</sup> que el bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho es el desempeño objetivo y no venal de la función pública, incompatible con la corrupción de sus funcionarios que se da cuando ejercitan sus funciones en atención a las recompensas solicitadas, entregadas u ofrecidas (así, también STS 2025/2001, de 29-10); y sobre la naturaleza jurídica del cohecho<sup>116</sup>, que constituye un delito unilateral, a lo menos en algunos casos, y que además es un ilícito de mera actividad, que se consuma por la simple solicitud u

---

<sup>114</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El delito de tráfico de influencias, en delitos contra la Administración pública*, en ASÚA BATARRITA (coord.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 161.

<sup>115</sup> *Vid.* STS N° 2025/2001. ROJ 8381/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMENEZ VILLAREJO. N° Recurso: 4302/1999 -- Fecha: 29/10/2001. Tipo Resolución: Sentencia. Citada por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 916.

<sup>116</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 916 y 917.

ofrecimiento de la dádiva<sup>117</sup>. Así se deduce expresamente del texto legal y de la doctrina jurisprudencial (*Vid.* la STS 1114/2000<sup>118</sup>, de 12-6).

En lo relativo a la competencia, el Tribunal del Jurado sería competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los arts. 419 a 426, de conformidad con lo establecido en la DF 2ª que modifica el art. 1.2 LOTJ: “La solicitud, recepción o aceptación han de tener lugar “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”, es decir, deben ser el motivo de la actuación proyectada contraria a los deberes inherentes al cargo. Así, la STS 1391/03, 14-11<sup>119</sup> mantiene la condena a un inspector de Hacienda que solicita y obtiene 60 millones de pesetas a cambio de falsificar actas de inspección de determinada empresa y así ocultar el fraude tributario”<sup>120</sup>.

Las acciones de cohecho pueden consistir en tres tipos, la de accionar, la de omitir y finalmente la de retrasar injustificadamente, sin perjuicio de tener presente que, al ser un delito de simple actividad, no requiere que efectivamente se produzca la acción, omisión o retraso. Por el contrario, si se lleva a cabo dará lugar, en su caso, a un concurso de delitos, como establece expresamente el precepto *in fine* al decir “sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> La dádiva es entendida, en sentido amplio, como regalo, retribución, contraprestación, recompensa, etc.

<sup>118</sup> *Vid.* STS 1114/2000. ROJ. 4985/2000. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Enrique ABAD FERNÁNDEZ, N° Recurso: 444/1999. Fecha: 19/06/2000. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>119</sup> STS 1391/2003. ROJ 7184/2003. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Ramón SORIANO SORIANO, N° Recurso: 1094/2002. Fecha: 14/11/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>120</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 918.

<sup>121</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 919.



Se puede apreciar que las modificaciones introducidas por el CP de 1995 han venido a confirmar una nueva orientación en el tratamiento de estos delitos relacionados al cohecho, pese a lo cual subsisten algunos de los inconvenientes denunciados por la doctrina en esta materia, y algunas de las reformas introducidas plantean problemas como el cambio de rúbrica, así como el nuevo contenido de las conductas delictivas incluidas en el Título XIX, que abren la posibilidad de examinar los delitos contra la Administración pública desde una nueva perspectiva. En sentido crítico, RODRÍGUEZ PUERTA<sup>122</sup> manifiesta que la nueva orientación “o tendencia garantista” de los principios inspiradores del Derecho penal<sup>123</sup> permite abordar el estatuto penal de la Administración desde parámetros más adecuados al modelo de Estado constitucionalmente definido<sup>124</sup>.

Si bien el CP de 1995 conserva algunas alusiones aisladas a la infracción de deberes, ha terminado con la estructura de las fases del cargo público (esto es, posesión, desarrollo y abandono), eliminando la tipificación penal, o cambiando el alcance de múltiples conductas punibles:

- Se despenalizaron las dos conductas que tenían relación directa con el incumplimiento de deberes para ingresar en la Administración Pública, como son: el negarse a desempeñar un cargo público de elección popular y el ejercicio de funciones públicas sin haber prestado el juramento y la fianza correspondientes.

- Se despenalizaron conductas punibles tales como la malversación culposa y la malversación por aplicación oficial diferente, que estaban más centradas en la infracción de deberes de custodia o de seguir las normas presupuestarias. Aunque algunos autores<sup>125</sup> entienden que esta conducta ya se

---

<sup>122</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed., 04/1999, pág. 38.

<sup>123</sup> Opinión incorporada por el doctorando.

<sup>124</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 38.

<sup>125</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, T.II, 1ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 331, quien estima en relación al art. 424.3 que la “la dificultad de interpretación radica en la defectuosidad de la descripción de la norma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP, que alude a la actuación

encuentra tipificada en el 424 del CP, otros<sup>126</sup> estiman que no lo está, toda vez que el art. 397 de los CP de 1944 y de 1973 exigían que la aplicación se realizara a fines públicos.

- En una tercera instancia, se despenalizaron las conductas relacionadas con el abandono del cargo público, y la conducta de continuar ejerciendo el cargo después de haber sido cesado de la función pública y el abandonar el cargo sin que se haya aceptado la renuncia.

#### **IV.- Síntesis de la reforma del delito de cohecho por LO 5/2010**

La reforma del CP de 1995 por LO 5/2010 siguió la misma tendencia respecto al delito de cohecho pasivo propio, e incluyó en el art. 419 CP el elemento “para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”. Por la doctrina<sup>127</sup> y la jurisprudencia<sup>128</sup> se ha entendido que se mantiene la concepción de 1995 respecto a que “el 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. El instrumento del delito de cohecho es, en la reforma de 2010, una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, ofrecimiento o promesa. Según la doctrina tradicional del TS, podían tener,

---

conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario en relación con un procedimiento de contratación, subvención, etc.”

<sup>126</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, en VV.AA., *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca, 2001, pág. 84.

<sup>127</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 916 y 917.

<sup>128</sup> *Vid.* STS N° 2025/2001. ROJ 8381/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO, N° Recurso: 4302/1999. Fecha: 29/10/2001. Tipo Resolución: Sentencia; STS N° 1114/2002 ROJ 4287/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Miguel COLMENERO MENÁNDEZ DE LUARCA, N° Recurso: 863/2001. Fecha: 12/06/2002. Tipo Resolución: Sentencia. STS N° 2052/2001. ROJ 8687/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, N° Recurso: 3782/1999. Fecha: 07/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

tanto un contenido directo económico como de otro tipo, como una ventaja o provecho o utilidad, pero susceptible de evaluación económica”<sup>129</sup>.

## A) **Modificaciones en los tipos de cohecho por la reforma de 2010**

### 1. **Cohecho pasivo propio**

El artículo 419 CP se refiere a la materia en comentario<sup>130</sup>. Al respecto una de las relevantes modificaciones es la referida al cohecho pasivo propio, al que el art. 419.1 impone la sanción más gravosa<sup>131</sup>. El tipo penal se perfecciona cuando el funcionario solicite o reciba una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o decida acceder al ofrecimiento o promesa de otra persona para cometer en el ejercicio de su cargo un acto contrario a las obligaciones inherentes al mismo o bien para no ejecutar o demorar injustificadamente el que debiera practicar. La conducta típica engloba tanto comportamientos pasivos como activos, por un lado la aceptación o recepción de la contra prestación, y por otro el requerimiento de la contraprestación<sup>132</sup>.

Se trata de un delito especial propio, en que el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena en que sólo puede ser aplicable al sujeto activo expresamente indicado en la norma, sin perjuicio que un *extraneus* sea sancionado por un tipo general que englobe la conducta descrita para el autor

---

<sup>129</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 917.

<sup>130</sup> Art. 419 CP de 1995: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.

<sup>131</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 917.

<sup>132</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, T. II., 1ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 322.

especial<sup>133</sup>, o bien por participación, “así el inductor, el intermediario o persona interpuesta, y quienes realizan toda clase de actos de participación en el delito de cohecho, en cuyo caso es de aplicación el art. 65.3, pudiendo los jueces imponer la pena inferior en grado (STS 782/2005, de 10-6)”<sup>134</sup>.

La conducta típica abarca tres modalidades de comportamiento: la primera es la conducta pasiva del funcionario que recibe una contraprestación, favor o dádiva, las que pueden ser de cualquier clase (susceptible de apreciación económica), con la peculiaridad de que debe ser suficiente para producir un efecto en el cohechado<sup>135</sup>, al tratarse de la demanda de una entrega a futuro que realiza el cohechador; la segunda es la conducta activa del funcionario público que requiere o solicita contraprestación económica integrada por la retribución, favor o dádiva, para que dentro de la esfera de sus atribuciones infringiendo los deberes de su cargo realice una acción u omisión<sup>136</sup>, a través de algo inmaterial como un ofrecimiento o promesa desprovistos de actual contenido tangible; la tercera comprende, por una parte, la aceptación, ofrecimiento o promesa y, por otra, la asunción de efectuar un acto que lesiona los deberes del cargo, no efectuando el funcionario la acción de aceptar ni de pedir, sino que se limita a aceptar algo de valor patrimonial<sup>137</sup>.

El cohecho pasivo impropio, para realizar un acto propio de su cargo, es previsto en el art. 420 CP<sup>138</sup>, y el cohecho activo, para que no realice o retrase

---

<sup>133</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducido por Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, 338.

<sup>134</sup> STS 782/2005. ROJ 3745/2005. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Luis Román PUERTA LUIS, N° Recurso: 2535/2003. Fecha: 10/06/2005. Tipo Resolución: Sentencia. Citada por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 917.

<sup>135</sup> *Vid.* la naturaleza de ser única o múltiple la contraprestación en el cohecho de facilitación.

<sup>136</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, T. II, 1ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 322.

<sup>137</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, T. II, 1ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 323.

<sup>138</sup> Art. 420 CP de 1995: “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

el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, en el art. 424 CP<sup>139</sup>. No solamente se excluyeron las conductas imprudentes contra la Administración Pública que establecía el CP de 1995 vigente, sino que además ya no basta con el dolo para su comisión, sino que en múltiples casos se requiere además una finalidad que va más allá del mismo.

La LO 5/2010 realizó un incremento relevante de las sanciones<sup>140</sup>, adaptando el CP a la normativa del Convenio Penal sobre la Corrupción de la Unión Europea<sup>141</sup>, entre otros Instrumentos internacionales<sup>142</sup>. Sobre el aumento de penas, se ha entendido que la verdadera razón de la reforma al delito de cohecho ha sido el informe de evaluación, llevado a cabo por el GRECO el 15 de mayo de 2009 sobre la situación de la corrupción en España que recomienda el aumento de penas aplicables a esta conducta punible<sup>143</sup>, y en el mismo sentido señalándose que algunos de los aumentos punitivos no se realizaron tomando en consideración las penas aplicables a los delitos contra la Administración pública, por lo cual se atenta contra el principio de proporcionalidad<sup>144</sup>, y a mayor abundamiento que tanto el incremento de

---

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”.

<sup>139</sup> Vid. Art. 424 CP de 1995.

<sup>140</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, T. II, Tecnos, Madrid, año 2011, pág. 325; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1161; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Delitos contra la Administración pública*, en VV.AA. (Coordinador: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, ediciones Atelier, Barcelona, 2011, pág. 335.

<sup>141</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1212; POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 582.

<sup>142</sup> Dentro de estas convenciones se encuentran: el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (STE N° 173) de 27 de enero de 1999, el Protocolo Adicional (STE N° 191) al mencionado Convenio, de 15 de mayo de 2003, el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 y por supuesto la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

<sup>143</sup> MIR PUIG, Santiago (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 917.

<sup>144</sup> MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 1213. / Vid. capítulo y apartado sobre proporcionalidad.

penas como el cambio de modelo tradicional en la tipificación del delito de cohecho en España merecerían una mayor justificación<sup>145</sup>.

Sin perjuicio de la discusión referida a la motivación del legislador para introducir en la normativa penal un aumento de las sanciones, es necesario hacer presente que la sistemática utilizada en todo el Capítulo dedicado al cohecho fue claramente simplificada, mejorándose la redacción y eliminándose la casuística<sup>146</sup>. Asimismo, se ha determinado la responsabilidad del particular corruptor, pues el art. 424 CP sanciona a los particulares en los mismos supuestos y con las mismas penas que a los funcionarios en aquellos casos de cohecho impropio y de cohecho propio tal como sucedía antes del CP de 1995, considerando que el desvalor del particular es menor que el del funcionario, titular inicial del deber de imparcialidad<sup>147</sup>. De esta manera, el particular corruptor que ofrece el cambio de manos de objeto evaluable pecuniariamente al funcionario público no responde como partícipe en el ilícito tipificado para el funcionario de los arts. 419 o 420, sino que responde por la figura autónoma de los arts. 424 y 425 del CP<sup>148</sup>.

El art. 119 de la LO 5/2010 unificó la tipificación del delito de cohecho pasivo impropio, en el art. 419 del CP<sup>149</sup>. Esto significa que se sanciona la

---

<sup>145</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El tratamiento de la corrupción en el proyecto de reforma del Código penal de 2007*, en ARANGÜENA FANEGO, Coral / SANZ MORÁN, Ángel José (Coord.), *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 180.

<sup>146</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Modificaciones en materia de cohecho*, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, op., cit., pág. 467; QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1160.

<sup>147</sup> MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edic., pág. 1213.

<sup>148</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, T. II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 325.

<sup>149</sup> Art. 119 LO 5/2010, que modificó el art. 419 CP, con la siguiente redacción: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”.

solicitud o recepción de dádiva o presente o aceptare dádiva, favor o retribución de cualquier clase con la finalidad de realizar un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar<sup>150</sup>.

La modificación de 2010 no establece un tratamiento especial para el cohecho para la comisión de un delito, situación completamente justificada, pues la propia norma antes y después de su modificación señala que se responderá autónomamente por el acto realizado, por lo que no tiene justificación la sanción del desvalor adicional. En síntesis, las penas de los arts. 419 y 420 CP se aplicarán, por expresa disposición del art. 421 CP, al funcionario público por la realización de las conductas señaladas, que a su vez engloba la comisión de un acto constitutivo de delito<sup>151</sup>.

Por otro lado, respecto a la punibilidad el art. 419 del CP introduce una modificación en la pena aplicable por la comisión del delito de cohecho, pues se aumenta el mínimo de tres a seis años y la multa deja de depender del valor de la dádiva y se fija entre doce y veinticuatro meses, y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años<sup>152</sup>.

La LO 5/2010 reemplaza la palabra “presente” por la de “favor o retribución de cualquier clase”, situación que se enfatiza porque el soborno puede presentarse a través de cualquier beneficio. Al respecto se pretende cumplir con el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, ampliando el ámbito de punición al utilizarse la expresión retribución de cualquier clase, lo que es criticado<sup>153</sup>.

## 2. Cohecho pasivo impropio

---

<sup>150</sup> POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 583.

<sup>151</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, T. II, op. cit., pág. 326.

<sup>152</sup> *Vid.* Art. 419 CP de 1995 (modificado por LO 5/2010).

<sup>153</sup> RAMOS RUBIO, Carlos, *El delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos contra la Administración pública*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2010, op., pág. 345.

El art. 120 CP de la LO 5/2010 modificó el artículo 420 del CP, que pasa a regular el cohecho pasivo impropio, es decir, el realizado para ejecutar un acto propio de su cargo<sup>154</sup>. Por otro lado, siguiendo una tendencia internacional, la pena pasa de ser de multa a la prisión de dos a cuatro años y la multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de tres a siete años.

En el art. 420 CP, el regalo objeto de la “dáviva” o “retribución” no puede ser de carácter puramente simbólico, sino que, por el contrario, y teniendo presente el factor situacional, las características del “presente”, la condición del funcionario, etc., debe necesariamente tener una cierta entidad patrimonial, quedando fuera los obsequios con un carácter patrimonial nimio, o carente de relevancia económica<sup>155</sup>.

### 3. Cohecho subsiguiente o consecuente

El art. 121 de la LO 5/210 modificó el art. 421 CP, contemplando ahora el cohecho subsiguiente<sup>156</sup>, frente al cual se aplicará la misma del cohecho pasivo, razón por la cual en todos los casos la pena pasa a ser de prisión, dependiendo la duración de la misma de si se comete bajo la modalidad propia o impropia<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> Art. 120 LO 05/2010: Se modifica el art. 420 CP, con la siguiente redacción: “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”.

<sup>155</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, T. II, op. cit., pág. 328.

<sup>156</sup> *Vid.*, sobre la nomenclatura de cohecho subsiguiente o consecuente, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid 2011, págs. 958 y sgts.; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios*, en Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, op. cit., pág. 04.9.

<sup>157</sup> Art. 121 LO 5/2010: Se modifica el art. 421 CP, que tendrá la siguiente redacción: “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 cohecho pasivo, razón por la cual,



#### 4. Cohecho impropio de facilitación

El art. 122 de la LO 5/2010 modificó el artículo 422 CP, que pasa a regular ahora el cohecho impropio clásico, es decir, el realizado en consideración a su cargo o función pero no directamente para la realización o abstención de un acto específico<sup>158</sup>. En este caso, la pena deja de ser la de multa y se establece prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años. Adicionalmente, esta norma penal elimina la alusión al cohecho por acto no prohibido legalmente, que había generado confusiones en la distinción del cohecho por acto propio de las funciones.

La reforma del CP de 2010 conserva la extensión de responsabilidad en los delitos de cohecho pasivo aplicable a jurados, árbitros, peritos, interventores, administradores y cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública<sup>159</sup>, agregando los administradores e interventores designados judicialmente. Extensión punitiva que es cuestionada por diversos autores<sup>160</sup>, a modo de ejemplo se pueden citar las certeras alusiones que al respecto hace el profesor POLAINO NAVARRETE, para quien mediante esta disposición los particulares quedan incluidos ilegítimamente en la esfera de la función pública, en virtud de una intervención ocasional en la misma<sup>161</sup>.

---

en todos los casos la pena pasa a ser de prisión, dependiendo la duración de la misma de si se comete bajo la modalidad propia o impropia”.

<sup>158</sup> Art. 122 LO 5/2010. Se modifica el art. 422 CP, que tendrá la siguiente redacción: “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”.

<sup>159</sup> Art. 123 LO 5/2010: Se modifica el art. 423 CP, que tendrá la siguiente redacción: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.

<sup>160</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, ob. cit., pág. 583; MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, ob. cit., pág. 1213; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., págs. 328 a 331.

<sup>161</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pág. 330.

## 5. Cohecho activo del particular

Las modificaciones de la LO 5/2010 permiten sancionar las conductas cometidas por los funcionarios de la UE o los Estados de otro Estado miembro de la misma Unión<sup>162</sup>. También la LO 5/2010 reforma el art. 424 CP, tipificando ahora el delito de cohecho activo del particular<sup>163</sup>, con las siguientes modificaciones:

- El delito pasa de ser común a cualificado, pues ya no se utiliza la expresión el que, sino que se hace referencia al particular, lo cual no se ha considerado<sup>164</sup> del todo adecuado, pues existen múltiples eventos en los cuales un funcionario público puede sobornar a otro servidor público, bien sea a través de recursos propios o mediante recursos de la Administración pública, supuesto en el cual residualmente habrá que aplicar el delito de tráfico de influencias de servidor público<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.) *Estudios sobre las reformas del Código penal*, op. cit., pág. 583.

<sup>163</sup> Art. 124 LO 05/2010. Se modifica el art. 424, que tendrá la siguiente redacción: “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”.

<sup>164</sup> MORALES PRATS, Fermín / ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dirs.), en VV.AA., *Comentarios a la reforma penal del año 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 467 y 468.

<sup>165</sup> MORALES PRATS, Fermín / ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dirs.), en VV.AA., *Comentarios a la reforma penal del año 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 468.

- La acción del cohecho activo pasa de ser corromper o intentar corromper por la de ofrecer o entregar dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, modificación que mejora la técnica legislativa en este delito, pues las expresiones corromper o intentar corromper pueden dar lugar a múltiples interpretaciones<sup>166</sup>.

- Respecto al *quantum* sancionatorio, las penas aplicables son las mismas aplicables al cohecho pasivo, lo cual implica su aumento, pues como ya se señaló estas últimas fueron elevadas<sup>167</sup>.

- Se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la conducta punible de cohecho activo, que no se aplica a empresas públicas, a los partidos políticos o sindicatos<sup>168</sup>. Sin embargo, esta alusión exclusiva de los partidos y sindicatos se ha suprimido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre (art. único).

Adicionalmente, si el delito se presenta en un proceso de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, también podrán imponerse las penas de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, 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<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 1244.

<sup>167</sup> POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, op. cit., pág. 583; MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 1212.

<sup>168</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 1252.

<sup>169</sup> POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, op. cit., pág. 583; MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 1212.

Se consagra una modalidad especial de cohecho activo cometido en el ámbito de un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, caso en el cual el particular corrompe al funcionario a quien corresponde la decisión de la adjudicación o a quien pueda facilitarla. Sobre esta situación, se ha señalado que la responsabilidad de la persona jurídica es de carácter subsidiario a la del representante legal<sup>170</sup>.

El art. 125 de la LO 5/2010, que modifica el artículo 425 del CP, contempla la atenuación de la pena en aquellos supuestos en los cuales el soborno se presente en una causa criminal 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<sup>171</sup>. Esta modalidad atenuada ya se encontraba contemplada en el artículo 424 del CP, pero solamente se preveía frente a la misma la pena de multa, mientras que en la reforma la pena es de seis meses a un año de prisión. Por último, se consagra la exención de la pena para quien habiendo accedido a pagar un soborno denuncie los hechos ante las autoridades<sup>172</sup>.

## **B) Excusa absolutoria**

El art. 426 se modificó aumentando el plazo para denunciar los hechos de diez días a dos meses, lo cual puede facilitar la aplicación de esta disposición, pues de acuerdo a la situación diez días pueden ser un periodo de

---

<sup>170</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 332.

<sup>171</sup> Art. 125 LO 05/2010, que modifica el artículo 425 CP, con la siguiente redacción: “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”.

<sup>172</sup> Art. 126 LO 5/2010, que modifica el art. 426 CP, con la siguiente redacción: “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”.

tiempo muy corto<sup>173</sup>, aunque lo ideal hubiera sido no hacer referencia al tiempo<sup>174</sup>.

Al respecto, se ha señalado que ya el propio CGPJ -con referencia al texto del Anteproyecto 2008- fijaba un breve plazo de los 10 días para denunciar por parte del particular al funcionario público, e hizo notar lo inútil de este instrumento de política criminal y la necesidad de señalar un plazo más extenso para favorecer las denuncias de corrupción, asumida la realidad de que existe una relevante cifra oculta, o, conjunta o alternativamente, la necesidad de articular un instrumento similar al previsto para otras formas de delincuencia muy graves, como el terrorismo (art. 579.3 CP 1995) y el tráfico de drogas (art. 376 CP 1995), con exigencias de conductas activas de colaboración con la Administración de Justicia y sin condicionantes temporales tan estrictos ni la exigencia de la presentación de una denuncia<sup>175</sup>.

Se advierte que la única forma de luchar efectivamente contra la corrupción es “facilitar sistemas que favorezcan la «delación» por parte de funcionarios y particulares”<sup>176</sup>. Respecto de esta causa de exclusión de la responsabilidad, la expresión “espontánea” exige que la misma no se aplique cuando el particular ha tenido la iniciativa frente al soborno, es decir, cuando ha ofrecido o entregado la dádiva<sup>177</sup>, si bien desafortunadamente este mecanismo ha tenido una aplicación muy restringida, pues el GRECO solamente menciona un caso, contemplado por una STS de Madrid de 2006<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, op. cit., pág. 583; MORALES PRATS, Fermín, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., págs. 1247 a 1248.

<sup>174</sup> MORALES PRATS, Fermín, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 1249.

<sup>175</sup> RAMOS RUBIO, Carlos, *El delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos contra la Administración pública*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2010, pág. 350.

<sup>176</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 472.

<sup>177</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Delitos contra la Administración pública*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 342.

<sup>178</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Delitos contra la Administración pública*, en SILVA SÁNCHEZ, J-Mª., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 342.

Tal causa de exclusión de la responsabilidad penal exige cinco requisitos: a) que se haya cometido un cohecho activo; b) que el mismo haya sido netamente ocasional; c) que se denuncie el hecho a autoridad que tenga el deber de proceder a la averiguación; d) que la denuncia se haya realizado hasta dos meses después de la ocurrencia de los hechos; e) que la misma se presente antes de la apertura de procedimiento. En caso de falta de alguno de los anteriores requisitos solamente se podrá aplicar la rebaja por confesión<sup>179</sup>.

Hay que detenerse brevemente en la exigencia del carácter ocasional del cohecho. Respecto del carácter ocasional, POLAINO NAVARRETE interpreta, que, al ser ocasional, naturalmente no puede entenderse reiterativo, y señala que no se podrá excluir la responsabilidad si previamente se ha cometido otro delito de cohecho<sup>180</sup>. De otra parte, se ha señalado que la exclusión operaría incluso si se ha iniciado la investigación mediante una diligencia preliminar o investigativa del Ministerio Fiscal, siempre y cuando el denunciante no hubiere conocido la existencia de la misma<sup>181</sup>. A nuestro juicio y siguiendo a los mismos autores, si bien la reforma contiene un gran avance respecto de la legislación anterior, desaprovechó la oportunidad para realizar una delimitación más concreta entre los delitos de cohecho y tráfico de influencias.

### **C) Disposiciones relativas a las sanciones penales**

Se establece una previsión especial en materia de libertad condicional, la que podrá denegarse cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado. Con ello se pretende que los condenados a penas privativas de libertad por delitos contra la Administración pública cuando se haya acreditado una sustracción de fondos públicos o un daño económico a la Administración, no puedan acceder al

---

<sup>179</sup> MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, op. cit., pág. 929.

<sup>180</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pág. 333.

<sup>181</sup> MORALES PRATS, Fermín, en VV.AA., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 1248.

beneficio de la libertad condicional si no han procedido a la correspondiente reparación económica.

La reforma de la LO 1/2015 revisó las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas previstas, aumentando las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público, en el delito de cohecho, entre otros, agregando la obligación de aplicación de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Siguiendo el mismo orden de ideas, con la última reforma los nuevos arts. 419 y 420 del CP exhiben un aumento en el banda de aplicación de penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público, a lo que se acrecienta con la imposición adicional obligatoria de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y alcanza únicamente al que se ostenta al cometer el delito. En el caso del art. 419 del CP el periodo de duración de ambas inhabilitaciones va desde nueve a doce años y en el caso del art. 420 de cinco a nueve años. La pena de inhabilitación para desempeño de empleo o cargo público y la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena (arts. 39 y 42 del CP)<sup>182</sup>. De este modo, se impide que el condenado por el delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo. Así se ha establecido, entre otros, en los delitos de cohecho, prevaricación de funcionario público o tráfico de influencias. Además, se amplían los plazos de prescripción en los supuestos más graves en los que se prevé que la inhabilitación tenga una duración máxima de al menos diez años. Se ha discutido<sup>183</sup> si la reforma de

---

<sup>182</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1118 y 1119.

<sup>183</sup> *Vid.* VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (director), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1116: “Sin embargo, todo apunta a que la tesis defendida de simplificación de los tipos de cohecho para eliminar dificultades probatorias solo ha tenido acogida en la tipificación del cohecho activo para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales descrito en el art. 286 ter por cuanto esta modalidad de cohecho queda equiparado en la pena privativa de libertad para el supuesto más grave de cohecho pasivo descrito en el art. 419 del CP”.

2015, busca la simplificación de los tipos de cohecho para eliminar dificultades probatorias, lo que solo ha tenido acogida en la tipificación del cohecho activo para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales descrito en el art. 286 *ter* CP<sup>184</sup>, por cuanto esta modalidad de cohecho queda equiparado en la pena privativa de libertad para el supuesto más grave de cohecho pasivo descrito en el art. 419 CP. Asimismo el 286 *ter* CP mantiene los términos empleados en los Convenios internacionales de “ventaja o beneficio indebido”. A diferencia del cohecho impropio se sigue insistiendo en la solicitud de dádiva o retribución de cualquier clase.

#### **D) Comiso y decomiso ampliado por LO 1/2015**

En este punto veremos algunas normas complementarias al delito de cohecho, que con la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio del año 2015, según establece la disposición final de la citada Ley Orgánica<sup>185</sup>. Asimismo, las modificaciones incorporadas por la LO 2/2015, de 30 de marzo, también entran en vigor el 1 de julio del año 2015, según establece su disposición final<sup>186</sup>. Como norma complementaria podemos citar el artículo referido al comiso ampliado del artículo 127 bis del CP<sup>187</sup>. Como es

---

<sup>184</sup> Artículo 286 *ter* CP: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidamente, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 42”.

<sup>185</sup> Ref. BOE-A-2015-3439. [www.boe.es](http://www.boe.es)

<sup>186</sup> Ref. BOE-A-2015-3440. [www.boe.es](http://www.boe.es)

<sup>187</sup> Artículo 127 bis del CP: “1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes



sabido, el decomiso ampliado fue introducido en nuestro ordenamiento por la LO 1/2015 para determinados delitos como terrorismo y organizaciones criminales, así se daba cumplimiento a la decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo<sup>188</sup>. En aquella ocasión el legislador nacional excedió las disposiciones de obligada incorporación e idéntico proceder se mantiene ahora respecto de la Directiva europea 2014/42/UE<sup>189</sup>, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE<sup>190</sup>.

El decomiso ampliado se caracteriza precisamente porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. En otras palabras, es una institución procesal por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento

---

delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: a) Delitos de trata de seres humanos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264. d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia. e) Delitos relativos a las insolvencias punibles. f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. g) Delitos de corrupción en los negocios. h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298. i) Delitos de blanqueo de capitales. j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313. l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373. n) Delitos de falsificación de moneda. o) Delitos de cohecho. p) Delitos de malversación. q) Delitos de terrorismo. r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”.

<sup>188</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

<sup>189</sup> DIRECTIVA 2014/42/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

<sup>190</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, op. cit., págs. 376 y sgts.

tiene una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a figuras como el enriquecimiento injusto, y con la concreción en el ordenamiento del artículo 127 *bis* CP<sup>191</sup> se viene a introducir esta institución para los delitos de cohecho.

## **V.- Breve descripción del delito de cohecho en el Código Penal de Chile**

### **A) Sistema legal de incriminación del delito de cohecho**

El delito de cohecho lo encontramos regulado en el CP de la República de Chile, en los párrafos 9° y 9° bis, Título V, que trata “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, del Libro Segundo, referido a “Crímenes y simples delitos y sus penas”<sup>192</sup>. No ahondaremos en demasía en este tema, mencionado el articulado respectivo y la última modificación legislativa del art. 251 *bis* del CPCH. El delito de cohecho, referido en el párrafo 9 del CPCH<sup>193</sup>, es regulado en los artículos 248, 248 bis, 249, 250, 250 bis, 251, 251 bis y 251 ter.

---

<sup>191</sup> Artículo 127 *bis*, introducido por el número sesenta y dos del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

<sup>192</sup> Código Penal Chileno, promulgado en Santiago, noviembre 12 de 1874, última Modificación: 21-ABR-2015 Ley 20.830 Crea el acuerdo de unión civil y modifica normas del CP.

<sup>193</sup> Art. 248 CP: “El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados”.

Art. 248 bis CP: “El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente”.

Art. 249 CP: “El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial

---

perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triple del provecho solicitado o aceptado.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado media”.

Art. 250 CP: “El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última”.

Art. 250 bis CP: “En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 o 248 bis que mediare en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme a las disposiciones antes mencionadas”.

Art. 251 CP: “Los bienes recibidos por el empleado público caerán siempre en comiso.

En el caso del artículo 249 y del artículo 250, inciso segundo, para la aplicación de las penas de suspensión o inhabilitación que correspondieren en calidad de accesorias a penas privativas de libertad se estará a las siguientes reglas:

1º Si las penas accesorias fueren más graves que las establecidas en el artículo 249, serán impuestas las primeras, en su grado máximo, y

2º Si las penas establecidas en el artículo 249 fueren más graves que las penas accesorias, serán impuestas aquéllas en toda la extensión que no sea inferior al grado máximo de las accesorias”.

Título 9 bis. Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros

Artículo 251 bis: “El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas”.

La preocupación del legislador chileno referido a la corrupción en el sector público, se denota especialmente con la dictación de la ley N° 19.645, publicada en el Diario Oficial del 11 de diciembre del año 1999, que, básicamente introdujo una serie de modificaciones en el título V del libro II del Código Penal. La propia denominación con que esta Ley fue publicada (“Ley N° 19.645. Modifica disposiciones del Código penal que sancionan delitos de corrupción”) demuestra que para el legislador el problema de la corrupción se centra en el ámbito público, dado que sólo se hicieron cambios en la regulación de los delitos cometidos por empleados públicos. Además, esta Ley tuvo como importante antecedente la Convención Interamericana Contra la Corrupción<sup>194</sup>. En el Art. VI de la Convención se mencionan los actos de corrupción a los que será aplicable aquélla, con la particularidad de ser realizados por funcionarios públicos, lo que confirma la señalada tesis<sup>195</sup>.

---

Artículo 251 ter CP: “Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados”.

<sup>194</sup> Adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso Nacional en septiembre de 1998 y promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1879, del 29 de octubre de 1998, que se publicó en el Diario Oficial de fecha 2 de febrero de 1999. Accesible en la página web siguiente: <http://www.bcn.cl>. Consultada el día 26.VIII.2016.

<sup>195</sup> Art. VI de la Convención Interamericana contra la corrupción: Artículo VI. Actos de Corrupción.

“1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

Referido al carácter del delito de cohecho en Chile, ha sido tradicional la postura que sostiene que el delito de cohecho posee carácter bilateral<sup>196</sup>. Sin embargo, las afirmaciones doctrinales hechas en este sentido se formularon antes de la promulgación de la Ley N° 19.645<sup>197</sup>, en un momento en que la regulación legal del cohecho presentaba una estructura bilateral. A partir de la reforma introducida por esta Ley. En cambio, para apreciar un delito de cohecho de funcionario dejó de ser necesario que existiera un acuerdo entre éste y un particular, bastando su sola solicitud de algún beneficio económico, aunque no fuese aceptada. Del mismo modo, para estimar concurrente un delito de cohecho de un particular ya no es imprescindible que su ofrecimiento fuera aceptado por el funcionario, bastando el solo hecho de ofrecerle un beneficio económico. En consecuencia, el delito de cohecho, atendida su actual regulación en el CPCH, tiene naturaleza unilateral.

Dentro de las modificaciones importantes ocurridas al delito de cohecho en la legislación chilena en el último tiempo, encontramos la Ley N° 19.645, norma que planteó la posibilidad de incorporar la definición de cohecho del funcionario público extranjero al art. 260 CPCH, a continuación de la fórmula definitoria de empleado público contenida en esta disposición. Sin embargo, esta idea fue desechada, porque se estimó mejor darle la ubicación que tuvo,

---

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella”.

<sup>196</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis / OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 325, citando a ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, Parte especial*, T. IV, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976, pág. 252; LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal, Parte especial*, T. II, Ed. Jurídica de Chilena, Santiago, 1983, pág. 91.

<sup>197</sup> Ley 19645, pública en el diario oficial de Chile el 11-12-1999, y cuya promulgación se efectuó el 02-12-1999, que Modifica Disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción.

tendido que el único caso en que se emplea la expresión “funcionario público extranjero” es precisamente el contemplado en el art. 250 *bis* A. CPCH.

La sanción penal depende de cuál es la concreta conducta realizada, de entre las que, alternativamente, contemplan ambos incisos del art. 250 *bis*. CPCH<sup>198</sup>. En cambio, para quien consiente en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice o por haber realizado una acción o para que incurra o por haber incurrido en una omisión, con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, se contemplan las penas de reclusión menor en su grado mínimo, además de las penas de multa e inhabilitación señaladas.

La razón de ser de esta distinta forma de castigar las conductas descritas está en el diferente grado de reproche que se estima que poseen. Por su parte el Ministerio de Justicia de Chile estima que no tienen la misma gravedad, el comportamiento consistente en ofrecer beneficios económicos a un funcionario para que éste se aparte del cumplimiento de sus deberes, y el actuar que se traduce sólo en consentir en dar al funcionario público el beneficio económico que éste ha pedido, cediendo ante su presión<sup>199</sup>. Finalmente, el 6 de abril del año 2009 mediante la dictación de la Ley 20.341, promulgada 16 de abril de 2009, y que se publica el mismo año, el día 22 de

---

<sup>198</sup> Art. 250 *bis*: así, para quien ofrece dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice o por haber realizado una acción o para que incurra o por haber incurrido en una omisión, con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, se prevén las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, multa del tanto al duplo del provecho ofrecido e inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados.

<sup>199</sup> Exposición en ese sentido, de parte de los abogados de la División jurídica del Ministerio de Justicia, Francisco Maldonado Fuentes y Fernando Londoño Martínez, ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, frente a una consulta del diputado Juan Bustos Ramírez acerca de la razón de la diferencia de penalidad entre ambas situaciones. Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 347<sup>a</sup>, Ordinaria, sesión 11<sup>a</sup>, martes 2 de julio de 2002, pág. 133*. Esta consideración fue también tenida en cuenta para modificar la penalidad en el delito de cohecho activo, sustituyendo la redacción del art. 250 del Código Penal.

abril, en sus artículos 6° y 7°<sup>200</sup>, que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública.

El delito de cohecho del funcionario público internacional, contenido en el Libro II, Título V Párrafo 9 bis, arts. 251 bis a 251 ter. Existen modificaciones por la citada ley 20.341, que en especial vino a modernizar la legislación referida al cohecho del funcionario público internacional, dentro de lo más relevante podemos citar:

El Art. 250 bis A del CPOCH exige que haya una relación causal entre el beneficio económico o de otra naturaleza ofrecido o percibió por el funcionario público extranjero y la ventaja que obtiene el que ofrece, da o promete el beneficio. Además, sanciona sólo la obtención de ventajas que sean indebidas, porque parte de la base de que la legislación de los distintos países puede contemplar ventajas debidas, lícitas o legales, caso en que no hay delito.

El Art. 251 ter del CPOCH establece que funcionario público extranjero es “toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o una empresa pública”. Agrega que para efectos penales, se entenderá que enviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

En el segundo artículo de la Ley N° 20.341 se pretendió realizar una modificación al Código Orgánico de Tribunales en el sentido de agregar al numeral segundo del artículo sexto de dicho Código –que trata sobre los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República de Chile que son sometidos a la jurisdicción chilena– un inciso segundo que contemplara el delito de cohecho de funcionario público extranjero. Esto lleva a concluir que, la jurisdicción de los tribunales nacionales en caso que parte de la ejecución del cohecho a funcionario público extranjero acaezca en Chile,

---

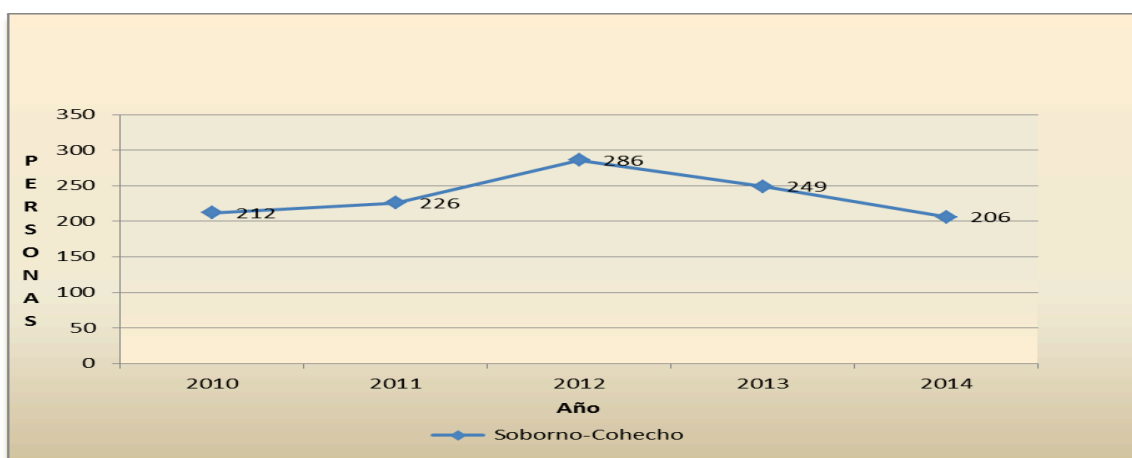
<sup>200</sup> El Art. 6) de Ley 20.341 deroga los artículos 250 bis A y 250 bis B, que regulaban el cohecho de funcionario público internacional, y el Art. 7) Intercala a continuación del artículo 251, el epígrafe, nuevo 9 bis, sobre cohecho de funcionarios públicos extranjeros.

emana de los artículos 5 y 157 del mencionado cuerpo legal, y respecto del cohecho a funcionario público extranjero, cuando este sea cometido por un chileno o por un residente habitual en Chile, se aplicará la excepción al principio de territorialidad contemplado en el nuevo inciso segundo del numeral 2 del artículo 6 del Código penal.

No obstante, la abundante y detallada regulación del tipo penal, atendida claramente su relevancia en el devenir del desarrollo social de un país pequeño como es Chile, su relevancia cuantitativa en la totalidad del abanico de ilícito cometido es mínima, de esta forma podemos ver como su incidencia no pasa por su cantidad, sino por la afectación social de estas conductas.

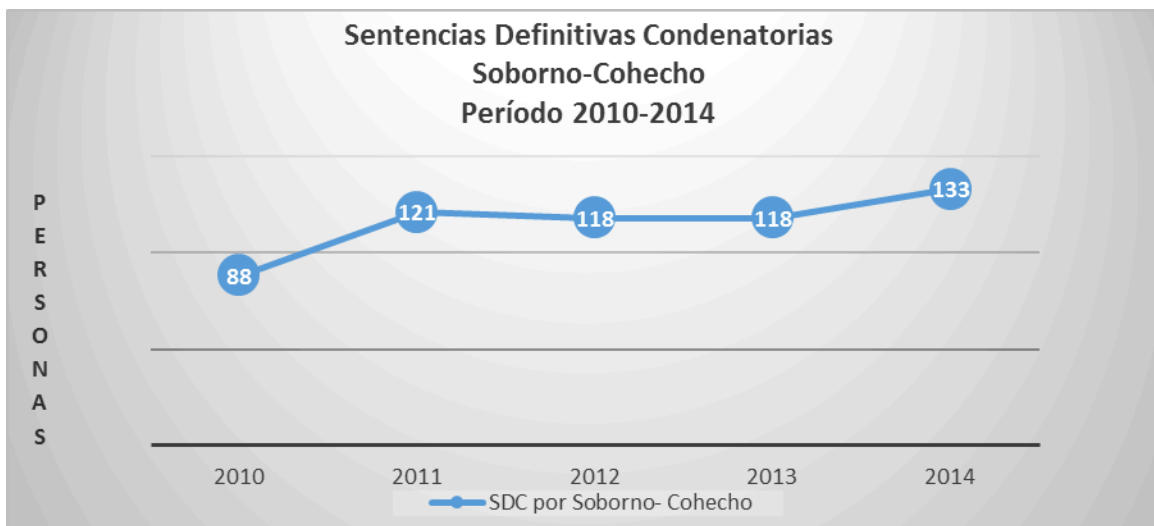
A fin de respaldar lo previamente expuesto se expondrá una breve información estadística de personas naturales formalizadas sentencias definitivas condenatorias en el periodo 2010-2014, así como las salidas alternativas de suspensión condicional en el período de 2006-2014, en relación a los delitos de soborno y cohecho, en un universo de aproximadamente diecisiete millones de personas<sup>201</sup>.

Grafico total de personas investigadas por el delito de cohecho-soborno:



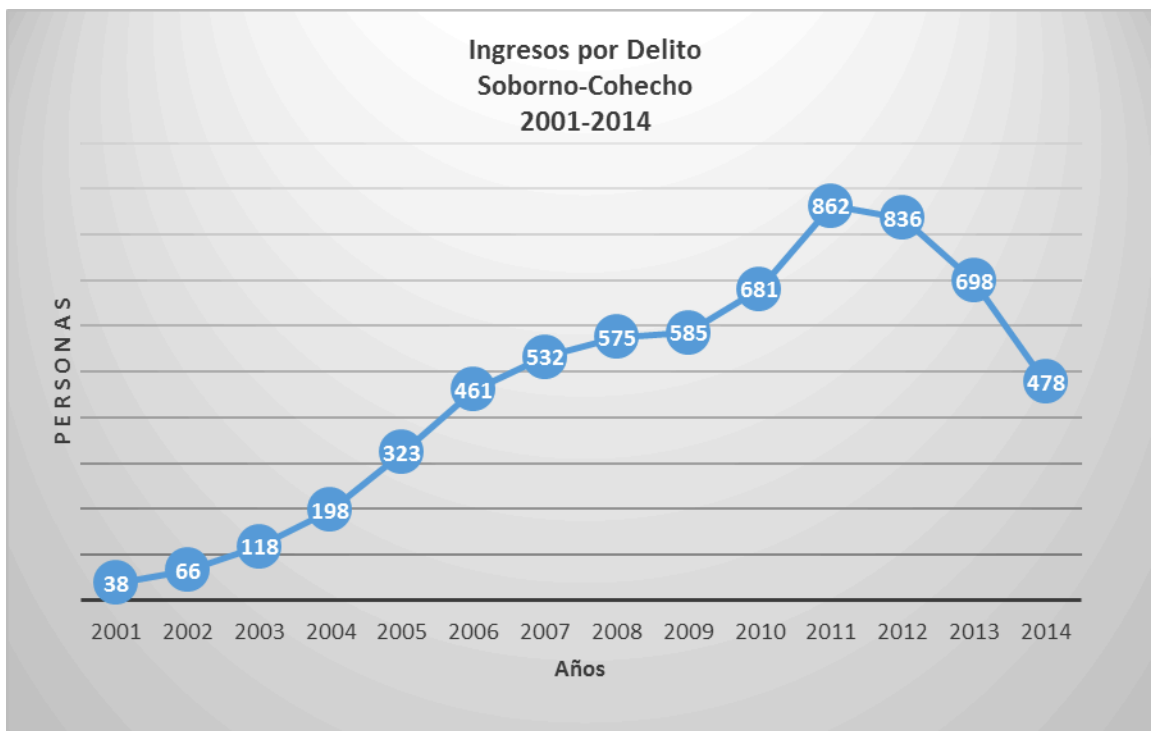
<sup>201</sup> Fuente Fiscalía Nacional de Ministerio Público de Chile, unidad anticorrupción, informe estadístico año 2015, Biblioteca de la Fiscalía Nacional.





\*SDC Sentencia definitiva condenatoria





## B) Problemática del llamado micro-cohecho

Un tema interesante que ahondaremos en este apartado, es relativo al supuesto del micro-cohecho, tanto desde un punto de vista doctrinario como jurisprudencial, al que podríamos denominar “cohecho hormiga<sup>202</sup>”. Si bien la naturaleza jurídica no difiere de las clasificaciones tradicionales, el cohecho hormiga, se refiere a los delitos en que los montos transados son ínfimos, pero que no obstante, y aunque existe un “bajo daño al erario público”, este tipo de forma de comisión dada su explosiva expansión, puede llegar a destruir las bases de la Sociedad, al ir minando la confianza pública en determinados agentes públicos, a modo ejemplar podemos citar el caso, del ciudadano que es controlado por la policía de tráfico, y entrega una cifra de dinero para no ser

<sup>202</sup> Cohecho hormiga, concepto acuñado por el suscrito, que busca diferenciar los cohechos de ínfimos montos como, es el caso del cohecho de agente de tránsito o cohecho del funcionario de sanidad etc., de los cohechos de gran relevancia económica y social.

infracionado. Vemos que esta agrupación de delitos pareciera de un daño menor al caso particular, pero al generalizarse estas conductas, la peligrosidad es evidente en la pérdida de confianza en las autoridades, lo que acarrea a corto y mediano plazo desconfianza generalizada en las instituciones públicas.

En general, la corrupción tiene lugar de forma cotidiana en los servicios públicos, en el contacto entre funcionarios y usuarios del servicio. Consiste en el pago de pequeños sobornos con el objeto de obtener ciertas ventajas indebidas, por ejemplo, brindar atención de salud o un beneficio social a una persona que no cumple los requisitos para recibirlo. Es difícil trazar en la práctica la distinción entre la corrupción menor y los pagos de facilitación, aunque teóricamente en el primer caso, se trata de la obtención de una ventaja indebida, mientras que en el segundo caso, se trata de acelerar una prestación a la que legalmente sí se tiene derecho. Lamentablemente sobre el tema existe muy escaso tratamiento, y tampoco hay cifras oficiales confiables, pudiendo extraer algunos antecedentes de las fuentes del Ministerio Fiscal<sup>203</sup> o de las policías, pero atendido a que no siempre se clasifican las conductas típicas como cohechos, sino que conducen a otras figuras penales por funcionarios que acogen las denuncias, por lo expuesto es que siempre las cifras sobre cohecho serán poco fiables los datos y cifras que podamos encontrar. No obstante, nuestra posición de la necesidad de existencia de adecuadas normas de persecución, juzgamientos, y el adecuado establecimiento de sanciones penales a los intervinientes del delito de cohecho sean corruptores o corruptos alcanza a unos y otros, en el caso del cohecho hormiga, respecto del que es adecuada la aplicación de fuertes sanciones administrativas y pecuniarias, y no así altas puniciones penales.

Diversos elementos permiten determinar si estamos ante un cohecho menor. Al ser el cohecho pasivo impropio, es la modalidad menor del cohecho pasivo, tratándose de un delito de cohecho “menor” ya que con él parece no comprometerse directamente la imparcialidad del funcionario público; otro elemento diferenciador es que en determinadas ocasiones se manifiesta más como conducta generalmente admitida por los usos sociales que una

---

<sup>203</sup> Boletín estadístico de delitos del año 2014. Biblioteca de la Fiscalía Nacional Chilena.

modalidad de corrupción pública; otro antecedente es la dificultad que genera la delimitación del alcance de dicho precepto cuando se trata de evaluar la relevancia típica de acciones que están en una difícil frontera entre módulos sociales admitidos, cortesía del funcionario con los ciudadanos que le quieren agradecer su hacer y el carácter punitivo de tales comportamientos. Así, algunos supuestos recientes ponen de manifiesto semejante situación: STS 362/2008, de 11 de junio; guardias civiles que acuden asiduamente a club de alterne sin abonar las consumiciones ni los servicios sexuales recibidos<sup>204</sup>.

Si bien a nuestro entender el bien jurídico en el cohecho es unívoco<sup>205</sup>, tanto para grandes o pequeños cohechos, estimo que la sanción restrictiva de libertad no puede ni debe ser idéntica, incluso atendido a principios discutibles como el de insignificancia. Una fuerte sanción administrativa, especialmente la separación del cargo público para el funcionario, sanciones pecuniarias al particular, prohibiciones de contratación con el estado en todas sus formas e incluso multa, se erigen como más adecuado al daño efectuado o en peligro de efectuarse. Serían a nuestro entender un camino a explorar legislativamente.

## CAPÍTULO II

### ACCIÓN TÍPICA DE COHECHO

#### I.- Planteamiento

#### A) Premisas dogmáticas del tipo de cohecho

---

<sup>204</sup> Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, págs. 954 sigs.

<sup>205</sup> Vid. capítulo referido al bien jurídico.

La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal<sup>206</sup>. Por su referencia al Derecho vigente y por sus métodos, se diferencia de la Historia del Derecho penal y del Derecho penal comparado, pero también de la Política criminal, cuyo objeto no lo constituye el Derecho como es sino como debería ser en cuanto a una adecuada disposición para sus fines. La teoría del hecho punible, denominada también teoría general del delito, mediante abstracción de los tipos concretos de la Parte especial, abarca los presupuestos generales de la acción punible. La dogmática de la teoría del delito es la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte general.

La dogmática jurídica de la Parte general del Derecho penal no obedece a los mismos principios que la de la Parte especial, pues esta última está al servicio de la protección de bienes jurídicos y contiene normas de conducta, mientras que la Parte general se compone especialmente de reglas de validez y de imputación. Uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema del Derecho penal. Un “sistema” es, por decirlo con las conocidas formulaciones de KANT, “la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea”, un “todo del conocimiento ordenado según principios”. Por tanto, la dogmática jurídico-penal no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un “todo ordenado” y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión interna de los dogmas concretos. Ello suena algo abstracto, y radica en la naturaleza de las cosas el hecho de que sólo es posible hacer comprensible en toda su extensión el contenido y significación del sistema del Derecho penal mediante su exposición (y no “de entrada”). Sin embargo, cabe lograr ya la medida mínima de perspectiva que es aquí necesaria, mediante un esbozo de panorámica, ilustrada con ejemplos, sobre las categorías básicas del

---

<sup>206</sup> Dogma es un vocablo griego que significa “opinión”, “disposición”, “proposición doctrinal”. La dogmática es la Ciencia de los dogmas, en ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pág. 192.

sistema del Derecho penal y sus problemas, a partir de los cuales posteriormente se desarrollará en detalles la teoría del hecho punible<sup>207</sup>.

Se han descrito<sup>208</sup> de modo sintético las ventajas del pensamiento dogmático: “La dogmática jurídico-penal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales”, invocándose el peligro de que la decisión jurídica del caso se convierta en una “cuestión de lotería”: “Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un Derecho penal”.

La dogmática penal se ocupará de la delimitación del bien jurídico protegido en el tipo de delito de cohecho, y en especial de la determinación de los elementos que han llevado al legislador a agrupar ciertas figuras delictivas, contribuyendo decisivamente a la interpretación de las mismas. El objeto de tutela del cohecho ha de cumplir dos condiciones: por un lado, ser el mismo común al de los delitos contra la Administración Pública y, por otro, ser el máximo común de todas las conductas de cohecho, incurriéndose en una pésima estrategia si lo que se busca, más allá de encasillamiento de conducta delictivas, es poner de manifiesto el interés tutelado que legitima la intervención del *lus puniendi* del Estado a través del Derecho penal<sup>209</sup>.

La jurisprudencia reciente ha optado por identificar un bien jurídico amplio que engloba tanto las conductas de cohecho del funcionario público

---

<sup>207</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducido por Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 193.

<sup>208</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura*, op. cit., pág. 207, citando a GIMBERNAT ORDEIG, en ZStW 82 (1970), 405 sgts. [*Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, 106; N. del T.].

<sup>209</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pág. 381.

como del particular. Así en la SAP de Sevilla de 2012<sup>210</sup> se afirma que “la moderna corriente doctrinal pone el énfasis, en cuanto al bien jurídico protegido, en la necesidad de perseguir con instrumentos penales todas las actividades que revelen la corrupción de los funcionarios públicos y que ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. En esta línea de unificabilidad, tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, propio e impropio, constituyen manifestaciones de esta lacra social de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración Pública y que socava o mina la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho”.

## **B) Problemática de la ubicación del tipo penal**

La ubicación del cohecho entre los Delitos contra la Administración Pública pareciera indicar que el bien jurídico inicialmente protegido es la Administración Pública, si bien la tipificación legal se dirige a proteger diversos bienes jurídicos, como el correcto funcionamiento de la Administración, el orden socioeconómico, la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales, en suma, el normal funcionamiento de la administración pública y organizaciones internacionales, así como la transparencia frente a la corrupción de autoridades o funcionarios extranjeros u organizaciones internacionales, y la imparcialidad en el cumplimiento de las obligaciones de tales funcionarios<sup>211</sup>.

El Prólogo de la LO 5/2010, por la que se reforman los tipos penales de cohecho, tiene base principal en los Acuerdos fundamentales europeos de lucha contra la corrupción, por lo que conviene, además de las modificaciones de los tipos internos, extender dichos supuestos a los funcionario de la UE y de sus Estados miembros que realicen semejantes actos de corrupción, y esto es lo que pretende el nuevo art. 427.1 del CP, al señalar que todo lo dispuesto

---

<sup>210</sup> SAP Sevilla. Nº 16/2012, ROJ 2716/2012. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Tribunal Jurado. Municipio: Sevilla. Sección: 100. Nº Recurso: 8232/2011. Fecha: 06/11/2012. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>211</sup> SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, 6ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2001, págs. 780 y 781.

en los artículos precedentes será también de aplicación cuando los hechos sean imputados o afecten a dichos funcionarios<sup>212</sup>.

El art. 427 CP, modificado por LO 1/2015, establece: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública. Podemos ver que no está fundamentación entregada para la modificación a esta nueva codificación con la incorporación de tipos penales nuevos, no es únicamente de actualizar la legislación vigente, sino que darle un contenido al injusto, que permita abarcar tanto el desempeño funcionario interno como externo.

Lo expuesto engloba tanto el cohecho pasivo, al que está originariamente dirigida la redacción, como al activo, es decir, al particular que corrompe o acepta la corrupción de alguno de estos funcionarios. Por eso parece correcta la ubicación sistemática que fija el legislador y no tanto la posición doctrinal que lo estudia dentro del cohecho pasivo, como si exclusivamente se tratara de una forma de él<sup>213</sup>.

En este sentido se ha intentado apreciar un elemento engarzador de todos los tipos legales, fundamentado en el posible abuso que pudieran cometer los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones<sup>214</sup>. Otros

---

<sup>212</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo / DEL ROSAL BLASCO Bernardo / GONZÁLEZ RUS, Juan José / PERIS RIERA, Jaime / SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José / OLMEDO CARDENETE, Miguel / BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid 2011, op. cit., pág. 964.

<sup>213</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal*, op. cit., pág. 964.

<sup>214</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionario*, Editorial Aranzadi, 1999, pág. 26, citando a PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal comentado y concordado*, Tomo I, Madrid 1881, op. cit., pág. 394.



autores colocan el acento en la idea de abuso de poder, como elemento común a los delitos cometidos por funcionarios públicos, destacando como consecuencias derivadas de la conducta abusiva por parte del funcionario el desprestigio de las leyes y las autoridades<sup>215</sup>. o en la imprescindible condición del sujeto activo al que incumbían especiales obligaciones<sup>216</sup>. El criterio de la cualidad del autor de funcionario público no es bastante para la sistemática unificación de estos delitos, que pueden ser cometidos tanto por funcionarios como por quienes no ostentan esta cualidad, lo que llevó a apreciar el concepto de deberes del cargo, producto de la relación que une al funcionario público con el órgano en que se integra<sup>217</sup>.

Antes de la reforma del año 2010, cuando se incorporaron nuevas tipologías de cohecho internacional, la ubicación sistemática del Título que contiene los delitos contra la Administración Pública cohecho pareciera indicar que el bien jurídico protegido en el tipo de cohecho era la

---

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 26, citando a GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. IV, Salamanca 1881, ob. cit., págs. 73 a 76.

<sup>216</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., Editorial Aranzadi, 1999, pág. 26, citando a VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, op. cit., pág. 532.

<sup>217</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., Editorial Aranzadi, 1999, pág. 27. Señala que esta problemática fue propuesta por primera vez por JASO (en RODRÍGUEZ MUÑOZ / JASO ROLDÁN / RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal II, Parte especial*, Madrid 1949, pág. 192), quien considera fundamental para la explicación de este Título la infracción del deber. Nos encontramos, afirma este autor, en presencias de infracciones disciplinarias elevadas a la categoría de delitos, por lo que el posible menoscabo de otros bienes jurídicos pasaría a ocupar, en estos casos, un segundo plano, a diferencia de lo que ocurre en aquellos otros delitos cometidos por funcionarios. Por su parte, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS (en *Comentarios al Código penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1996, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2ª edición, puesta al día por Enrique GIMBERNAT, Madrid, 1972 pág. 557) entendió que todos los delitos del Título examinado poseían una naturaleza profesional o administrativa y en su mayoría constituían infidelidades del funcionario al servicio que le estaban encomendado. En la misma dirección, Federico PUIG PEÑA (en *Derecho penal*, 5ª edición, t. III, *Parte especial*, vol. I, Barcelona, 1959, págs. 319 y 320) destacó que “lo que califica a estos delitos es el hecho de que todos ellos suponen una falta personal del funcionario”. También Antonio FERRER SAMA (en *Comentarios al Código penal*, t. IV, 1ª ed., Madrid, 1956 págs. 319 y 320) se refirió al quebrantamiento de los deberes profesionales como elemento común a todos ellos, no obstante mostrarse partidario de unificar todas estas figuras, incluidos los delitos contra la Administración de justicia, bajo un único Título, cuya rúbrica debiera ser la de “Delitos contra la Administración pública en general”. En síntesis, estos autores caracterizaron los delitos previstos en este Título a partir de la infracción de los deberes propios del cargo, lo que les condujo a situar el núcleo del injusto en la lesión del principio de autoridad o en el prestigio de la Administración.

Administración Pública. En las reformas lo que se hacía fundamentalmente era ampliar los posibles sujetos que podían ser corrompidos. En este sentido, se argumentaba que la inclusión de este tipo delictivo se dirigía a proteger diversos bienes jurídicos: en primer lugar, el correcto funcionamiento de la Administración y, en segundo término, el orden socio-económico, en particular, la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales. Con todo, dada la afinidad de esta conducta con los delitos de cohecho, se entendía conveniente insertarla entre los mismos, aunque se reconocía que no existía identidad total del bien jurídico protegido<sup>218</sup>.

Para determinar la forma en que se ubican sistemáticamente los tipos penales, se debe tener presente que legislador penal, una vez tomada la decisión de tipificar una conducta, es autónomo para determinar la ubicación del tipo dentro del Código. Esta discrecionalidad de sistematización puede perfectamente estar basada en criterios desvinculados del bien jurídico, como la calidad del sujeto activo, la ubicación geográfica, área social en que preferentemente se determine una actividad ilícita en particular, pudiendo mencionar los delitos relativos al resguardo fronterizo aduanas etc., y ante esta aparente discrecionalidad el legislador no es o no debiera gozar de una autonomía absoluta en la concreción, ampliación y ubicación de tipología penal atendido a que se encuentra o debiera encontrarse de manera omnipresente principios inspiradores del Derecho penal<sup>219</sup>.

La conducta típica no se debe analizar desde su ubicación sistemática dentro del Código, sino desde los elementos típicos que la perfilan, intentando observar especialmente aquellos que constituyen el núcleo esencial del ilícito y no tanto los que, de manera más contingente, sirven sólo para discriminar una mayor o menor gravedad de la conducta.

---

<sup>218</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis / BLANCO CORDERO, Isidoro, *Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales*, en “Revista de Ciencias Penales”, vol. 4, 2001-2002, op. cit., págs. 10 a 11.

<sup>219</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 381.

Sin perjuicio de la distinción entre cohecho activo y pasivo, que emana del texto de la ley, debemos tener presente que la expresión “cohecho pasivo” no sólo se utiliza para aludir al que comete el funcionario público y la locución “cohecho activo” no sólo para hacer referencia al que realiza el particular. Esta determinación expresa la calificación más tradicional y usada por los autores<sup>220</sup>, que distingue entre el cohecho activo y cohecho pasivo desde el punto de vista del sujeto activo del ilícito penal: por una parte, la expresión cohecho activo es utilizada para referirse a la conducta del particular que corrompe al funcionario público, y la expresión cohecho pasivo para hacer referencia al funcionario público que se deja corromper<sup>221</sup>.

La adopción de esta nomenclatura tuvo una explicación histórica, pues hasta la reforma de 1944 sólo se sancionaba a título de cohecho al funcionario que recibía o aceptaba dádivas, y al particular que las ofrecía<sup>222</sup>. En otras palabras, se castigaba una conducta pasiva del funcionario y una activa del particular. Así las cosas, no había ningún obstáculo para denominar cohecho pasivo al que cometía el empleado y cohecho activo al que realizaba el particular, sin que hasta la fecha se hiciese un distingo legal del funcionario-solicitante. Tras la reforma del 44, se tipificó como cohecho del funcionario una conducta activa, consistente en solicitar dádivas o presentes, y como cohecho del particular una conducta pasiva, consistente en aceptar dar dádivas o presentes solicitados por el funcionario. Como se comprenderá, a partir de entonces perdió sentido la nomenclatura utilizada, toda vez que no parece correcto usar la expresión cohecho activo para aludir a una conducta pasiva de un particular, y la expresión cohecho pasivo para hacer referencia a un comportamiento activo de un funcionario<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, op. cit., págs. 191 y sigts.

<sup>221</sup> LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio ZENTENO VARGAS, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, op. cit., pág. 90.

<sup>222</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)*, en “Revista General de Derecho”, junio 1994, op. cit., págs. 6519 y sigts.

<sup>223</sup> CASAS BARQUERO, Enrique, “Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas”, en *Estudios Penales*.

Por las razones expuestas, es más acorde con la realidad jurídico-penal actual emplear las denominaciones de cohecho del funcionario público y cohecho del particular, distinguiendo en uno y otro caso entre comportamientos activos y pasivos. Así, habría cohecho activo del empleado público y cohecho pasivo de éste, cohecho activo del particular y cohecho pasivo de éste. Sin perjuicio de ello, a veces, se continúa usando<sup>224</sup> la terminología antigua.

## **II.- Tipología legal**

### **A) Cohecho pasivo propio antecedente (art. 419 CP)**

El cohecho pasivo es realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta la dádiva, retribución, presente ofrecimiento o promesa. En este apartado haremos una breve síntesis de los tipos de cohecho descritos en el capítulo V, Título XIX del Libro II, del CP modificado por LO 1/2015.

Como se ha indicado<sup>225</sup>, el cohecho es el tipo penal más extenso de los que tipifican contra la Administración pública, estimándose que el dato de ser el delito con un mayor tratamiento es un indicador de la trascendencia que el legislador penal otorga a la corrupción que está en la base de esta infracción, y que consiste en la venalidad del funcionario público o autoridad, esto es, en su disposición a aceptar o solicitar dinero, bienes o servicios, con motivo, o en relación con el desempeño de la función pública a ellos encomendada. La LO 5/2010 reconfiguró profundamente la regulación de este delito, de suerte que los bienes o servicios pueden ser cualquier naturaleza, y no sólo económica.

La expresión dádiva o presente fue sustituida en el artículo 419 del CP por la de dádiva, favor o retribución de cualquier clase o la aceptación de

---

*Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Antón Oneca*, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 655 y sgts.

<sup>224</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, Ediciones Universidad de Talca, Talca, año 2001, op. cit., págs. 202 y sgts.

<sup>225</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen y VV.AA., *Delitos. La Parte especial*, op. cit., pág. 745.

ofrecimiento o promesa. Sobre este punto una reciente sentencia del TS<sup>226</sup> ratifica que es suficiente la solicitud del funcionario o la aceptación por parte de éste de ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. No es preciso que se ejecute precisamente esa acción u omisión, para la consumación del delito.

Al referirnos al cohecho antecedente, estamos aludiendo a aquel cohecho en que el beneficio económico se solicita, se ofrece, se acepta o se consiente en dar para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público<sup>227</sup>. En cambio, la expresión cohecho subsiguiente hace referencia a los casos en que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario<sup>228</sup>.

El artículo 421 del Código penal establece que las penas señaladas en artículo 419 al 420 serán aplicables 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.

---

<sup>226</sup> Sentencia N<sup>o</sup> 771/2015 del TS, Sala 2<sup>a</sup>, de lo Penal, 2 de diciembre de 2015. Considerando Segundo, apartado 3<sup>o</sup>, que afirma: “(...) Inalterados los hechos que el Tribunal ha declarado probados, de los mismos resulta una conducta que, sin dificultad alguna es subsumible en el delito de cohecho previsto en el artículo 419 del Código Penal, en la redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010. Alega el recurrente que no se describe con claridad la conducta con la que se permitía o facilitaba la actividad delictiva, y que es posible realizar conductas favorecedoras del tráfico que no constituyan delito. El delito de cohecho se consuma con la solicitud del funcionario o la aceptación por parte de éste de ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Por lo tanto, no es preciso que se ejecute precisamente esa acción u omisión (...) El hecho de que, en el momento del acuerdo, aun no fuera posible precisar en qué consistiría la acción u omisión del recurrente no impide valorar como constitutivo de delito cualquier acto que tendiera a facilitar el tráfico de drogas que fuera a realizar el particular. Es claro que entre esos actos se incluía omitir el cumplimiento de sus obligaciones como agente de policía respecto a la denuncia del tráfico de drogas, lo cual también resultaría delictivo. Como se ha dicho, no es preciso para la consumación del delito de cohecho que tales actos llegaran efectivamente a ejecutarse (...)”. La Sentencia determina que se incluye en el tipo el omitir el cumplimiento de sus obligaciones como agente de policía respecto a la denuncia del tráfico de drogas, no siendo preciso para la consumación del delito de cohecho que tales actos llegaran efectivamente a ejecutarse.

<sup>227</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, año 1999, op. cit., pág. 193.

<sup>228</sup> CASAS BARQUERO, Enrique, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho*, op. cit., pág. 207.

La tipificación del cohecho subsiguiente no está exenta de polémica, pues difícilmente puede afirmarse que la entrega de la dádiva produzca una vulneración del principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública (bien jurídico tutelado en estos delitos), ya que no se habría producido ninguna interferencia en el proceso de toma de decisiones, pues el acuerdo corrupto es posterior a la realización del acto por parte del servidor público. Su castigo está orientado, más bien, a superar problemas probatorios en los supuestos en los que lo único que queda probado es la entrega de la dádiva posterior a la ejecución del acto, y no queda probado el acuerdo previo<sup>229</sup>.

Se ha cuestionado el castigo del cohecho subsiguiente por no encontrarse del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su punición se debe únicamente a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta difícil probar.

No en todos los países se encuentra presente de igual forma el cohecho consecuente y subsiguiente. Por ejemplo, en el CP de Colombia no se encuentra tipificado el cohecho subsiguiente. En el caso de Chile, la distinción entre cohecho antecedente y subsiguiente resulta procedente, toda vez que la establecen los artículos 248 y siguientes del Código Penal de Chile<sup>230</sup>. En general, se considera tanto la situación en que el beneficio económico solicitado, aceptado u ofrecido sea para ejecutar u omitir un acto, como la situación en que el beneficio se solicite, acepte, ofrezca o consienta en dar por haber ejecutado u omitido un acto. Sin embargo, en el cohecho de funcionario público del artículo 249 Código Penal de Chile<sup>231</sup> sólo se tipificó una

---

<sup>229</sup> BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, op. cit., pág. 04.9.

<sup>230</sup> Art. 248 Código Penal Chileno: “El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del Cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados”.

<sup>231</sup> Art. 249 Código Penal Chileno: “El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples

modalidad de cohecho antecedente, omitiéndose toda referencia al cohecho subsiguiente.

Respecto a esta clasificación, se manifiesta<sup>232</sup> que “reiteradamente se ha venido aludiendo a que toda la estructura delictiva está dirigida a realizar en el ejercicio del cargo una determinada conducta que es la que diferencia a las formas comisivas”, que puede ser tanto para realizar un acto contrario a los deberes inherentes al cargo del funcionario público, como para retrasar o no realizar injustificadamente acciones o funciones que debe practicar.

Para diferenciar ambos tipos de cohecho, es necesario observar si la conducta recae sobre la base de un acto propio del cargo<sup>233</sup>, a diferencia de los contenidos en el art. 420 del CP, que están dirigidos a actos contrarios a los deberes del mismo ya sean constitutivos de injusto o de delito, por lo que el acto en sí es adecuado a la normativa administrativa que lo regula. Lo que se pena en este supuesto es la exigencia, en forma de dádiva, favor, retribución, ofrecimiento o promesa, para ejecutar el acto en sí. Estamos ante lo que se ha denominado cohecho antecedente, en contraposición al del art. 421 del CP<sup>234</sup> incriminador del subsiguiente<sup>235</sup>.

La reforma LO 1/2015 no llegó a afectar al *quantum* sancionatorio del cohecho pasivo subsiguiente, que se castiga con las mismas penas señaladas en los preceptos precedentes a la autoridad y funcionario que recibe o solicita

---

delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triple del provecho solicitado o aceptado. Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio”.

<sup>232</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español, Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, págs. 958 y sgts.

<sup>233</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 960.

<sup>234</sup> Artículo 421 del 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”.

<sup>235</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 960.

las ventajas indebidas como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos. Por tanto, en este ámbito no hay cambios con la nueva reforma<sup>236</sup>.

El cohecho pasivo propio antecedente es previsto en los artículos 419 y 420 del CP. La figura base que establece el art. 419 es la referida al cohecho de la autoridad o funcionario público que recibe o solicita, retribución de cualquier 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.

En el cohecho pasivo que describe el art. 419 del CP, con anterioridad a la reforma del año 2010, la sanción estaba en directa consonancia con la ejecución o no del acto objeto del delito. Pero tras dicha reforma, teniendo presente que el piso y el techo sancionatorio se han elevado, puede apreciarse en determinados casos una rebaja del *quantum*, según el acto requerido se perfeccione o no.

El Consejo de Europa ya en el informe GRECO<sup>237</sup> mostraba recelo frente los plazos de prescripción del ilícito de cohecho<sup>238</sup>, estimando que dichos plazos, exiguos para algunos, formaban una barrera para los procesos judiciales en España. Subrayaban que la utilización de facturas falsas, intermediarios múltiples y otros tipos de recursos como las sociedades instrumentales hace muy difícil inicialmente el desenmascarar este tipo de delitos. Es más, dichos recursos sólo salen a la luz cuando las investigaciones van dirigidas a esclarecer otras infracciones o cuando surgen testigos colaboradores<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), *VV.AA., Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1112 y sgts.

<sup>237</sup> Informe de Evaluación relativo a España. GRECO: Grupo de Estados contra la corrupción. CONSEJO DE EUROPA. Estrasburgo, 11 al 15 de mayo de 2009.

<sup>238</sup> En aquel momento, de tres años para algunas modalidades de cohecho.

<sup>239</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1113.



El art. 419 del CP describe conductas que impliquen quebrantamientos legales que conciernen al funcionario en el desempeño del cargo, que no respetan el contenido de normas que disciplinan el desarrollo de la función, por lo que se impone una interpretación rigurosa de la contrariedad del acto con el cargo refiriéndolo a deberes específicos diversos del deber general.

Con la reforma del CP por LO 1/2015, los actuales arts. 419 y 420 del CP coinciden en lo sustancial con los anteriores. Los únicos cambios reseñables son el aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público a lo que se añade la imposición adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

En los artículos 419 y 420 del CP se aprecian ciertas diferencias relativas al *quantum* de la sanción penal, que sin embargo no puede basarse en un simple antojo legislativo, ya sea por escueta imparcialidad o falta de probidad como se recoge en los informes sobre la aplicación de los Convenios internacionales en un intento de evitar la prueba de la legislación del país del funcionario que acepta el soborno<sup>240</sup>.

En estos tipos penales, respecto de la retribución típicamente relevante se ha mantenido la referencia a la entrega de un objeto material como dinero o cosas, la denominada dádiva, o a la realización de algún servicio *ad honorem* en favor del cohechado; y las promesas u ofrecimientos o retribuciones de cualquier clase, incluso favores sexuales<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1114.

<sup>241</sup> En contra de esta postura de incluir favores sexuales, QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho Penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010 (*vid.* arts. 443 y s.) op. cit., pág. 1162. A favor con un contenido amplio de la naturaleza de la prestación, CÓRDOBA RODA, BUSTOS RAMÍREZ, DIAZ Y GARCÍA-CONLLEDO. *Vid.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo / DEL ROSAL BLASCO, Bernardo / GONZÁLEZ RUS, Juan José / PERIS RIERA, Jaime / SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José / OLMEDO CARDENETE, Miguel / BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid 2011, págs. 956 sgts.

## **B) Cohecho pasivo propio subsiguiente (art. 421 CP)**

El artículo 421 establece que 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.

La reforma por LO 5/2010 del art. 421 CP, que regula el cohecho pasivo subsiguiente, prevé que la conducta típica consiste en recibir una ventaja con posterioridad a la toma de decisión, es decir, una vez adoptado el acto propio del cargo. Este artículo no fue modificado por la reforma de 2015.

Por medio de esta norma se sancionan Convenios en los que se prevé la entrega de retribución a un funcionario público, sin que exista de por medio solicitud o acuerdo previo. Una de las críticas de este precepto alude a que no se trata de un supuesto en el que se compra la actividad pública sino en que se sanciona el indebido cobro de emolumentos por parte del cohechado. Es así como se ha previsto esta forma de cohecho de forma autónoma, y se ha vinculado su sanción al tipo de acto objeto de la corrupción. De este modo, la pena que se impondrá al funcionario dependerá de la naturaleza del acto recompensado, tal y como ocurre en el resto de modalidades de cohecho<sup>242</sup>.

## **C) Cohecho de facilitación o en consideración a la función ¿modalidad de cohecho pasivo impropio? (art. 422 CP)**

Conforme al artículo 422 del 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.

---

<sup>242</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Modificaciones en materia de cohecho*, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, 1ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, pág. 469.

En los casos de dádivas o regalos de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales (variables según la zona geográfica y el carácter de sus gentes) se considere forma habitual de relación amistosa (invitar a una cerveza, ofrecer tabaco, etc.), el art. 422 CP no debe ser aplicado, por más que el regalo se realice en consideración al cargo o función. Sin embargo, *a sensu contrario*, lo será cuando los regalos sobrepasan el límite de lo que se considera “adecuado socialmente”.

La habitualidad en la recepción de estos regalos, puede llegar a configurar el cohecho, sin importar que cada uno de las entregas consideradas en forma independiente no alcanzaren a ser consideradas, como delito. No sólo la cuantía sino la habitualidad de los regalos puede llegar a condicionar la aplicación de la sanción penal, atendido que con el pasar del tiempo esta seguidilla de regalos puede llegar a crear una dependencia, social, psicológica e incluso económica, que pueden ser caldo de cultivo para pautear futuras decisiones o actuaciones del funcionario dentro del cuadro de sus atribuciones ministeriales, y para desterrar criterios objetivos de cualificación e imparcialidad en procura de los intereses del particular<sup>243</sup>.

La redacción del art. 422 de CP, con la modificación introducida por LO 5/2010, eliminó la referencia al acto no prohibido legalmente,<sup>244</sup> y por otro lado incorporó en la descripción típica la modalidad de admitir, por sí o por persona interpuesta, y la finalidad de que las dádivas o retribuciones son ofrecidas en consideración al funcionario público, por la capacidad decisoria que el mismo tiene en el desempeño del cargo. Los motivos de la entrega pueden ser dos: o bien en consideración al cargo, esto es, a las posibilidades que proporciona el cargo, o bien en consideración a las funciones, esto es, las tareas que corresponde realizar al funcionario o autoridad en una determinada institución, entidad u órgano<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1122.

<sup>244</sup> Antiguo art. 426 del CP anterior a la modificación del año 2015.

<sup>245</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit., pág. 1124.

Una característica relevante de introducida por la LO 5/2010 es la creación del denominado cohecho de facilitación, fórmula establecida en el art. 422 del CP, cuya búsqueda es el provecho del funcionario público, sin ligadura con acto alguno. Esta hipótesis típica ha sido considerada<sup>246</sup> como un nuevo tipo de cohecho pasivo impropio, o como una nueva categoría de cohecho de facilitación. La figura prescinde de la reseña alternativa del anterior art. 426 CP relativa a conductas cuya valoración penal es distinta, según la prestación se refiera a un acto no prohibido legalmente o en consideración a las funciones propias del cargo.

La redacción permite circunscribir esta modalidad a los comportamientos en los que se busca retribuir al funcionario para tenerlo en un pie de disposición hacia el perpetrador. Con esta nueva modalidad, se busca la penalización de acciones en las que se entabla un trato entre funcionario y particular con el objetivo de predisponer favorablemente a aquél, sin que se persiga la adopción de actos concretos justos o injustos. Se trata sin duda de sancionar la venalidad en la actividad pública.

Mientras estos “regalos”<sup>247</sup> sean de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales (variables según la zona geográfica y el carácter de sus gentes) se considere forma habitual de relación amistosa, no es aplicable el art. 422 CP, mientras que lo será si exceden de lo que se considera adecuado socialmente, atendiendo al contexto y a la cuantía de los mismos<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Modificaciones en materia de cohecho”, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Editorial: Tirant lo Blanch, 1ª edición, Madrid, 2010, pág. 470.

<sup>247</sup> Regalos en términos generales, atendido que pueden ser referencia a regalos materiales, o prestaciones como vacaciones pagadas, la ayuda de ingreso a un hijo del futuro cohechado a una determinada institución, la modalidad de reglados es tan amplia como las relaciones sociales pueden abarcar.

<sup>248</sup> Puede llegar a tener relevancia la cuantía de la prebenda en relación al cargo y la posible capacidad de ser influido del cohechado, toda vez que no es lo mismo entregar una fina botella de licor a un presidente como una cortesía social, que entregárselo a funcionario administrativo menor de un municipio, por ejemplo, para obtener un determinado permiso.

Respecto del cohecho propio e impropio, antecedente y consecuente<sup>249</sup>, el art. 422 CP castiga a “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”, por la realización del denominado “cohecho pasivo impropio”<sup>250</sup>.

Si bien para muchos autores la distinción entre cohecho propio e impropio es una sub-clasificación del cohecho pasivo, no es unánime la doctrina. Hasta la reforma por LO 5/2010, se sostenía que el criterio para distinguir entre el cohecho propio y el impropio era el carácter justo o injusto del acto objeto del delito, mientras que ahora reside en la exigencia de una conducta 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. Así, antes de la reforma, cohecho propio era aquel en el que se persigue la obtención de un acto injusto, en tanto que sería impropio aquel en el que se busca la realización de un acto justo<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> *Vid.*, para cohecho pasivo propio antecedente, los Arts. 419 y 420 del CP. Para cohecho pasivo propio subsiguiente, art. 421 del CP.

<sup>250</sup> GIMBERNAT, Enrique, *Del cohecho impropio “caso de los trajes” y de la imputación de los que presuntamente hicieron esos regalos, y acerca de la competencia del Tribunal del Jurado para conocer sobre el mismo*, Publicación del Diario “El Mundo” del día 14 de julio de 2009.

<sup>251</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed. 04/1999, pág. 155. Se refiere a que en el Código Penal de 1995, se regula el cohecho propio del funcionario en los arts. 419, 420 y 421, en tanto que aluden al impropio los arts. 425 y 426, cuyo texto se transcribe a continuación: Art. 419: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”. Art. 420: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva”. Art. 421: “Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”. Art. 425: “1. La autoridad o

La carencia de igualdad de criterios doctrinales para efectuar la distinción entre el cohecho propio y el impropio puede hacer pensar que se trata de una clasificación que debería comenzar a ser dejada de lado. Ello debiera ser así, no sólo por la poca utilidad que tiene el realizar distinciones doctrinales cuyo contenido difiere tan radicalmente, según la forma que asume la regulación de este delito en las distintas legislaciones, sino también porque la propia terminología empleada no parece adecuada. En efecto, la distinción entre cohecho propio e impropio sugiere que aquél es un verdadero cohecho y éste no<sup>252</sup>. Algo impropio es algo que se aparta de la esencia de lo que se toma como su modelo.

El cohecho consiste en una conducta de un funcionario público o de un particular destinado, respectivamente, a recibir o a entregar una retribución no debida en el ejercicio del cargo de aquél. Esa es su esencia, que no resulta alterada en nada por la naturaleza del acto que a cambio de la indebida retribución se realiza. En consecuencia, mal puede llamarse cohecho impropio a lo que, sin lugar a dudas, es un delito de cohecho. Por eso, y teniendo en consideración la diferente penalidad de las figuras de cohecho del empleado público, es que, en lugar de esta nomenclatura, preferimos utilizar otra que distinga entre la figura básica y figuras agravadas<sup>253</sup>.

---

funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. 2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años”. Art. 426: “La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses”.

<sup>252</sup> CASAS BARQUERO, Enrique, *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativo a dádivas, presentes ofrecimientos o promesas*, en *Libro Homenaje del Prof. Dr. D. José Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982, pág. 656; RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed., 04/1999, pág. 84.

<sup>253</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed. 04/1999, págs. 155 a 161.

El cohecho pasivo impropio es la modalidad menor del cohecho pasivo del funcionario. Está regulado actualmente, y después de la reforma de 2010, en el art. 422 del CP, que viene a sustituir y a condensar a un anterior grupo de tipologías de complicada integración de los arts. 425 y 426 del CP.

El concepto pasivo impropio ha tenido una notable incidencia en la vida social y en la valoración doctrinal y jurisprudencial del cohecho<sup>254</sup>. El art. 119 de la LO 5/2010 unificó la tipificación del delito de cohecho pasivo impropio, en el art. 419 del CP<sup>255</sup>. Esto significa que se sanciona la solicitud o recepción de dádiva o presente o aceptare dádiva, favor o retribución de cualquier clase con la finalidad de realizar un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar<sup>256</sup>.

El cohecho pasivo impropio para la ejecución de actos propios del cargo tiene establecida una pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo públicos y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por tiempo de cinco a nueve años (art. 420 del CP). Por su parte, el cohecho pasivo impropio para admitir dádiva o regalos que fueren ofrecidos en consideración al cargo o función se pena con prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años (art. 422 del CP).

#### **D) Cohecho de asimilación funcional (art. 423 CP)**

---

<sup>254</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, págs. 960 y sgts.

<sup>255</sup> Art. 119 LO 5/2010, que modificó el art. 419 CP, con la siguiente redacción: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”.

<sup>256</sup> POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 583.

Según el artículo 423<sup>257</sup> del CP, lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública. El art. 423 reproduce prácticamente el art. 422 CP de 1995 con algunas excepciones. La reforma por LO 5/2010 modificó su ubicación sistemática, y los sujetos allí descritos responden también penalmente por las modalidades de cohecho pasivo subsiguiente y el cohecho de facilitación, con una referencia a los administradores o interventores designados judicialmente.

La reforma del art. 423 por LO 1/2015 agregó a los mediadores y a los administradores concursales, y a su vez abre una interesante interrogante relativa al nombramiento de los sujetos que amplió la norma, en especial los administradores e interventores, pudiendo recaer dicho nombramiento sobre persona física o jurídica, y teniendo presente que una persona jurídica puede responder penalmente por el delito de cohecho pasivo de cumplirse los criterios establecidos en el art. 31 bis del CP, habida cuenta que el art. 427.2 del CP no limita su aplicación a los supuestos de cohecho activo. Al ver que las funciones del administrador concursal vienen delimitadas en el art. 33 de la LC, completándose su estatuto jurídico en los arts. 31 y 39 del mismo texto legal<sup>258</sup>, pudiendo aplicarse por tanto al cohecho pasivo.

### **E) Cohecho activo del particular (art. 424 CP)**

El artículo 424 del CP establece que el particular que ofreciere o entregare retribución de cualquier otra clase a funcionario público o de quien participa en el ejercicio de la función pública, para realizar o dejar de realizar acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, 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.

---

<sup>257</sup> Sujetos asimilados al funcionario o autoridad por participar en el ejercicio de funciones públicas (art. 423).

<sup>258</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit., págs. 1114 y sgts.



Se critica la redacción del art. 424 del CP<sup>259</sup> atendiendo a que no contempla la forma de comisión, que sea por sí o por persona interpuesta, y a si el provecho lo es en beneficio propio como de tercero y si la pena dejará a salvo, conforme a las reglas del concurso, la del acto realizado si fuere constitutivo de delito.

Con las críticas expuestas previamente no concordamos en su totalidad, al no existir sanción de *extraneus*, pues la norma regula una determinada participación del funcionario público y no del particular, que debe ser reconducido a otras normas como es el art. 424.2 del CP, que a nuestro juicio no es una aplicación analógica de normas *in malam partem*, sino que es una aplicación especificada para este interviniente. A lo expuesto se suma la crítica sobre la relevancia de determinar el destinatario de la retribución, lo que estimamos es del todo innecesario, toda vez, que lo que busca la norma es penar efectivamente el requerimiento de retribución, siendo indistinto si es para el peticionario o un tercero. Como es irrelevante, en este caso preciso el destinatario de la retribución, lo es también la entrega efectiva de la misma, bastando para su configuración la simple aceptación.

La reforma LO 1/2015 no ha afectado prácticamente al texto del art. 424. Las únicas modificaciones realizadas se encuentran presentes en la descripción típica, la que amplía la duración temporal de las prohibiciones contempladas en el N° 3 para los supuestos en que la actuación tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones públicas o entes públicos<sup>260</sup>.

El cohecho activo se sanciona con las mismas penas de prisión y multas que correspondan al funcionario o autoridad (art. 424,1 y 2 del CP), pero, si la actuación corrupta tiene relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o d subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impone también (al particular y, en su caso, a la que represente) la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para

---

<sup>259</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit., págs. 1114 y sgts.

<sup>260</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit., pág. 1123.

contratar con entes orgánicos o entidades que formen parte del sector público, y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de cinco a diez años (art. 424,3 del CP).

#### **F) ¿Tipo agravado o privilegiado del particular? (art. 424.3 CP)**

El artículo 424 del CP ha sufrido diversas modificaciones, especialmente desde el año 2010 a la fecha, y su última reforma, emanada de la LO 1/2015, elimina las expresiones “corrompiere o intentare corromper”, que no añadían nada al contenido del tipo y presentaba todas las desventajas de los conceptos indeterminados.

A su vez, la modificación del año 2015 amplía la duración temporal de las prohibiciones contempladas en el apartado 3, para los supuestos en que la actuación conseguida o pretendida del funcionario o autoridad tuviere relación con un procedimiento de contratación, subvenciones o subastas convocados por las Administraciones públicas, de esta manera la duración temporal de tres a siete años, pasa ahora a tener una duración de cinco a diez años.

Cabe preguntarse, respecto de la figura penal establecida en el artículo 424 núm. 3 del CP, si estamos ante un tipo agravado o privilegiado, y esto se debe responder desde la visión jurídica que se aborde, lo que veremos a continuación. El aumento penológico del art. 424 núm. 3 del CP, resulta difícil de explicar, tanto sus motivaciones como sus fines, pasando por su quantum sancionatorio. Establece una modalidad específica de cohecho activo en el ámbito de un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocadas por las administraciones o entes públicos, que se agrava en cuanto se agrega al tipo básico la pena de inhabilidad 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 Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años, que se impondrá al particular y, en su caso, a la Sociedad, asociación u organización a que

representare<sup>261</sup>. Respecto de su objetivo, entendemos que uno de ellos, es el que busca excluir a las personas y empresas afectadas por una sentencia condenatoria definitiva por corrupción de las licitaciones públicas<sup>262</sup>.

Por un lado, se ha estimado que el tipo penal hace relación a los procedimientos de contratación, subvenciones o subastas convocados por las administraciones o entes públicos, y la figura típica establecida, y constituye un tipo autónomo de cohecho, el cual puede ser considerado de menor gravedad, tipo privilegiado, o una hipótesis de agravación de los tipos básicos con la penalidad adicional de la inhabilitación especial para gozar de beneficios fiscales y de la Seguridad Social por un tipo de cinco a diez años, es decir un tipo cualificado<sup>263</sup>.

Por otra parte, se ha entendido<sup>264</sup> que el artículo 424 número 3 del Código es un tipo privilegiado en contrataciones, subvenciones o subastas, buscando sancionar la acción de alterar determinados procedimientos administrativos, por medio de una contratación, y/o la obtención de una subvención o la adjudicación de una subasta.

El objeto de la acción ilícita es la adjudicación por parte del aparato estatal de la obtención de un contrato público para sí o un tercero, o bien pretende una subvención igualmente pública<sup>265</sup>, adjudicarse o impedir que se adjudique a otro postor una subasta pública. El sujeto de quien depende cada una de estas tres adjudicaciones puede ser una administración en sentido estricto o un ente público, lo que permite incluir, las agencias o empresas

---

<sup>261</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 962.

<sup>262</sup> Vid. Art. 60 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Prohibiciones de contratar con el sector público.

<sup>263</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), *Derecho penal de la Administración pública*, op., pág. 135.

<sup>264</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español, Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, op., pág. 1172.

<sup>265</sup> Vid. L 38/2003 de 17 de noviembre general de subvenciones, publicada en el BOE núm. 276 de 198 de noviembre de 2003. Y el art. art. 60 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

públicas con personalidad jurídica propia. Poco importa que el corrupto tenga derecho a la obtención de su objetivo, lo decisivo es la corrupción<sup>266</sup>.

Finalmente, se debe apuntar que el CP no prevé expresamente otras medidas o consecuencias accesorias que las previstas en el art. 129 del CP, en el caso de que la persona física haya cometido el delito, bien sea en el seno interno o bien a través de la colaboración de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que por carecer de personalidad jurídica no están comprendidas en el art. 31 bis del CP<sup>267</sup>.

### **G) Cohecho del pariente mediando causa criminal (art. 425 CP)**

El art. 425 del CP<sup>268</sup> establece la pena de prisión de seis meses a un año al sobornador. Esta modalidad de cohecho es sancionada con una pena menor que la de otras figuras similares. Es una figura privilegiada<sup>269</sup> en base a la relación que liga al cohechador y al destinatario de la acción, pues el tipo penal del art. 425 requiere copulativamente que el soborno mediere en causa criminal a favor del reo, y el sujeto cohechador reúna las condiciones de ser 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 en los mismos grados. Como se ha apreciado<sup>270</sup>, la redacción de los delitos de cohecho torna intrascendente que la acción solicitada a efectuar por el funcionario lo sea en beneficio del particular que entrega la retribución o de un tercero que decida el particular.

---

<sup>266</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español, Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, op., pág. 1172.

<sup>267</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, op. cit., pág. 1126.

<sup>268</sup> Art. 425 del 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.

<sup>269</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen y VV.AA., *Delitos. La Parte especial*, op. cit., pág. 749, denomina esta figura de cohecho como un subtipo privilegiado.

<sup>270</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) en VV.AA. *Tratado de Derecho Penal Español Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, op., cit. pág. 390.

La cuantificación y calificación de la figura de cohecho en que por una parte comparece un particular y por otra un funcionario se debe a la naturaleza personal convergente, a partir de la denominada participación necesaria que es peculiar de este tipo de delito<sup>271</sup>. En otras palabras, el no funcionario que asume el rol de oferente o aceptante del objeto (dádiva en términos amplios) al funcionario corrupto no responde como partícipe en el tipo del funcionario, sino que responde directamente por la consumación de los tipos autónomos que prevén los arts. 424 y 425 del Código penal.

### **III.- Naturaleza del comportamiento típico**

#### **A) ¿Delito de mera actividad o delito de resultado?**

Son delitos de mera actividad aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. El legislador, al establecer una tipología penal, al mismo tiempo instituye una acción sin resultado físico y/o material, pero en la que hay un desvalor de resultado por el simple acometimiento de una o más de las acciones descritas determinantes del momento en que se alcanza la consumación. Se trata de proteger bienes jurídicos inmateriales (el honor, la imagen, etc). Son esencialmente dolosos y resulta fundamental el propósito, el ánimo, el móvil del sujeto para poder determinar si hay responsabilidad penal. Estos delitos tienen otra clasificación, puede haber de simple actividad o inactividad, y de peligro abstracto. Como hemos podido apreciar al referirnos al delito continuado, es necesario tener en cuenta que lo relevante es el acto de recibir o solicitar la recompensa y no los actos que se realicen en virtud de la misma, afirmación basada en la naturaleza de ser un delito de mera actividad.

---

<sup>271</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. (director); RANDO CASERMEIRO, Pablo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal de la Administración Pública (Materiales docentes)*. Ediciones digitales. España 2012, op., cit. pág. 129.

En STS 1335/2001 de 19 de julio<sup>272</sup> se afirma que todas las figuras delictivas de cohecho se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley que, en el caso que nos ocupa, consiste en el intento de corromper al funcionario público.

El cohecho es un delito de mera actividad, toda vez que se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigirse para su consumación que se produzca un resultado material unido por relación de causalidad e imputación objetiva con el comportamiento. En consecuencia, resulta imposible concebir este delito en grado de frustración, porque si el delincuente ejecuta todos los actos que la ley pone de su cargo, el cohecho ya se habrá consumado.

Sin perjuicio de estar de acuerdo con la interpretación judicial y doctrinal, nos parece interesante la distinción que hace Profesor POLAINO<sup>273</sup>, en referencia a las distintas modalidades activas de solicitud de retribución (sentido amplio) y pasiva de aceptación de la retribución, no existiendo a nuestro juicio duda alguna de que nos vemos enfrentados a delitos de mera actividad, toda vez que en la modalidad de sollicitación implica simple demanda de una entrega de futuro, y con la recepción de algo inmaterial como es un ofrecimiento o promesa desprovistos de actual contenido tangible y sensorialmente perceptible. Hace una interesante distinción respecto a la modalidad pasiva de recibir retribución, que configura un tipo de delito de resultado material, por cuanto exige la producción de la transferencia de un bien de cometido económico desde la esfera patrimonial de un sujeto a otro. Al concordar con esta concepción, respecto de la modalidad pasiva de recepción de la retribución por parte del funcionario, es de advertir una disgregación de participación necesaria para la responsabilidad penal del sujeto interviniente. No obstante, mirado en su totalidad, no parece apreciarse

---

<sup>272</sup> STS N° Sentencia: 1335/2001. ROJ 6389/2001 Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO. N° Recurso: 1052/2000. Fecha: 19/07/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>273</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, Ediciones digitales, Sevilla, 2012, pág. 125 y sgts.

en este delito la categoría delictiva de mera actividad, en atención a que, si bien la recepción de la dádiva permitiría agravar la situación sancionatoria del funcionario, la simple aceptación de recepción de la retribución, a nuestro juicio, es suficiente para configurar el delito, y ello sin perjuicio del particular que está dispuesto a la entrega de la retribución.

Sin perjuicio de lo afirmado previamente, es necesario revisar la posibilidad de pensar en una tentativa de cohecho. Por un lado, hay quienes sostienen que este delito no admite formas imperfectas de ejecución<sup>274</sup>, atendido a que hay quienes señalan que es muy difícil que se dé una tentativa de cohecho<sup>275</sup>. Finalmente, otros afirman que es perfectamente posible apreciar una tentativa de cohecho<sup>276</sup>.

Sin perjuicio de los argumentos referidos a la posibilidad de ejecución imperfecta en el delito de cohecho, estimó que no es posible al tipo en estudio, atendido a que si bien, es posible configurar una tentativa en un delito de mera actividad, siempre que su ejecución sea fraccionable en el tiempo. Los comportamientos consistentes en solicitar, en el caso del cohecho del funcionario, y en ofrecer, en el caso del cohecho del particular, son susceptibles de dividirse, imaginariamente, en distintas etapas, pero no obstante estas etapas han sido sancionadas penalmente por el legislador.

## **B) Comisión por omisión**

Referido a la naturaleza de lo que es un delito de omisión, podemos encontrar abundante literatura, pero tratando de centrar su concepto en el objeto del presente trabajo, es de interés la visión de SILVA SÁNCHEZ<sup>277</sup>, para

---

<sup>274</sup> MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, op. cit., pág. 203; GIMENO LAHOZ / CORBELLA HERREROS, *Comentarios*, op. cit., págs. 75 y sgts.

<sup>275</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, pág. 210.

<sup>276</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1999, págs. 239 y sgts.

<sup>277</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pág. 306.

quien “la omisión consiste en la no realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico”. El legislador efectúa una exigencia para la realización de una acción, y ésta no se hace por el destinatario, por lo que se incumple un deber que le era exigido de realizar una acción y no la hizo.

Estos delitos admiten diversas clasificaciones doctrinarias, pudiendo mencionar los propios, y los impropios, también denominados de comisión por omisión. La clasificación de éstos tipos penales, se ha hecho a través de varios criterios, entre los principales está el que considera las omisiones propias o simplemente omisivas<sup>278</sup>, que son aquellas que están expresamente descritas en la normativa penal, mientras que las impropias son las que surgen de la interpretación de ciertos tipos, que en principio se entendería como si sólo se pudieran realizar mediante una acción, pero que también se pueden cometer por medio de una omisión, ya que el resultado sería el mismo que si se hubiera obrado activamente.

En las omisiones propias la norma exigiría al sujeto la realización de determinada acción salvadora en razón a criterios de solidaridad que se imponen en cabeza de los individuos; en cambio, en las omisiones impropias la norma exigiría del sujeto la evitación del resultado que se quiere impedir con la norma<sup>279</sup>. Refiriéndose a la valoración diferenciada en los delitos de omisión, señala SILVA SÁNCHEZ<sup>280</sup> que dentro de las omisiones tampoco es posible olvidar la significativa diferencia político-criminal existente entre omisiones puras, como las de socorro y denuncia (o impedir determinados delitos), y los supuestos de comisión por omisión<sup>281</sup>. Si en ambos casos se trata de la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda, es sin duda, diversa la fundamentación material de la exigencia de tal prestación. En las omisiones puras se halla la vigencia de un principio solidario, en las otras, se advierte al pronto la existencia de una base funcional específica. De ahí que

---

278 En este caso, un deber de garante expreso y no tácito, como lo sería el caso de la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido, cuyo deber emana de la propia relación madre hijo, en los demás casos hay un deber impuesto jurídicamente, como es el caso de resguardar debidamente los fondos público a un tesorero fiscal.

279 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión*, op. cit., pág. 306.

280 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión*, op. cit., pág. 308.

281 Omisiones impropias en la terminología dominante alemana.



también la exigibilidad, de admitirse su operatividad en la esfera típica, deba entenderse de modo necesariamente diferente en uno y otro caso<sup>282</sup>.

La regulación penal se ve enfrentada con una problemática a la hora de tratar las llamadas “omisiones impropias”, conductas que se encuentran descritas en el tipo penal de la parte especial, la que se configura no por medio de una acción, sino que su configuración se logra a través de una omisión. Por lo expuesto vemos necesario dilucidar, si basta con el tipo para deducir su realización en forma omisiva, o si se necesita de una cláusula de equiparación en la parte general que haga igual el resultado de la conducta omisiva al realizado por medio de una acción. Por nuestra parte, estimamos que no se hace necesaria una cláusula, ya que, de existir, debería construirse de modo diferente a como se ha hecho tradicionalmente (definición formal de las posiciones de garante, donde cualquier comportamiento dentro de esa enumeración se equipare con la comisión activa, sin darse verdaderamente una equivalencia material entre las dos conductas, y deberá buscarse mejor una cláusula de identificación, con una definición de las situaciones donde se encuentre identidad material entre acción y omisión. En este sentido, ha indicado el profesor POLAINO NAVARRETE<sup>283</sup> que “se opera con categorías normativas que no se encuentran en la realidad (no preexisten al derecho), sino que las crea el propio sistema jurídico para aplicarlas funcionalmente a la resolución de los concretos problemas que puedan presentarse”.

El apoyo jurisprudencial a la imposibilidad de concurrencia en los delitos de corrupción, en la modalidad de comisión por omisión, se basa en

---

<sup>282</sup> MOLINA, Gonzalo J., *La constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el Código penal argentino*. <http://molinagonzalo.blogspot.cl/2015/09/la-constitucionalidad-de-los-delitos-de.html> . Domingo, 13 de septiembre de 2015.

<sup>283</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, T. 1, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, op. cit., pág. 205. El mismo JAKOBS señalaba que “el Derecho genera por sí mismo el contexto normativo; especialmente, éste no queda pre-configurado por la naturaleza. Esta es la idea de la normativización. Sin embargo, si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas”. Cfr. JAKOBS, Günther, *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, citado por María Eloísa QUINTERO, ob., cit. pág. 195.

diversas sentencias del TS, entre ellas la de fecha 2004<sup>284</sup>; que establece sucintamente que aunque hipotéticamente se admitiera la posibilidad de una influencia por omisión para la realización del tipo objeto de la acusación, esta conducta ha de reunir las exigencias del art. 11 del CP<sup>285</sup> y entre ellas, la infracción del deber jurídico, y la equivalencia de la omisión a la causa-efecto por acción. Con relación al primer apartado, la infracción del deber jurídico, se afirma en la sentencia impugnada, y no es rebatida en los recursos, que el acusado actuó en el margen de la legalidad, pues pudo realizar la resolución de la contrata sin someterla al Pleno, pudo contratar con esa persona al exceder del tercer grado entre parientes, y el Ayuntamiento puede contratar con personas físicas, jurídicas y sociedades en constitución. La sentencia impugnada detalla el ordenamiento jurídico administrativo aplicable con expresión de la normativa respecto a lo que ni se ha denunciado su incumplimiento ni la sentencia lo declara. Consecuentemente no hay infracción del deber jurídico. La infracción de la norma “ética y estética” que refiere la sentencia y que los recurrentes invocan como acreditativa de la agresión al bien jurídico “la transparencia en el ejercicio de la función y la imagen de la administración” (STS 23-9-2002 1497/2002), ha de ser relativizada, pues la realización del tipo penal no se produce por la inobservancia de los principios de ética y de actuación política generales, sino por la realización de las conductas típicas reflejadas en la descripción positiva de la legislación penal.

A nuestro entender, el cohecho puede darse perfectamente en los delitos de comisión por omisión, basado en las normas penales vigentes. Es así como el art. 419 del CP<sup>286</sup> exige que el funcionario autoridad se abstenga de ejecutar

---

<sup>284</sup> STS N° 480/2004. ROJ 2392/2004. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Andrés MARTINEZ ARRIETA. N° Recurso: 2157/2003. Fecha: 07/04/2004. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>285</sup> Artículo 11 del CP: “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 equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

<sup>286</sup> Artículo 419 del 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

un acto que debiera practicar en ejercicio de su cargo. Este evento se presenta para dejar de hacer un acto del cargo que el funcionario está obligado a realizar o simplemente retardarse maliciosamente en dictar el acto<sup>287</sup>.

El art. 419 del CP<sup>288</sup> contempla una modalidad de cohecho cuando la dádiva tuviere por objeto el abstenerse un funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. La doctrina jurídica, en general, censura la circunstancia de que el legislador haya autonomizado esta figura cuando, de no existir, sería perfectamente subsumible la conducta en el art. 420 del CP<sup>289</sup>, que en principio debiera abarcar, como es normal en la técnica legislativa penal, la acción y la omisión.

Según la jurisprudencia, el delito exige fundamentalmente tres elementos: la solicitud, la abstención y que el acto se debiera realizar en ejercicio del cargo. Por una parte, la esencia de la figura del art. 419 del CP consiste en que la autoridad o funcionario público de que se trate solicite o reciba una dádiva por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, de modo que el delito quedaría integrado por los siguientes tres elementos: *a)* solicitar dádivas, regalos o presentes; *b)* abstenerse de un acto propio de su servicio, función o atribución; *c)* que el mismo acto lo debiera realizar en el ejercicio de su cargo.

En suma, habría una actividad y una omisión, ambas dolosas, teñidas del conocimiento del motivo de la entrega o de la solicitud del regalo, consumándose el delito, bien con la solicitud, bien con la conformidad con la oferta del regalo, conocimiento pues y voluntad de incurrir en la deslealtad

---

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.

<sup>287</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, pág. 199.

<sup>288</sup> Antiguo art. 387 del CP de 1995.

<sup>289</sup> Se hace ahora referencia a la actual ubicación del antiguo art. 386 del CP de 1995.

que supone la abstención del ejercicio de las funciones que según su cargo debe practicar, con fines de corrupción<sup>290</sup>.

Otros ejemplos típicos que nos entrega la jurisprudencia referido a la figura del art. 419 del CP, lo constituye casos de los funcionarios municipales o estatales que, mediante la percepción de determinadas cantidades de dinero u otros beneficios de signo económico, omiten inspecciones, retrasan el trámite de determinados expedientes, omiten dar cuenta a sus superiores de concretas novedades con posible trascendencia en los mismos, etc., siempre con beneficio particular para el funcionario e indudable perjuicio para los intereses públicos que el mismo debe proteger ante todo<sup>291</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, para hablar de una real inhibición del funcionario público, se requiere la existencia de un deber que obligue al funcionario a ejercer el acto omitido, y para que se entienda consumada la infracción no es necesario que aquélla llegue a producirse<sup>292</sup>. En complemento de lo previamente expuesto, podemos indicar que es requisito, para que la omisión del funcionario esté en relación con la omisión de cumplimiento de un deber específico, esto es, la obligación jurídica de la que se abstiene<sup>293</sup>, a partir de lo cual se generan a su vez una serie de consecuencias; por una parte, la competencia que ostenta el funcionario público, debe sea real, es decir, que legalmente la tenga en virtud de las normas que disciplinan su actividad, de lo contrario se estaría ante un delito de estafa<sup>294</sup>. Por otra parte, al unísono de las atribuciones del funcionario, es necesaria la veracidad de la competencia, también ha de existir el presupuesto de hecho para aplicarla.

---

<sup>290</sup> STS 5-2-1996 (RJ 1996/797). En el mismo sentido, véase SS. 28 junio 1962, 7 abril 1981 y 16 mayo 1984, entre otras hace referencia a la antigua ubicación geográfica del articulado pertinente.

<sup>291</sup> STS 5-2-1996 (RJ 1996/797). Véase SS. 21 de abril 1953, 7 de octubre 1957, 6 de noviembre 1962 y 19 de mayo 1989, entre otras.

<sup>292</sup> ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la Administración pública*, en VV.AA., *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 923.

<sup>293</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pág. 223.

<sup>294</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pág. 223.

Al igual que en los delitos de comisión simple, el cohecho de comisión por omisión, respecto de la consumación, la jurisprudencia ha señalado que, respecto de la consumación, no es preciso para que el delito se realice que el resultado se obtenga, lo que en este caso no se afirma ni se niega puesto que es suficiente que se reciba la dádiva o presente, recepción que a su vez puede ser expresa, como lo fue en este caso, o tácita, siendo también indiferente que el acto prometido se realice o no porque el legislador en estos casos pone el acento penal en la dádiva misma, en la grave corrupción, no en las consecuencias del acuerdo, salvo cuando expresamente, como en el artículo 386, distingue una y otra situación a efectos puramente penológicos<sup>295</sup>.

### C) Delito especial

Para considerar un delito como especial, el tipo legal ha de requerir que sólo pueda ser autor quien reúna una determinada cualidad (cualificación de autor). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de “delitos de infracción de deber”<sup>296</sup>. Son delitos de infracción de deber, por esencia, los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. Se distingue entre delitos especiales (o delitos de infracción de deber) propios e impropios<sup>297</sup>. En los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena en que sólo puede ser aplicable al sujeto activo expresamente indicado en la norma, sin perjuicio que un *extraneus* sea sancionado por un tipo general que englobe la conducta descrita para el autor especial. En los delitos especiales impropios el elemento del autor sólo opera agravando la pena, como son los casos en que la

---

<sup>295</sup> STS 19 -5-1989 ROJ 11817/1989. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 2. Ponente: Enrique RUIZ VADILLO. N° Recurso: Fecha: 19/05/1989. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>296</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducido por Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 338.

<sup>297</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, op. cit., pág. 338.

norma expresa que determinado delito fue ocasionado por una persona en el ejercicio de su cargo, por lo que la cualidad de funcionario en el ejercicio de su cargo opera en el fundamento de la autoría, pero sólo agravando la pena.

La relevancia de estos delitos fundamentalmente radica en el ámbito de la delimitación entre autoría y participación, así como en las repercusiones que tienen los “elementos personales especiales” sobre el marco penal aplicable. Los delitos especiales solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas, en otras palabras, aquellos que tengan las características especiales requeridas por la ley para ser autor. Se trata de delitos que importan la violación de una norma especial<sup>298</sup>. Estos delitos establecen no solamente la prohibición de una acción, sino que requieren además una determinada calificación del autor, pudiendo a su vez ser de dos clases. Por una parte, los denominados delitos especiales propios, como la prevaricación del juez, que sólo puede cometer quien tiene la calidad de magistrado, quedando impune o reconduciéndolo a otro tipo penal cuando lo cometiera alguien que carece de esa calificación; si la calidad de juez es considerada un elemento del tipo, el sujeto que, sin tener dicha calificación, cree poseerla y dicta una sentencia, puede cometer por ejemplo tentativa de prevaricato; en consecuencia, bajo tales condiciones la tentativa de delitos especiales propios dolosos es posible para los sujetos no calificados; la consumación no: la solución será diversa si los elementos del autor no se consideran parte del tipo. Por otra parte, los denominados delitos especiales impropios, en los que la calificación específica del autor opera como fundamento de agravación.

El delito de cohecho es un delito especial, y en relación al sujeto activo el cohecho pasivo es un delito especial propio, pues solamente puede ser cometido por quien tiene la condición de autoridad o funcionario público en ejercicio de sus funciones, mientras que en el cohecho activo ocurre lo contrario que en el cohecho pasivo<sup>299</sup>, al consistir la conducta en el mero ofrecimiento de la dádiva al funcionario con la finalidad de corromperle, es

---

<sup>298</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general* (citando a Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 138 y sgts.), op. cit., pág. 86.

<sup>299</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial*, op. cit., pág. 2011.

decir, inducirle a realizar un acto injusto en el ejercicio de su cargo, con independencia de la aceptación de la dádiva por el funcionario y de que el acto injusto llegue o no a ejecutarse<sup>300</sup>.

Sobre si los elementos objetivos que califican al autor deben incluirse o no en el tipo penal<sup>301</sup>, cabe entender que en los delitos especiales propios las circunstancias personales concurrentes se comportan como fundantes del injusto, no existiendo un delito común al que reconducir los hechos si esa cualificación no se presenta, mientras que en los delitos especiales impropios la calidad personal sólo produce el efecto de agravar o morigerar la culpabilidad, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación. La calidad de funcionario público en los delitos especiales impropios se comunica a los autores en que concurren, tanto si integran el tipo penal, como

---

<sup>300</sup> SAP de Las Palmas 10-12-2001. En sentido similar SAP de León 28-4-1999. Asimismo y en relación al delito de cohecho activo del art. 391 del CP, en su elemento determinante subjetivo es el ánimo o pretensión de corromper al funcionario (STS de 9 de marzo de 1994 [RJ 1994\1832]), propósito o intencionalidad que existe siempre que el regalo o dádiva alcanza una suma elevada de dinero.

<sup>301</sup> Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 87. Estima que es discutida la cuestión de si los elementos objetivos que califican al autor deben incluirse o no en el tipo penal. Si se los incluye en el tipo, su suposición errónea dará lugar a tentativa punible y la creencia errónea de que no concurren eliminará el dolo. Si, por el contrario, se sostiene que son elementos del deber jurídico, su suposición errónea tendrá por resultado un delito putativo (no punible), así como la creencia errónea de que no concurren no eliminará el dolo y se deberá tratar con las reglas del error sobre la prohibición. La opinión dominante incluye los elementos objetivos de la autoría en el tipo penal, distinguiendo entonces entre estos elementos y el deber jurídico que de su posesión por el autor se deriva para este. Dicho deber jurídico no es elemento del tipo: el error sobre el mismo se rige por las reglas del error de prohibición. Ejemplo: el funcionario que sabe que lo es, obra con dolo en la aceptación de un regalo en razón de sus funciones (cohecho), pero podría obrar con error (evitable o no) sobre la prohibición si ignora que ese hecho le está prohibido o si supone que lo que ha recibido no es una dádiva; este error deberá juzgarse con arreglo a las reglas del error de prohibición (cfr. Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, op. cit., pp. 141 y ss.; Claus ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., op. cit., 1970, págs. 5 y sgts.), En ocasiones la referencia al autor no se debería incluir en rigor en el tipo penal, ni tampoco considerarse un elemento del deber jurídico. En el caso de la “madre” en el infanticidio (Código Penal argentino, art. 81, 2º; Código Penal colombiano, art. 328; Código Penal español, art. 410; Código Penal venezolano, art. 413), en el que se hace una referencia a la situación de conflicto que fundamenta la atenuación de la pena. En tales supuestos, Günter STRATENWERTH (*Strafrecht*, I, núm. 204) estima que dichas referencias deberían tomarse en consideración en la culpabilidad, aunque por razones prácticas, en parte, pueden tenerse en consideración en el momento de verificar la subsunción.

si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable<sup>302</sup>.

#### D) Delito pluripersonal

La doctrina no ha tenido una sola voz sobre la naturaleza unilateral o bilateral del delito de cohecho, es decir, respectivamente si el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular son dos delitos autónomos e independientes, o si, por el contrario, constituyen las dos caras de un mismo y único delito. La posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza bilateral ha señalado como argumentos principales. Por un lado, el hecho de que para la perpetración se requiere la concurrencia de dos personas, el empleado público y el particular, y por otro, la circunstancia de que este delito consistiría en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquél acepta de éste una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo. Por otro, la posición de que el cohecho tiene naturaleza unilateral ha argumentado a partir de la constatación de que este delito se consumaría con la mera solicitud del funcionario o el simple ofrecimiento del particular, no siendo necesario que la solicitud o el ofrecimiento sean aceptados por sus destinatarios<sup>303</sup>.

Hasta antes de la modificación legal de 1944, el legislador penal al regular el delito de cohecho, actuaba en un campo en que casi no existía discusión sobre la naturaleza unilateral o bilateral del ilícito. En efecto, hasta entonces la doctrina se había uniformado en el sentido de considerar que el cohecho tenía naturaleza bilateral<sup>304</sup>, pero en esa fecha se incluye en el Código

---

<sup>302</sup> Rol N° 2.321-07 CORTE SUPREMA de Chile, 19 mayo 2008. Caratulada “c/ Carlos Cruz Lorenzen y otros” [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl). En el caso del fraude al fisco, la circunstancia personal de ser empleado público integra el tipo delictivo, de manera tal que se comunica a los copartícipes que estaban en conocimiento de ella. Sucede así con el delito de malversación de caudales públicos o con el fraude al fisco, pues separando la condición personal de funcionario público del interviniente, el ilícito sigue existiendo, pero con otro título distinto al de cohecho del funcionario público.

<sup>303</sup> CASAS BARQUERO, Enrique, *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*, en *Estudios penales. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Antón Oneca*, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 657 y sgts.

<sup>304</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *La responsabilidad del particular en el delito de cohecho (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998)*, en “Revista de Derecho y proceso penal”, año 1999, N° 1, op., pág. 194. En idéntico sentido, VALEIJE



penal español la solicitud de dádivas o presentes por parte del funcionario público, como forma de comportamiento que, atendida la estructura bilateral que tenía el cohecho, permanecía hasta entonces impune.

Esta modificación vino a poner en duda la tesis que afirmaba que el cohecho tenía carácter bilateral, toda vez que ya no era necesario acuerdo alguno entre el funcionario y el particular para que el delito se consumara, bastando la sola solicitud de dádiva o presente. La discusión que entonces se generó, con el correr del tiempo fue decayendo, hasta el punto que es posible afirmar que hoy en España es posición doctrinal abrumadoramente mayoritaria la que afirma la naturaleza unilateral del delito de cohecho<sup>305</sup>. Pero no deja de haber autores que defienden la naturaleza bilateral de este delito<sup>306</sup>.

Al ahondar sobre la bilateralidad o unilateralidad del delito de cohecho, necesariamente debemos hacer la distinción de cohecho activo o pasivo. Por una parte, el cohecho activo incluye tanto la acción concertada como la recepción de la dádiva o presente que puede ser expresa, por escrito, tácita u oral<sup>307</sup>, por lo cual el delito de cohecho no tiene que ser bilateral ni fruto de un acuerdo<sup>308</sup>. Apoyando esta postura doctrinal encontramos base jurisprudencial, a modo ejemplar podemos citar la sentencia de 18 de enero de 1993, en que el

ÁLVAREZ, Inmaculada, *Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el delito de cohecho)*, “Revista General de Derecho”, Número 597, op. cit., págs. 6519 y sgts.

<sup>305</sup> Entre quienes adhieren a esta posición mayoritaria pueden verse, entre otros, CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, editorial Bayer Hermanos, S.A. 1ª edición, 03/1999, págs. 195 y sgts.; OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 211 y sgts.

<sup>306</sup> Dentro de esta posición minoritaria destacan, entre otros, RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *La responsabilidad del particular en el delito de cohecho (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998)*, en “Revista de Derecho y proceso penal”, año 1999, N° 1, págs. 186 y sgts.; EAD., *El delito de cohecho*, op. cit., págs. 91 y sgts.; VALEIJE ÁLVAREZ, *De la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., págs. 37 y sgts., esp. pág. 42.

<sup>307</sup> En esta misma posición, CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, pág. 202.

<sup>308</sup> En el mismo sentido que CATALÁN SENDER, se manifiesta MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 916.

tribunal ha señalado derechamente que el cohecho no es un delito bilateral<sup>309</sup>, posición reafirmada en diversas sentencias posteriores, como la de 8 de mayo de 2001, en que el TS estima que, no obstante cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse sobre la condición unilateral o bilateral del delito de cohecho, el ordenamiento penal positivo lo prevé como un delito unilateral que se consuma por la mera solicitud de la dádiva<sup>310</sup>, lo que a su vez vuelve a ratificar la naturaleza unilateral del delito de cohecho la STS de 12 de junio de 2002<sup>311</sup>. Avanzando el tiempo, el TS ha mantenido la misma

---

<sup>309</sup> STS ROJ 27/1993. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid - Sección: 1. Ponente: Manuel GARCIA MIGUEL. N° Recurso: 2347/1989. Fecha: 18/01/1993. Tipo Resolución: Sentencia. Delito unilateral: “(...)la doctrina mayoritariamente hoy día entiende que aunque para cometer el delito de cohecho se requiere la intervención de más de una persona, no puede reputarse como un delito bilateral que requiere el acuerdo de voluntades, pues se debe entender cometido el delito en grado de consumación -en cuanto que no es posible, dada su estructura, admitir formas imperfectas de ejecución-, en cuanto se atenta al bien jurídico protegido como es la confianza de los ciudadanos en la correcta administración de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, de modo que la lesión, y en consecuencia, la consumación se ha de reputar producida, en cuanto se hace la petición o se reciba la dádiva, como condición para omitir el cumplimiento del deber, o en cuanto se ofrece con la misma finalidad y del relato fáctico aparece que el recurrente solicitó de los autores de los anteriores delitos contra la propiedad y de sus familias la entrega de la cantidad de cuarenta y cinco mil pesetas a cada uno de los dos autores de dichos delitos, como «única forma de evitar la cárcel y arreglar las cosas”.

<sup>310</sup> STS 776/2001 ROJ 3750/2001. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON, de 08/05/2001. Tipo Resolución: Sentencia: “(...)Por último se alega por el recurrente que nos encontramos ante una mera tentativa (incluso se habla de tentativa inidónea o desistida) porque la dádiva no llegó a ser abonada ni el acto delictivo ofrecido como contraprestación llegó a ser realizado, pero lo cierto es que, cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» de la dádiva, como se deduce expresamente del texto legal (art. 385 y concordantes del Código Penal de 1973 y art. 419 y concordantes del Código Penal de 1995 y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (Sentencia de 18 de enero de 1993), entre otras muchas), por lo que no requiere para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el de cohecho”.

<sup>311</sup> STS N° 1114/2002 ROJ 4287/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA. N° Recurso: 863/2001. Fecha: 12/06/2002. Tipo Resolución: Sentencia: “(...) Hemos señalado en la STS núm. 2052/2001, de 7 de noviembre, que cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» u «ofrecimiento» de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal (art. 385 y concordantes del Código Penal de 1973 y art. 419 y concordantes del Código Penal de 1995) y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (Sentencia de 18 de enero de 1993 [RJ 1993, 126] y 8 de

posición, así en STS de 7 de febrero de 2007<sup>312</sup> hace referencia al momento de consumación del delito de cohecho pasivo propio, y de esta forma consolida su postura de estimarlo como un ilícito unilateral.

En suma, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas predominantes estiman que el cohecho no es un delito bilateral, incluyendo en aquellos casos de “consumación anticipada”, o en otras palabras cuando se ha puesto en peligro la correcta administración del estado, como es el caso del particular que ofrece un beneficio improcedente, que no es aceptada por el funcionario público o cuando el funcionario es quien ofrece el “donativo”, casos en que no existe una anuencia de voluntades, entre el oferente y el destinatario de la oferta indebida.

Al ser considerado el cohecho como un delito unilateral, vemos la necesaria equiparación que existe entre las conductas, tanto cuando existe “acuerdo bilateral”, entre el ofrecimiento de dádiva y la actividad o inactividad del funcionario público, como cuando existe la exclusiva solicitud unilateral del funcionario<sup>313</sup> sin que sea requerida la aceptación de la misma, por lo que es suficiente que el funcionario destine a alguien la solicitud de la

---

mayo de 2001 [RJ 2001, 2700] entre otras), sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento”.

<sup>312</sup> STS 7/2/2007. Nº 77/2007 ROJ 793/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Tipo de resolución sentencia: “(...)El otro elemento necesario varía en cada uno de los tipos y consiste precisamente en ese comportamiento ilícito, siendo en el caso del art. 419 realizar una acción u omisión constitutiva de delito, bien entendido que la consumación en el tipo delictivo de cohecho pasivo propio se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa. En definitiva, como recuerda la STS 776/2001 (RJ 2001, 2700), un delito unilateral que se consume por la mera solicitud de la dádiva, por lo que no requiere para su consumación, ni la aceptación, ni el abono, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación que, caso de realizarse, se sancionaría separadamente en concurso con el cohecho, y hay una correcta equiparación entre aquellos supuestos en los que el objeto del cohecho y una acción constitutiva de delito con los que el referido delito es una omisión, también constitutiva de delito. Así se clasifica la conducta del funcionario que por precio se compromete a abstenerse de llevar a cabo una conducta propia de su cargo”.

<sup>313</sup> GIMENO LAHOZ, Ramón, CORBELLÀ HERREROS, Teresa, *Delitos contra la Administración pública*, Título XIX. Delitos contra la Administración pública; contra la Administración de justicia y contra la Constitución, Bosch Icasa Editorial, 1998, págs. 71 a 88.

dádiva para que el delito se consume<sup>314</sup>. A diferencia de existir un acuerdo entre el funcionario y el privado, el primero debe responder por la figura de cohecho pasivo, y el segundo, por el tipo de cohecho activo. Otra cuestión es si pueden o no concurrir formas imperfectas de ejecución<sup>315</sup>.

Al recordar la concepción tradicional del delito de cohecho como un ilícito bilateral en que era preciso un pleno acuerdo de voluntades entre dos partes para su perfección, vemos que este criterio comienza a cambiar con el CP de 1928 y se consolida con el CP 1944, hasta llegar a la situación actual de la consideración del carácter unilateral de este delito, en tanto que, más allá del necesario substrato pluripersonal de estos ilícitos, la responsabilidad penal de cada uno de los intervinientes se establece de manera independiente y autónoma y, en algunos casos, desvinculada de la propia conducta del otro interviniente. Sin perjuicio de esta discusión y el alcance que puede tener en importantes aspectos de la teoría jurídica del delito, la dinámica de este delito permite apreciar una duplicidad de sujetos intervinientes, por un lado, el funcionario -en un sentido amplio- y por otro el particular, siendo por tanto un delito pluripersonal, lo que no lo convierte en bilateral<sup>316</sup>. La doctrina ha tratado el concepto de delito pluripersonal, plurisubjetivo o simplemente delito colectivo, los cuales no pueden ser cometidos sino por varios sujetos en concurso necesario, es decir, por una colectividad<sup>317</sup>.

Los tipos pluripersonales no pueden ser cometidos por un solo sujeto activo que actúa sólo atendido que para su consumación, necesita la concurrencia de dos o más personas, en que si falta la concurrencia de uno de ellos, el ilícito no se consuma, por ausencia de los presupuestos típicos.

---

<sup>314</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, I, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 658. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El delito de tráfico de influencias*, en ASÚA BATARRITA, Adela (coord.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, año 1997, op., pág. 163.

<sup>315</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *Corrupción y delitos contra la Administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español*, op. cit., pág. 163.

<sup>316</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial*, op. cit., pág. 386.

<sup>317</sup> CAMAÑO ROSA, Antonio, *Cohecho y soborno*, Crónicas extranjeras, “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales del Uruguay”, Año 1961, Tomo 14, Número 2. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/20533>. Citando a MAGGIORE, op. cit., pág. 292.

Vemos discutible se apreciación en el tipo de cohecho, que tradicionalmente requiere la concurrencia del cohechador y el cohechado para que se encuentre completa la acción. Los casos de ausencia de voluntad expresa o tácita de uno de los intervinientes permiten la imputación de consumación o tentativa al cohechador según el país y la legislación aplicable.

A mayor abundamiento, sobre si el cohecho actualmente es un delito pluripersonal, vemos interesante engarzar el tema con la figura descrita en el artículo 430 del CP<sup>318</sup>, que tipifica las conductas alternativas tanto del particular como del funcionario que soliciten dádivas, presentes u otras remuneraciones, o acepten su ofrecimiento o promesa, con la finalidad de realizar las conductas de influencia descritas en los artículos anteriores del CP. Vemos presente nuevamente el elemento subjetivo del injusto, exigiéndose en cuanto tipo de participación necesaria un sujeto que ofrezca o prometa la dádiva o acepte la solicitud de entregarla, cuya sanción sólo podría proponerse por cooperación o inducción de los artículos 428 o 429, si la influencia se llega a ejercer<sup>319</sup>. En este caso lo que bastaría para la consumación es la aceptación, por lo que, a diferencia del delito descrito, y si entendemos que la figura perfecta requiere naturalmente la concurrencia de al menos dos voluntades independientes para su consumación, claramente emerge una diferencia sustancial con el delito de cohecho, que se consuma con la acción de un solo interviniente<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Artículo 430 del CP: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años. 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 impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. 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”.

<sup>319</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *El funcionario público ante el Derecho penal*, “Revista Jurídica de Castilla y León”, ISSN 1696-6759, N.º. 20, enero de 2010, pág. 39.

<sup>320</sup> A modo ejemplar, podemos citar el artículo 419 del CP, requiere para configurar el tipo penal de cohecho respecto del funcionario solicitar, ya sea por í o por intermedio de un tercero, sin que sea necesario que esta solicitud sea respondida y menos aceptada.

Los delitos pluripersonales se caracterizan por la necesaria concurrencia de diversos elementos para su configuración: la necesaria participación de al menos dos sujetos, que ninguno de estos sujetos tenga la consideración de víctima y que la intervención de todos los sujetos activos sea objeto de incriminación. No obstante, en la medida en que en algunos de los tipos de cohecho, tanto de funcionarios como particulares, se sancionan conductas de mera propuesta o solicitud, incluso no aceptadas, debe asumirse que estas modalidades de delito responden a la estructura de un delito unilateral<sup>321</sup>.

Los requisitos del delito plurisubjetivos pueden ser abarcados desde distintos ámbitos, incluso existen autores que consideran que los delitos pluripersonales en sentido estricto constituyen una especie dentro de los delitos de participación necesaria, mientras que otro sector doctrinal identifica la participación necesaria en sentido estricto con la participación impune en un delito pluripersonal en sentido amplio<sup>322</sup>.

Este tipo de delitos, en que debe existir una pluralidad de conductas de una pluralidad de sujetos, hace necesario determinar cuáles son las relaciones entre estos supuestos delictivos y las normas generales de derecho penal, como la participación punible, pensadas dar una tipificación diversas al aglutinamiento ficticio que hace la ley de diversas conductas relacionadas entre sí, que de no existir tal institución debieran sancionarse cada una de las conductas que forman el todo de manera independiente.

Hay dos etapas o momentos separados, que se encuentran amalgamados por medio de una ficción jurídica para la aplicación de una sanción como si fuera un hecho único. Estos momentos no deben ser confundidos entre sí, al determinar lo que es el delito pluripersonal. La mezcla de ambos planos contribuye a generar mayor confusión conceptual, pues el delito pluripersonal no debe estar condicionado por la punibilidad, abstracta o concreta, de los

---

<sup>321</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal español*, op. cit., pág. 385; RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., págs. 93 y sgts.; STS 353/2009, de 2 de abril (TOL 1499142).

<sup>322</sup> CARRASCO ANDINO, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Editorial Comares, Granada, 2002. Capítulo I: Aproximación al concepto de participación necesaria y del delito plurisubjetivo, N° 4.

sujetos que necesariamente intervienen en su ejecución. No puede ser de otra forma, si se tiene en cuenta que el problema central de esta categoría delictiva reside en la aplicabilidad de las reglas generales de participación al partícipe necesario no conminado penalmente<sup>323</sup>.

Se ha entendido<sup>324</sup> que en este delito “el elemento esencial se encuentra precisamente en el acuerdo de voluntades, momento en el que se produce la conculcación del principio de imparcialidad”. A partir de aquí se explica la tipificación expresa de la “solicitud de la dádiva o retribución” como una consecuencia de esta naturaleza pluripersonal, pues en otro caso dicha conducta resultaría ya punible por las reglas generales de la tentativa. En el mismo sentido, se manifiesta que “aun cuando se trata de una conducta típica mono-subjetiva, potencialmente puede dar lugar también a una estructura plurisubjetiva, ya que, si bien la citada tipificación abre la puerta a la consumación unilateral del cohecho pasivo propio, también permite el castigo del funcionario por ese mismo delito en los casos en que el particular haya atendido sus solicitudes”. A nuestro parecer, es más acorde a la normativa vigente doctrina que estima el carácter de delito unipersonal del cohecho<sup>325</sup>.

La regla general en el delito de cohecho es la concurrencia de un particular y un funcionario (sentido amplio), pero cuando concurren dos sujetos con la calidad de funcionarios, y la prestación de ambos consiste en realizar actos relativos al ejercicio de sus cargos, se sostiene que la unilateralidad en su tipificación admite, sin problema, la posibilidad de que los dos sujetos intervinientes, por ostentar la condición de autoridad o funcionario público y realizar como prestaciones un acto relativo a su cargo, respondan por el mismo tipo penal de cohecho de funcionario. En estos casos, el acuerdo de voluntades entre dos funcionarios tiene la naturaleza en la imputación de responsabilidad penal por cohecho para el primer funcionario que realiza la

---

<sup>323</sup> CARRASCO ANDINO, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Editorial Comares, Granada, 2002, Capítulo I: Aproximación al concepto de participación necesaria y del delito plurisubjetivo, N° 4.

<sup>324</sup> CARRASCO ANDINO, María del Mar, *ibidem*, citando a RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed., 04/1999, págs. 108 y sgts.

<sup>325</sup> *Vid.* OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, op. cit., págs. 226 y sgts.

acción requerida o solicitada, y el segundo tiene la consideración de particular ajeno al acto que ha desarrollado aquel y viceversa. De ese modo, cada uno de los funcionarios habría cometido simultáneamente una conducta subsumible tanto en el cohecho de funcionario, ya sea por haber aceptado como funcionarios una retribución para cometer un acto relativo a su cargo, o como en el cohecho de particular, por haber entregado una retribución a otro funcionario para obtener un acto relativo a su cargo, dando lugar a un singular concurso de leyes penales<sup>326</sup>.

A favor de la naturaleza pluripersonal, se estima que en este delito “el elemento esencial se encuentra precisamente en el acuerdo de voluntades, momento en el que se produce la conculcación del principio de imparcialidad”<sup>327</sup>. A partir de aquí se explica la tipificación expresa de la “solicitud de la dádiva o retribución” como una consecuencia de esta naturaleza pluripersonal pues, en otro caso dicha conducta resultaría ya punible por las reglas generales de la tentativa. En el mismo sentido, se afirma<sup>328</sup> que “aun cuando se trata de una conducta típica uni-subjetiva, potencialmente puede dar lugar también a una estructura pluri-subjetiva, ya que, si bien la citada tipificación abre la puerta a la consumación unilateral del cohecho pasivo propio, también permite el castigo del funcionario por ese mismo delito en los casos en que el particular haya atendido sus solicitudes.

Interesante resulta la cuestión de si los tipos penales que contienen una pluralidad de conductas que conforma una causal de modificación de la penalidad, como agravante o atenuante respecto de un tipo básico o una modalidad alternativa de la conducta típica. A este grupo pertenece el cohecho del art. 419 del CP, activo o pasivo, ya sea de recibir dádiva o presente y de aceptar ofrecimiento o promesa tienen carácter pluripersonal, siendo dudoso respecto de la de solicitud de dádiva o presente. Respecto de tales supuestos

---

<sup>326</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 399.

<sup>327</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed., Pamplona, 04/1999, págs. 108 y sgts.

<sup>328</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, págs. 48 y sgts.



siempre podría llegar a realizarse el delito con la intervención de una sola persona y, por tanto, la actuación plural no es esencial para el ataque al bien jurídico. Sin embargo, dicha fundamentación no tendría presente el antecedente de que, para la valoración de sanción por la efectiva realización del acto encomendado, es necesaria la actuación plural es indispensable y así ha sido desvalorada por el legislador al incriminar dicha forma de ataque. En consecuencia, el concepto de necesidad no viene referido únicamente al delito, sino al tipo, en su modalidad concreta y aislada.

El fundamento del delito pluripersonal es doble, en unos casos, porque el hecho tipificado sería imposible sin la concurrencia de los varios sujetos (como ocurre en la bigamia o en la riña tumultuaria), y en otros, porque, aunque el hecho sea posible sin la concurrencia de varios individuos, su presencia lo dota de un carácter diverso, esto es, recibe una valoración distinta por el legislador: bien porque el hecho debe ser castigado por un título diverso cuando es cometido por más de una persona, como ocurre con el abandono colectivo de un servicio público, bien porque determina una circunstancia agravante o atenuante, como ocurre con la violación realizada por dos o más individuos o con el aborto con consentimiento de la embarazada.

### **E) Delito continuado**

Cuando se comenten diversas infracciones penales, con homogeneidad determinada, y se ejecutan por un mismo sujeto, el CP considera que estamos frente a una ficción jurídica que considera estas acciones separadas como un solo tipo penal, y les entrega la calificación de continuado<sup>329</sup>. A modo ejemplar, desde el punto del funcionario público, consideremos un encargado

---

<sup>329</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Editorial Praxis S.A., (La Ley) Barcelona 1999, pág. 307: ejemplo tradicional del cajero del banco que cada día se apropia de una cantidad mínima de dinero, persistiendo su acción durante varios años, de tal manera que lo sustraído al final alcanza una cifra considerable. En este caso no cabe duda que cada acción cotidiana reviste los caracteres de una infracción penal, y por ende punible, y un caso claro de concurso real. Pero el ordenamiento jurídico prefiere unificar su tratamiento por diversas razones, entre ellas, temas procesales, porque resulta más sencillo demostrar en un juicio una actividad continuada, que descender al detalle de cada uno de los hechos.

de un depósito de basura municipal, que sólo puede recibir residuos sólidos, y todas las semanas un particular le paga una cantidad exigua de dinero por dejar entrar residuos líquidos. ¿Esta acción semanal de recibir dinero que al término de meses o años se convierte en una gran cantidad de dineros, nos vemos enfrentados a un delito continuado a una serie de cohechos menores? Para responder la pregunta, debemos atender a los requisitos que establece el artículo 74 del CP<sup>330</sup>, que deben concurrir en forma copulativa: la necesidad de la ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, en este caso la idéntica ocasión se refiere al delito de cohecho, la misma capacidad de hacer o en influir para realizar o dejar de realizar una determinada acción; la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.

En otras palabras, al estar frente a un funcionario público y en consideración del número de conductas cometidas y la posibilidad de que se configure un delito continuado, es necesario tener en cuenta que lo relevante que es el acto de recibir o solicitar la recompensa y no los actos que se realicen en virtud de la misma, afirmación basada en la naturaleza de ser un delito de mera actividad. Sobre este punto se debe tener presente que el delito deriva de sus actos de entrega de dádiva y no del número de actos que, por razón de aquellas entregas, haya realizado el funcionario corrompido por el

---

<sup>330</sup> Artículo 74 del CP: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

recurrente. Según la STS 1335/ 2001<sup>331</sup>, todas las figuras delictivas de cohecho se conforman como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, y se consuman con la ejecución de la acción típica, que consiste en el intento de corromper al funcionario público, lo que permitió estimar delito continuado de cohecho en el caso de la STS 7-11-2001<sup>332</sup>, en atención a la pluralidad de actos de entrega del acusado y no de actos realizados por el funcionario corrupto<sup>333</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo incluso llegó a elaborar una doctrina en vigencia del Código Penal anterior, a través de Sentencias de 1957, 1963, 1948 y 1981, sobre el carácter contractual del cohecho fundado en una solicitud o recepción de beneficios para quebrantar el deber: la STS de 17-6-1957 estima una auténtica venta de función pública, la STS de 16-3-1953 expresa que el funcionario en el ejercicio del cargo comete un acto que constituya delito tanto abarca cuando se pone precio a la conducta ilícita del funcionario por él mismo, y la STS de 17-12-1948 cuando dolosamente cooperan con los terceros con los medios conducentes a la consecución del fin punible convenido, de tal forma que, dentro de la tesis del delito contractual, con pluralidad de sujetos que pacten ilícitamente sobre la función pública que uno desempeña para apartarla de los cauces legales con lesión de los intereses generales, no se puede concluir que sea un acto personalísimo, sino que basta para reputar autores del delito a los contratantes en cuanto haya acuerdo sobre el acto ilícito o injusto a realizar, porque la materia o el contenido del delito de cohecho no es acto que el funcionario ejecute o deje de ejecutar

---

<sup>331</sup> STS N° Sentencia: 1335/2001. ROJ 6389/2001 Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO. N° Recurso: 1052/2000. Fecha: 19/07/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>332</sup> STS N° 2052/2001. ROJ 8687/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. N° Recurso: 3782/1999. Fecha: 07/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>333</sup> STS N° 513/2008. ROJ 4423/2008. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Luciano VARELA CASTRO. N° Recurso: 2275/2007. Fecha: 23/07/2008. Tipo Resolución: Sentencia.

indebidamente, sino el consentimiento prestado al mismo, aunque no se lleve a efecto<sup>334</sup>.

## F) ¿Delito de emprendimiento?

En los delitos de emprendimiento las formas imperfectas de comisión continúan siendo tentativa y no consumación, por lo que no será posible una tentativa de tentativa<sup>335</sup>. El objeto de los tipos penales de emprendimiento es la agravación por parte del legislador, al igualar la tentativa con la consumación, y de esta manera sancionar con igual *quantum* las acciones perfectas y las imperfectas, estimando que los niveles de conducta tentados o consumados tienen el mismo desvalor.

Sobre si un delito de emprendimiento admite ejecuciones imperfectas, a nuestro parecer ello es teóricamente posible, toda vez que al elevar los grados intermedios de ejecución al nivel de consumación, estaríamos frente a una tentativa de un delito consumado y no de una tentativa de un delito tentado. No obstante, el juzgador deberá ser extremadamente meticuloso en la determinación de estar frente actos preparativos, tentación o consumación, toda vez que mientras más nos alejemos de la consumación más difícil resulta determinar la real afectación del bien jurídico.

En el delito de cohecho, es posible teóricamente la tentación en el cohecho, siendo relevante atender a la concreta configuración de la tentativa. Hasta la reforma de 2010 era fácilmente ejemplificable con el caso del funcionario que solicita una ventaja por carta, y ésta es interceptada antes de haber sido conocida por el particular que iba dirigida, o también aquellos supuestos en los que la conducta del funcionario o del particular consiste en ofrecer o solicitar una ventaja por la realización de un acto injusto, cuando éste en realidad resulta ser desde una perspectiva objetiva, conforme a derecho

---

<sup>334</sup> ROJ 4597/1981. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José HIJAS PALACIOS. Nº Recurso: - Fecha: 07/04/1981. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>335</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., págs. 124 y sgts.

justo<sup>336</sup>. También cabe el desistimiento voluntario, si el funcionario o el particular que ha entregado la carta de solicitud a un intermediario luego se arrepiente y pide que se le devuelva antes de entregársela al destinatario<sup>337</sup>.

En el cohecho se entremezclan los actos independientes de cada uno de los partícipes con los actos de configuración un principio de ejecución, y cada una de las conductas miradas en forma independiente realiza el tipo penal, debiéndose analizar la conducta en el ámbito consumativo y de la tentación. Determinar los actos en grado de tentativa dependerá de la interpretación que se haga de los verbos rectores, ofrecer y solicitar, sin que efectivamente el ofrecimiento llegué a destinatario.

El delito de emprendimiento se presenta por medio de la descripción de conductas con frases como “los que intentaren penetrar”<sup>338</sup>, “los que presentaren o intentaren presentar”<sup>339</sup>, “el que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir”<sup>340</sup>, “o los que atentaren contra”<sup>341</sup>. Equipara tentativa y consumación, y su importancia práctica estriba en que suprime la atenuación para la tentativa, y no rige la disposición sobre el efecto eximente del desistimiento voluntario; en su lugar, algunas regulaciones específicas

---

<sup>336</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., págs. 126 y sgts., citando a JESCHECK, Hans-Heinrich, en “LK”, págs. 20 y 21, aunque para que la tentativa sea punible es necesario que el tipo en particular lo prevea expresamente.

<sup>337</sup> MIR PUIG, Santiago, en VV.AA., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Editorial Tirant lo Blanch Colección: Tratados, Comentarios y Prácticas procesales, 1ª edición, 02/2011, op. cit., pág. 919.

<sup>338</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 119, haciendo referencia al artículo 152 del Código penal de 1973, que trataba los delitos contra los altos organismos de la Nación.

<sup>339</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 119, haciendo referencia al artículo 154 del Código penal de 1973, que trataba los delitos contra los altos organismos de la Nación; y entre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes (art. 169 del CP).

<sup>340</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 119, haciendo referencia al artículo 163 del Código penal de 1973, que trataba los delitos contra las formas de gobierno.

<sup>341</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 120, haciendo referencia al artículo 199 del Código penal de 1973.

admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el “arrepentimiento activo”<sup>342</sup>.

#### IV.- Elementos típicos esenciales

##### A) Naturaleza de la prestación, *quantum* y destinatario

La determinación de dádiva, regalo, contraprestación, beneficio, etc., entregado o prometido entregar al funcionario público, es del todo relevante, a lo que debemos sumar el *quantum* de la entrega y el destinatario final de la misma. La doctrina mayoritaria estima que la prestación del particular podrá consistir en dar un bien, hacer o no hacer algo con independencia de su carácter económicamente evaluable, como serían singularmente favores sexuales, reconocimientos públicos, etc., siendo indiferente que la prestación sea de carácter lícita o ilícita, tratarse de un bien extra comercial como de una prestación ilícita e incluso delictiva<sup>343</sup>.

Entre otros argumentos se esgrimen “que debe mantenerse en la actualidad la necesidad de un contenido económicamente evaluable como elemento delimitador con el delito de tráfico de influencias (art. 428 y 429 CP), que quedaría reservado para las prefaciones inmateriales, no resulta convincente toda vez que la dinámica comisiva de este delito no se fundamenta en una relación causal prestación-contraprestación sino en el prevalimiento de una situación para obtener una prestación del funcionario”. Asimismo, en el cohecho la retribución de prestación de favores sexuales sólo es apreciable cuando emane del particular y no cuando sea solicitada por el funcionario, pues en este caso integraría el delito de sollicitación sexual del art. 443 CP, toda vez que, sin perjuicio de la eventual la existencia de un concurso

---

<sup>342</sup>ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pág. 336.

<sup>343</sup> Entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, BLANCO CORDERO, MIR PUIG, ORTIZ DE URBINA GIMENO, OTERO GONZÁLEZ, POZUELO PÉREZ, QUERALT JIMÉNEZ. En contra de esta posición, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA. Citados por ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 397.

de normas en determinados casos, es indubitado que este tipo de prestaciones se integran con toda normalidad en el concepto de favores<sup>344</sup>.

Como hemos visto con las diversas modificaciones al CP, se ha ampliado el objeto o retribución incluidos como prestación en el delito de cohecho. Así, los arts. 419, 420 y 422 CP, al regular el delito de cohecho de funcionario, establecen expresamente, como fórmula de estilo, que la retribución a percibir por la autoridad o funcionario público puede ser “en provecho propio o de un tercero”. Ello supone la consagración de la potencial intervención de un tercero diferente a los que acuerdan la retribución y la ejecución de la contraprestación, esto es, el particular y el funcionario<sup>345</sup>.

Atendiendo al propio tenor literal de esta previsión, en que la retribución a percibir por la autoridad o funcionario público puede ser en provecho propio o de un tercero, parece que podría tener la consideración de un tercero no sólo una persona física o jurídica, sino también grupos de interés o colectivos sin personalidad. De ese modo, además de los casos más comunes de personas o familiares cercanos al funcionario, pueden incluirse empresas o sociedades, partidos políticos, sindicatos u otros tipos de organizaciones o corporaciones de derecho público o privado. Junto a ello, tampoco cabría descartar potenciales beneficios de carácter más evanescente como grupo religioso o étnicos, habitantes de poblaciones, etc. Igualmente, en el debate abierto sobre si esta previsión, puesta en relación con el bien jurídico tutelado, permite admitir como típico, por un lado, la existencia de un beneficio absolutamente ajeno y desvinculado del funcionario y, por otro, los supuestos en que el beneficio se proyecta sobre el propio interés general que representa la autoridad o funcionario, la conclusión debe ser que no pueden tampoco excluirse del ámbito de este tipo penal al ser retribuciones típicas en provecho de terceros<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 398 y sgts.

<sup>345</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 389.

<sup>346</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 390.

La retribución a percibir por la autoridad o funcionario público puede ser “en provecho propio o de un tercero”. El provecho ya no supone necesariamente que sea en favor del funcionario, sino que además puede ser en favor de un tercero, que puede ser incluso ajeno a quienes acuerdan el acto requerido y su retribución. La posibilidad que sea un tercero el beneficiado con la retribución abre una interesante puerta, a que este ajeno a la contratación delictual, sea una persona jurídica, grupos de interés o colectivos. De ese modo, además de los casos más comunes de familiares del funcionario, se suman grupos religiosos, sociedades, sindicatos, partidos políticos, etc<sup>347</sup>. La ampliación del concepto de beneficiario y la naturaleza del beneficio se inspiran en gran medida en los Convenios internacionales, que determinan que el beneficio de la retribución a aportar por el particular puede ser para un tercero diferente al propio funcionario. A modo de ejemplo cabe citar el art. 2 (corrupción pasiva) del Convenio de la UE<sup>348</sup>, que hace referencia a las exigencias “para sí mismo o para un tercero”, en el art. 8, b) del Convenio de ONU<sup>349</sup> y a que “redunde en propio provecho o en el otra persona o entidad”,

---

<sup>347</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, ob., cit., págs. 388 y sgts. Sobre el punto expresa el autor que igualmente, en el debate abierto sobre si esta previsión, puesta en relación con el bien jurídico tutelado, permite admitir como típico, por un lado, la existencia de un beneficio absolutamente ajeno y desvinculado del funcionario y, por otro, los supuestos en que el beneficio se proyecta sobre el propio interés general que representa la autoridad o funcionario, la conclusión debe ser que no pueden tampoco excluirse del ámbito de este tipo penal al ser retribuciones típicas en provecho de terceros.

<sup>348</sup> Artículo 2. Corrupción pasiva: “1. A efectos del presente Convenio constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función. 2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales”. CONVENIO DE LA UE. 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. Hecho en Bruselas, el 26/05/1997.

<sup>349</sup> Artículo 8. Penalización de la corrupción: “a).- Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o



así como el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa que alude “para sí mismo o para algún otro”.

Un tema no menor es ya no sólo la naturaleza de la prestación, sino además que se intenta cubrir la misma con un manto de legalidad, embozando su real naturaleza. En este sentido podemos ver una amplia fuente jurisprudencial, tanto como es la imaginación de los creadores de esta *mise en scène*. A modo de ejemplo podemos citar sentencia del TS del año 2001<sup>350</sup>, que establece que efectivamente se puede pagar a funcionarios por conferencias u otros trabajos científicos o técnicos que no sean incompatibles con su función, pero no obstante su cuantía debe ser relacionado directamente con la labor efectuada, atendido a que por su reiteración o por la desproporción con lo supuestamente retribuido evidencia en que su causa tiene un real origen en otras consideraciones. Dentro de la gama de estos pseudos pagos lícitos, encontramos casos en que la retribución puede ser recibida con la interdicción de patrocinios de actividades o empresas que son las que establece el negocio jurídico en beneficio del funcionario o de un tercero, que fue el supuesto enjuiciado en el año 2012<sup>351</sup>. También encontramos el caso relacionado con financiación de cursos a un funcionario en una Universidad extranjera, el cual pudo incluso encubrirse bajo la apariencia de premios u

---

indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos año 2000. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. (La Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003). CONVENCION de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos. (Oficina de Las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Viena). NACIONES UNIDAS. Nueva York, 2004.

<sup>350</sup> STS N° 2052/2001. ROJ 8687/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. N° Recurso: 3782/1999. Fecha: 07/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>351</sup> ATS 6320/2012, 4-VI ROJ 6320/2012 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA. N° Recurso: 20339/2009. Fecha: 04/06/2012. Tipo Resolución: Auto Resumen: -Causa Especial 20339/2009. Caso financiación cursos en la Universidad de Nueva York -Recurso de Apelación contra el auto de transformación a Procedimiento Abreviado dictado por el Juez instructor formalizado por la Acusación Popular/querellante -Recurso de Apelación contra el auto de Transformación a Procedimiento Abreviado dictado por el Juez Instructor formalizado por el querellado/imputado -Recurso de Apelación contra el auto del Sr. Juez Instructor que acuerda la prescripción del delito de cohecho impropio y archivo de la causa, formalizado por la Acusación Popular/querellante.

otros honores, tal como se analizó en el ATS de 01 de junio del 2007<sup>352</sup>, en relación con la entrega de un premio jurídico, dotado con una importante cuantía económica, al titular de un Alta Institución del Estado<sup>353</sup>.

La necesaria destinación del regalo o dádiva no es un tema tangencial, sino en extremo determinante, para concluir si la conducta efectuada por el sujeto activo es cubierta por el Derecho penal o es impune. Cuando lo que persigue el sujeto activo son beneficios para el erario público, y no para sí o para un tercero, la dádiva o regalo recibida para ser destinada, no en favor suyo o de un tercero relacionado con el receptor, sino al fisco en sus distintas formas, la jurisprudencia ha seguido la postura de declarar impune estos actos. De este modo, se plantean diversos supuestos<sup>354</sup>, como el contemplado por la SAP de Valencia de 2 de diciembre de 1997, que absuelve del delito de cohecho a un alcalde que propuso a los representantes de unas canteras que sufragaran parte de los gastos derivados del acondicionamiento del camino que conducía a las mismas, persiguiendo ahorrar gastos al Ayuntamiento.

Siguiendo con este orden de ideas, el cohecho puede cumplir también una función de recogida de muchos supuestos en los que efectivamente se ha de demostrar la entrega de una contraprestación económica por el acto por el funcionario. La STS 323/2013, de 23 de abril<sup>355</sup> absolvió al Ex Presidente de la Comunidad de Valencia, acusado de haber recibido como regalo diversos trajes para su vestuario particular, confirmando la Sentencia absolutoria del tribunal de Jurado, que entendió por mayoría que no quedaba demostrado la entrega gratuita de dichos trajes o, en todo caso, que éstos se hubieran entregado en consideración a su cargo.

---

<sup>352</sup> ATS 1-6-2007. ROJ 7784/2007, 1-VI ROJ 7784/ 2007 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: José Manuel MAZA MARTIN. Nº Recurso: 20637/2006. Fecha: 01/06/2007. Tipo Resolución: Auto.

<sup>353</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 400.

<sup>354</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen / ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina / MESTRE DELGADO, Esteban / RODRÍGUEZ NUEZ, Alicia, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex Editorial, Madrid, 2015, pág. 747.

<sup>355</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 388 y sgts.

El delito de cohecho, acorde con otras legislaciones internacionales, ha de ampliar la retribución a especies o acciones, no sólo cuantificables en dinero, por tanto, modifica la caracterización de un delito de enriquecimiento para el funcionario. En el nuevo contexto normativo, la existencia de un provecho propio o de tercero aparece un común requisito objetivo alternativo con indiferencia de cuales sean los fines, económicos, satisfacción personal, etc., por lo que el funcionario ha optado por establecer como prestación a obtener del particular no ser él quien obtenga el provecho sino un tercero. En última instancia, lo que exige el tipo penal es, en una perspectiva objetiva, una relación sinalagmática entre la prestación del particular y la contraprestación del funcionario y, desde una perspectiva subjetiva, condicionar la una a la otra. En este esquema, resulta una distorsión de la propia configuración típica del delito que carece de relevancia a los efectos del bien jurídico tutelado<sup>356</sup>.

Es también relevante el monto o quantum de la dádiva, regalo, o retribución, para delimitar la existencia de un ilícito o simplemente una cortesía social. A esos efectos se ha sostenido que no cabría considerar típicos los regalos de valor insignificante, los que responden a usos comúnmente aceptados en las relaciones sociales (presentes de Navidad o aniversarios) o que son de mera cortesía (invitación a comidas, regalos en visitas institucionales), por entender no sólo que quedarían amparados por el principio de adecuación social sino que, conforme a exigencias de fragmentariedad y ultima ratio, su aceptación ni siquiera resulta ilícita para el Derecho administrativo<sup>357</sup>. Sin embargo, más allá de la influencia que pueda tener la cuantificación de la dádiva junto con otros elementos concomitantes para valorar la concurrencia de otros elementos esenciales del tipo de cohecho -singularmente, la relación medial entrega de la dádiva y la eventual contraprestaciones del funcionario-, el valor de la retribución nada puede añadir a un tipo penal que en la actualidad no está construido sobre la

---

<sup>356</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 388.

<sup>357</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 400.

obtención de un beneficio económico, sino sobre la retribución de cualquier clase<sup>358</sup>.

Debemos también referirnos a la idoneidad de la dádiva, teniendo presente los diversos criterios doctrinales en cuanto a la retribución y su idoneidad. Es así como hay autores<sup>359</sup> que traen a colación a lo menos cuatro criterios en torno a la retribución: la irrelevancia de la misma, la proporcionalidad, la causalidad adecuada y adecuación social. Criterios que son fundamentales para considerar un verdadero desvalor de resultado de la conducta. No obstante, hay voces disonantes<sup>360</sup>, que señalan la irrelevancia *de lege lata*<sup>361</sup> de la naturaleza cuantitativa de la dádiva, por dos razones: gramaticalmente los arts. 419 y siguientes del CP no exigen el carácter proporcional de la dádiva y teleológicamente el bien jurídico protegido puede peligrar también aunque la dádiva no sea proporcional al acto oficial; no obstante, la cuantía de la retribución debe ser relevante en orden a motivar al funcionario en su actuación para excluir la obligación del funcionario de actuar de forma imparcial<sup>362</sup>.

Como vimos, el *quantum* de la retribución es relevante para el tipo de delito de cohecho, por lo que la misma ha de tener una cierta capacidad objetiva de corromper, atendiendo a las circunstancias del caso, excluyendo del delito los supuestos de dádivas claramente insignificantes<sup>363</sup>. Es así que retribuciones insignificantes o de cortesía social, o de escasa valoración

---

<sup>358</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 401.

<sup>359</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., págs. 136 a 142.

<sup>360</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 345.

<sup>361</sup> *De lege lata*, esto es, según el significado de la ley vigente.

<sup>362</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, Editorial Aranzadi, 2009, pág. 1219.

<sup>363</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El delito de tráfico de influencias, en delitos contra la Administración pública*, en ASÚA BATARRITA, (coord.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 163.

económica como flores, libros, etc., no son suficientes para constituir el delito<sup>364</sup>.

No obstante, no sólo el *quantum* influye, sino que además se requiere que la retribución tenga un carácter indebido para la comisión del delito de cohecho pasivo impropio, en el caso de los demás delitos la retribución tendrá siempre un carácter indebido<sup>365</sup>. En el cohecho pasivo propio, la retribución es siempre en sí misma indebida, puesto que el carácter ilegítimo del acto se transfiere a la retribución<sup>366</sup>. De esta manera, cobra trascendencia para el derecho penal, que intervenga una retribución por la actuación del funcionario, o lo que es lo mismo, que el motivo de su comportamiento sea el precio dado u ofrecido por el particular<sup>367</sup>.

La jurisprudencia también se ha referido al tema. Así, el TS ha señalado que la retribución no debe ser debida para que se consume el delito: “Es característica común de ambas modalidades que las dádivas, presentes, ofrecimientos, retribución o promesas en que se materializa la acción típica no son debidas. El funcionario carece, en todo caso, del derecho para su exigencia o percepción<sup>368</sup>. Actualmente la orientación del Tribunal Supremo se puede ver reflejada especialmente en STS<sup>369</sup> del año 2014, que al hacer referencia al tipo penal del artículo 422 del CP, realiza un descriptivo relato fáctico.

---

<sup>364</sup> MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 917.

<sup>365</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 131.

<sup>366</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pág. 144.

<sup>367</sup> Como hemos dicho, esta retribución no sólo es cuantificable en dinero, pudiendo tener otras características, pero además debe ser relevante, excluyendo por ejemplo las cortesías sociales.

<sup>368</sup> STS 646/1996 ROJ 646/1996 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Luis ROMAN PUERTA LUIS. Nº Recurso: 1366/1995. Fecha: 05/02/1996. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>369</sup> STS 20/02/2014 Nº 123/2014 ROJ 2014/724. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Perfecto Agustín ANDRES IBAÑEZ. Nº Recurso: 1791/2013. Fecha: 20/02/2014. Tipo Resolución: Sentencia. El condenado aprovechándose de su condición de policía y siendo conocido por su cometido profesional en clubes de alterne se valió de tal condición oficial para acudir a dichos establecimientos y usar de sus servicios (no sólo de bebidas espirituosas), a su antojo, siendo además que en ellos trabajaban mujeres inmigrantes en situación irregular. La defensa cuestionó la admisibilidad de ofrecimientos o regalos de escasa entidad, propios de los usos y adecuados socialmente.

El Tribunal Supremo expresa que el cohecho impropio responde a la necesidad de que los funcionarios públicos se atengan con rigor a normas de su estatuto, sobre todo los que ejerzan poder. No integran el tipo pequeñas actuaciones de cortesía como, por ejemplo, aceptar o pedir un vaso de agua en una diligencia de entrada y registro. Pero no fue este el caso<sup>370</sup>. Las acciones ejecutadas por el funcionario público no se hubieran consentido a cualquier cliente, sino que atendida a su especial investidura, siendo irrelevante si medió invitación formal o simplemente llegó al lugar, bastando su constancia de que podía moverse como si hubiera sido invitado al lugar<sup>371</sup>.

## **B) Cualidades, derechos, limitaciones y restricciones de la función pública**

En este punto trataremos de las cualidades, derechos, limitaciones y restricciones, de la función pública y en especial sobre las limitaciones de recepción de dádivas<sup>372</sup>, citando una interesante sentencia del TS, sobre la recepción de dádivas, emolumentos, regalos, etc., fuera de las retribuciones legales, que por su función le corresponde. Como afirma la STS de 2009<sup>373</sup>, la característica esencial de este delito se ve delimitada por el principio administrativo según el cual ningún funcionario público puede recibir emolumentos por el cumplimiento de la función pública, al ser una de las notas claves de la función pública que el abono de sus servicios corra a cargo

---

<sup>370</sup> A nuestro juicio, esta descripción del TS debe entenderse sin perjuicio del cohecho de facilitación. Lo que encontramos interesante de la sentencia, además de lo ya expuesto es la ejemplificación de pequeños actos de cortesía, que a nuestro juicio lo diferencia del microcohecho. *Vid. supra*.

<sup>371</sup> ARRIERO ESPÉS, Sara, *Cohecho impropio. Cuando la dádiva es sexual*. <http://saraarrieroespenalista.blogspot.cl/2014/03/cohecho-impropio.html>. 13 de marzo de 2014. En tal contexto, el Tribunal Supremo alude a que realizó consumiciones gratis, se movió “a su antojo” por las habitaciones del prostíbulo y obtuvo favores sexuales.

<sup>372</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA, *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 955.

<sup>373</sup> STS N° 102/2009. ROJ 923/2009. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Luciano VARELA CASTRO. N° Recurso: 1085/2007. Fecha: 03/02/2009. Tipo Resolución: Sentencia.

de los presupuestos generales del Estado. También la STS de 2008<sup>374</sup> incide en estos aspectos y en las diversas modalidades de cohecho, como la homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho expresamente proclamada por el TS. En efecto, la STS de 1998<sup>375</sup> recuerda que “(...) la posible heterogeneidad de las diversas figuras de cohecho es más aparente que real, en cuanto que el bien jurídico que tratan de proteger sus diferentes modalidades delictivas es perfectamente unificable. Una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir con instrumentos penales. Todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. Desde esta perspectiva se tiende a una política unitaria que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto. En esta línea tanto el cohecho activo como el pasivo, el propio como el impropio, son manifestaciones de esta lacra de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de Derecho”.

Son de determinar los deberes de los funcionarios públicos desde un punto de vista legal, que se encuentran consagrados en los artículos 76 a 81 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), la mayoría demasiado formales, pero algunos de ellos fundamentales para la interpretación de los delitos contra la administración pública. Por su parte, el art. 77 LFCE se refiere a un deber meramente formal de residencia de los funcionarios públicos en el lugar en el cual presten sus servicios<sup>376</sup>. El art. 78 LFCE establece el deber de cumplir con la jornada de trabajo<sup>377</sup>, lo que influye en la

---

<sup>374</sup> STS N° 362/2008. ROJ 3976/2008. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Manuel MARCHENA GOMEZ. N° Recurso: 2162/2007. Fecha: 13/06/2008. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>375</sup> STS N° 1417/1998 ROJ 7651/1998. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: José Antonio MARTIN PALLIN. N° Recurso: 2885/1997. Fecha: 16/12/1998. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>376</sup> Art. 77 LFCE: “1. Los funcionarios deberán residir en el término municipal donde radique la Oficina, Dependencia o lugar donde presten sus servicios.

2. Por causas justificadas, el Subsecretario del Departamento podrá autorizar la residencia en lugar distinto, siempre y cuando ello sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo”.

<sup>377</sup> Art. 78 LFCE: “La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado será la que reglamentariamente se determine. Su adaptación para puestos de trabajo

eficacia y eficiencia en la prestación de la función pública. El art. 79 LFCE consagra el deber de obediencia y respeto de los funcionarios públicos a sus superiores<sup>378</sup>, principio fundamental para la interpretación del principio de jerarquía, el criterio de división de funciones, temas de delegación, criterios útiles en el estudio de la adecuación típica en casos de tráfico de influencias. Pero también el punto relacionado con el respeto parece necesario a fin de evitar malinterpretaciones en el delito de concusión. El art. 80 LFCE señala los deberes de sigilo, decoro y mejora en las funciones públicas<sup>379</sup>, el primero muy relacionado para la interpretación del delito de abuso de información privilegiada, así como la aplicación de los términos del régimen de inhabilidades después de dejar el cargo.

A su vez, el artículo 81 LFCE establece el deber de realizar una buena gestión por los funcionarios públicos y la consecuente responsabilidad civil, penal y administrativa por no cumplir con esta obligación<sup>380</sup>, máxima derivada del principio de eficiencia de las administraciones públicas y que puede constituir un criterio para considerar que acciones que se hacen con el objeto de mejorar la gestión dentro de las Administraciones públicas, puedan considerarse dentro del riesgo permitido, caso en el cual en todo caso el riesgo

---

concretos se consignará en la clasificación de los mismos, requiriendo, consiguientemente, la aprobación del Ministerio de Administraciones Públicas a propuesta de la Comisión Superior de Personal”.

<sup>378</sup> Art. 79 LFCE: “Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con exacta disciplina, tratar con esmerada corrección al público y a los funcionarios subordinados y facilitar a éstos el cumplimiento de sus obligaciones”.

<sup>379</sup> Art. 80 LFCE: “Los funcionarios han de observar en todo momento una conducta de máximo decoro, guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo, y esforzarse en la mejora de sus aptitudes profesionales y de su capacidad”.

<sup>380</sup> Art. 81 LFCE: “1. Los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo. 2. La responsabilidad propia de los funcionarios no excluye la que pueda corresponder a otros grados jerárquicos. 3. La responsabilidad civil y penal se hará efectiva en la forma que determina la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado”. (Cfr. los artículos 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -desarrollado el primero de ellos por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial). La administrativa se exigirá con arreglo a las prescripciones del capítulo VIII de este título y de lo establecido en el título IV, capítulo II, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en el Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo. (Ambos textos legales han sido derogados por las Leyes 6/1997 y 50/1997).



permitido no se derivaría de la ponderación de intereses y por ello no constituiría una causa de atipicidad sino de justificación.

Ahora bien, las leyes de incompatibilidades establecen deberes de no actuar a los funcionarios públicos en determinadas situaciones en las cuales la Administración Pública excluye la aplicación del riesgo permitido y adicionalmente permite establecer criterios de interpretación de eventos en los cuales una determinada remuneración se considera permitida y no puede considerarse como constitutiva de cohecho o enriquecimiento sin causa por formar parte de las actividades permitidas a los funcionarios públicos. Desde esta perspectiva, lo que ha de considerarse básico es la prohibición de realizar simultáneamente actividades en el sector privado y en el público, cuando se perciban retribuciones complementarias por especial dedicación al puesto de trabajo en las Administración Pública. Pero también es importante establecer términos claros de inhabilidad para ejercer cargos privados después de haber ejercido determinadas funciones públicas, que impliquen algún manejo de información privilegiada o poder dentro de esa institución, lo que puede darse en situaciones concretas, pero debo advertir que con frecuencia se cometen atropellos al derecho al trabajo y derecho al honor al cuestionar que un funcionario que ha dejado un cargo público, cumpliendo con el término de inhabilidad no tiene por qué ser objeto de reproche alguna por trabajar en empresas privadas nacionales o extranjeras. En mi opinión, es de señalar la importancia de no llegar a extremos en los que por falsos moralismos se amplíen términos de inhabilidad, generando móviles de corrupción, o incluso desmotivando a posibles buenos funcionarios a acceder al servicio público.

En este punto, vemos del todo necesario hacer una breve referencia al régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos, que guarda estrecha relación con las obligaciones, limitaciones y prohibiciones en el ejercicio de sus funciones. La CE solamente establece la obligación de regulación a través de leyes de las incompatibilidades de determinados cargos de la Administración Pública y Judicial, tal como sucede con los diputados y senadores, los miembros del gobierno, los funcionarios públicos, los miembros del Consejo General del Poder Judicial, los miembros del poder judicial, los miembros del Tribunal de Cuentas, los miembros del Tribunal

Constitucional. Sin embargo, dentro de la misma Constitución es posible encontrar algunas causas de incompatibilidad. La primera incompatibilidad es la de no poder ejercer un cargo o representación política mientras se está a cargo de la tutela del Rey menor<sup>381</sup>. La segunda incompatibilidad se refiere a los miembros del gobierno, según la cual estos, no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna<sup>382</sup>. Otra de las incompatibilidades constitucionales se ciñe a los Jueces, Magistrados y Fiscales y consiste en que, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales<sup>383</sup>. La última incompatibilidad que trataremos y se encuentra consagrada en la Constitución se refiere a los miembros del Tribunal Constitucional: la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo, con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Art. 60 de la CE: “1. Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiese nombrado, será tutor el padre o la madre mientras permanezcan viudos. En su defecto, lo nombrarán las Cortes Generales, pero no podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes directos del Rey. 2. El ejercicio de la *tutela* es también incompatible con el de todo cargo o representación política”.

<sup>382</sup> Artículo 98 de la CE: (...) “3. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna (...)”.

<sup>383</sup> Artículo 127 de la CE: “1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. 2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos”.

<sup>384</sup> Artículo 159.4 de la CE: “La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.

Como hemos podido apreciar, el régimen de incompatibilidades se encuentra disperso en múltiples normas constitucionales y legales, y siguiendo con algunos aspectos básicos, podemos citar brevemente. El Art. 70 CE<sup>385</sup> contiene una referencia a la ley electoral, sobre la determinación de causas de no elección e incompatibilidades de los congresistas y otras funciones públicas. Por su parte el Art. 98.4<sup>386</sup> CE, la forma que por medio de una ley se regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno. Por su parte, el Art. 103.3<sup>387</sup> CE establece que, por medio de una ley, se regulará el estatuto de los funcionarios públicos, y en especial el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. El artículo 122.2<sup>388</sup> de CE establece el estatuto y el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Lo que a su vez se relaciona con el artículo 127.2<sup>389</sup> de la CE, establece la forma por la que será regulada las incompatibilidades de los miembros del poder judicial, esto es, por ley, Finalmente el artículo 136.4<sup>390</sup> de la CE,

---

En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial (...)."

<sup>385</sup> Art. 70 CE: "1. La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso: a) A los componentes del Tribunal Constitucional. b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno. c) Al Defensor del Pueblo. d) A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo. e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo. f) A los miembros de las Juntas Electorales. 2. La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral".

<sup>386</sup> Artículo 98.4 CE: "La ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno".

<sup>387</sup> Artículo 103.3 CE: "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

<sup>388</sup> Artículo 122.2 de la CE: "El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario".

<sup>389</sup> Artículo 127.2 de la CE: "La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos".

<sup>390</sup> Artículo 136.4 de la CE: "Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas".

establece la forma en que se regularan, las incompatibilidades del tribunal de cuentas, esto es, por ley.

### C) Las personas jurídicas

De acuerdo con lo establecido en el art. 427.2 CP<sup>391</sup>, resulta de aplicación la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el art. 31 bis por la LO 5/2010, de acuerdo con la cual estas personas jurídicas responderán penalmente siempre que: a) el delito haya sido cometido en nombre o por cuenta de ella, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, y b) el delito haya sido cometido en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales, administradores de hecho o de derecho, hayan cometido el hecho por no haberse ejercido el debido control sobre ellos. A estos efectos debe tenerse en cuenta que en la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, si bien se ha suprimido como persona jurídica excluidas de la responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos, se mantiene la exclusión de las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, así como la Sociedad mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presente servicios de interés económico general<sup>392</sup>.

El artículo 427 bis<sup>393</sup> se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas por la

---

<sup>391</sup> Artículo 427 del CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

<sup>392</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 396.

<sup>393</sup> Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Art. 427 bis: “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 quintuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito

comisión de hechos descritos en el CP, Título XIX: De los Delitos contra la Administración pública, Capítulo V: Del Cohecho, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 31 bis del CP. Lo regula el nuevo artículo 427 bis. La Ley Orgánica 5/2010 de reforma de CP justificó los cambios introducidos en la regulación del delito de cohecho en atención a los compromisos internacionales asumidos por el Estado español<sup>394</sup>. Esta disposición fue reformada por LO 7/2012 de 27 de diciembre.

Los Convenios internacionales prevén la responsabilidad de los Estados miembros de efectuar las necesarias adecuaciones internas para que las personas jurídicas, por medio de sus agentes, corrompan a los funcionarios nacionales, que cumplen una función internacional. Dentro de las normas que se pueden citar en este sentido está el art. 26.1 y 2 del Convenio contra la corrupción de la ONU<sup>395</sup>. Por su parte, el art. 18 y 19 del CPSC<sup>396</sup> también

---

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”.

<sup>394</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit., pág. 1113.

<sup>395</sup> Convenio contra la corrupción de la ONU: Art. 26. Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley: “1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a: a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como: i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados; iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer; b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención (...)”.

<sup>396</sup> Consejo Europeo. Convenio Penal sobre la Corrupción Artículo 18. Responsabilidad de las personas jurídicas: “1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de: un poder de representación de la persona jurídica; o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o una autoridad para ejercer

dispone la necesidad de que se adopten medidas legislativas para garantizar que se puedan hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción, y que deben ser objeto de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias.

La legislación internacional tiene una marcada tendencia a entregar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los países miembros y no como una sanción penal a nivel internacional. En este sentido, el OCDE<sup>397</sup> se considera siempre un incumplimiento que no se estableciera este tipo de responsabilidad, una vez que se ha regulado la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta adecuado que se extienda a los delitos de cohecho, aunque sea con las limitaciones ya manifestadas de que no alcance a las empresas públicas<sup>398</sup>.

---

control en el seno de la persona jurídica; así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados. 2. Aparte de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica. 3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1”.

Artículo 19. Sanciones y medidas: “1. Teniendo en cuenta la gravedad de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, cada Parte establecerá, con respecto a los delitos tipificados conforme a los artículos 2 a 14, sanciones y medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluyan, cuando sean cometidas por personas físicas, sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición. 2. Cada Parte se asegurará de que, en el caso de la responsabilidad establecida en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 18, las personas jurídicas sean objeto de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias. 3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitirle confiscar o privar de otro modo de los instrumentos y productos de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos productos”.

<sup>397</sup> Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Trabajamos para entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Medimos la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizando y comparando datos para realizar pronósticos de tendencias. Fijan estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas.

<sup>398</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 397.

## V.- Peculiaridades del cohecho internacional

### A) Previsión típica

En el articulado del cohecho se introduce una modificación del todo relevante, esto es, la ampliación del ámbito subjetivo del cohecho internacional, cuando las conductas de cohecho sean imputadas o afecten a funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión<sup>399</sup>. El art. 427<sup>400</sup> del CP establece una cláusula de extensión de penalidad.

Las crecientes relaciones internacionales entre los Estados y organismos internacionales, y adicionalmente también entre empresas y personas naturales con los Estados u Organismos internacionales tienen lugar con extrema cotidianeidad, y en no pocas ocasiones involucran cifras millonarias (a modo de ejemplo, podemos citar la compra y venta de equipo militar). Así vemos reflejada la preocupación internacional por la creciente corrupción internacional en distintos acuerdos, convenios, tratados, etc., entre los que podemos destacar el Convenio de la OCDE de fecha 21/11/1997<sup>401</sup>, referido al combate al cohecho, la solicitud de soborno y extorsión. Dentro del análisis que efectúa la OCDE, la corrupción está dañando a las instituciones democráticas y la gobernabilidad de las corporaciones. Además expresa que se desincentiva la inversión y desfigura las condiciones de competitividad

---

<sup>399</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit., pág. 1112.

<sup>400</sup> Extensión de la punibilidad de los delitos de cohecho pasivo a los funcionarios o agentes de la unión europea o de cualquier otro país extranjero o de otra organización internacional pública. Art. 427: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

<sup>401</sup> OCDE. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados. Emanado de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. Adoptada por la Conferencia Negociadora 21 de noviembre de 1997.

internacional y, en particular, la desviación de fondos a prácticas corruptas mina las posibilidades de los ciudadanos de alcanzar niveles económicos y sociales más altos y dificulta los esfuerzos para reducir la pobreza. La OCDE además de suscribir la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales (la Convención anti-cohecho) se le han unido las Recomendaciones de Medidas fiscales para combatir más a fondo el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 2009, y las Recomendaciones sobre cohecho y créditos oficiales para la exportación de 2006, que son en definitiva algunos de los instrumentos de la OCDE que se orientan a combatir la oferta del cohecho en transacciones internacionales.

Los fundamentos de la inclusión de los funcionarios públicos que cumplen funciones transnacionales, o en organismos internacionales, en un tema interesante de abordar, por una parte vemos como el prólogo de la reforma introducida por la LO 5/2010 advertía que la profunda reforma que se realiza con respecto a los delitos de cohecho, y que tienen su base principal en los Acuerdos fundamentales europeos de lucha contra la corrupción, por lo que convine, además de las modificaciones de los tipos internos extender dichos supuestos a los funcionario de la UE y de sus Estados miembros que realicen semejantes actos de corrupción<sup>402</sup>. Se puntualiza así la necesidad de aclarar que el artículo 427 del CP hace referencia a todos los supuestos anteriores, de esta manera abarcará tanto el cohecho pasivo, al que está la redacción dirigida especialmente, como al activo, es decir, al particular que corrompe o acepta la corrupción de un funcionario, sin perjuicio de la regulación disímil para la acción como sujeto activo de una persona jurídica.

Los tipos penales de cohecho internacional están basados en los Convenios aludidos, y en especial en las recomendaciones formuladas por la OCDE para cumplir con las obligaciones impuesta por la Convención<sup>403</sup>, que

---

<sup>402</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 964.

<sup>403</sup> Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). firmada en Francia en 1997 y entró en vigor el 26 de julio de 1999.



España firmó el 17 de diciembre de 1997 y ratificó el 3 de enero de 2000 (publicándose el Instrumento de ratificación en el BOE de 22 de febrero de 2002) el Convenio contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que recoge obligaciones para los Estados Parte en relación en especial con la tipificación del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, y las sanciones. Es así como el CP de 1995 fue varias veces modificado en este punto, pero en especial lo fue por LO 3/2000<sup>404</sup>, al introducir un nuevo Título XIX bis, con la rúbrica “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, con un único art. 445 bis CP, en el Libro II del CP de 1995, que contemplaba un delito de estas características. De acuerdo con la Exposición de Motivos, “se pretende así complementar la normativa penal, incluyendo los presupuestos de este Convenio que no podían ser previstos por el legislador de 1995, ante el fenómeno de la corrupción en las, cada día más frecuentes e intensas, transacciones comerciales internacionales. Para ello se ha considerado adecuado establecer un nuevo Título en el Código Penal”.

Como hemos podido apreciar, la regulación del cohecho de agentes que cumplen tareas a nivel internacional, emanada de la constante preocupación del legislador, ha llevado a introducir diversas modificaciones tanto sustantivas como adjetivas al ramo penal, entre las que podemos citar la modificación del art. 423 CP, que amplía el círculo de autores que pueden cometer los delitos de cohecho previstos en los art. 419 a 422 del CP<sup>405</sup>, como personas asimiladas a las autoridades y funcionarios públicos, pues estima como tales, a estos efectos, a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente y a cualquier otra persona que participe en el ejercicio de la función pública. Por su parte, el art. 427, 1 del CP (redactado por la LO 1/2015) ha extendido la aplicación del delito a los funcionarios o agentes de la Unión Europea o de una organización internacional pública, y a las personas que ejercen una función pública u

---

<sup>404</sup> 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 Publicado en BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000. Vigencia desde 01 de febrero de 2000.

<sup>405</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen, en VV.AA., *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, op. cit., pág. 745.

ostentan un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial, en un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluidos organismos públicos, empresas públicas y organizaciones internacionales públicas, es así como la función que pretende esta normativa, en especial en su nº 1, al señalar que todo lo dispuesto en el artículos precedentes, será también de aplicación cuando los hechos sean imputados o afecten a dichos funcionarios<sup>406</sup>. Asimismo, el art. 427 bis del CP<sup>407</sup> prevé que una persona jurídica pueda ser también autora de un delito de cohecho<sup>408</sup>.

Para las personas jurídicas sujetos activos del delito de cohecho internacional, se mantiene un régimen sancionatorio especial, en el art. 427.2 del CP<sup>409</sup> en relación con lo establecido en el art. 31 bis del CP<sup>410</sup> respecto a las penas a imponer a las personas jurídicas responsable de los delitos. Aunque se utiliza una formula genérica dirigida a todos los delitos, únicamente cabe atender a los realizados por particulares, cohecho activo, dado que según establece el propio art. 31 bis en su número 3 del CP<sup>411</sup>, las

---

<sup>406</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 964.

<sup>407</sup> Art. 427 bis del CP, incorporado al Código Penal por la LO 1/2015.

<sup>408</sup> La referencia efectuada a una persona jurídica debe entenderse al cohecho activo, ya que, conforme establece el art. 31 *quinquies* del CP, las disposiciones relativas a las responsabilidad penal de las personas jurídicas no son aplicables al Estado ni a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, ni a los organismos reguladores, ni a las agencias y entidades públicas empresariales, ni a las organizaciones internacionales de derechos públicos, ni a cualquier otra que ejerza potestades públicas de soberanía o administrativas.

<sup>409</sup> Artículo 427 del CP: (...) “b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública (...)”.

<sup>410</sup> Artículo 31 bis.1, letras *a)* y *b)* del CP: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

<sup>411</sup> Artículo 31 bis.3 del CP: “En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas

disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e instituciones<sup>412</sup>. A su vez, señala las penas sobre una gradación en atención a la penalidad establecida para las personas físicas. Además, atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis del CP<sup>413</sup>, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en la letra b) a g) del apartado 7 del art. 33 del CP<sup>414</sup>.

---

dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

<sup>412</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 965.

<sup>413</sup> Artículo 66 bis del CP: “En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

<sup>414</sup> Art. 33.7, letras b) a g): “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes: (...) b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) 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, por un plazo

Por su parte, la referencia al art. 445,1 del CP debe entenderse actualmente referida al art. 427 del CP<sup>415</sup>. El antiguo 445 del CP sancionaba un cohecho activo al castigar al particular que corrompe o intenta corromper, ya sea ofreciendo una prestación indebida, ya sea por un acto ya realizado, lo que ha de relacionarse con el actualmente denominado cohecho de facilitación previsto en el art. 422 del CP, cuyo objetivo es el provecho del funcionario público, sin ligadura con acto alguno.

Los sobornos a funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales son entregados u ofrecidos con el fin de obtener un beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Desde este punto de vista, es interesante revisar la naturaleza jurídica y la denominación de cohecho internacional de la figura del artículo 286 ter del CP. Hay autores que derechamente critican su inclusión en el CP dentro de los delitos contra la Administración pública<sup>416</sup>, estimando que no constituye un tipo de cohecho, y cuyo objetivo real es dar cumplimiento a las estipulaciones de la OCDE<sup>417</sup>, por lo que debiera incluirse en el ámbito de los delitos contra el mercado y los consumidores, por intentar proteger el desarrollo de una competencia leal de mercado.

---

que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”.

<sup>415</sup> Artículo 427 del CP: (...) “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

<sup>416</sup> PUENTE ABA, Luz María, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015 Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 886 y sgts.

<sup>417</sup> OCDE. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados. Emanado de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. Adoptada por la Conferencia Negociadora 21 de noviembre de 1997.

Posición expuesta con la que no concordamos, debido a que, si bien es cierto que se busca con este tipo penal evitar la búsqueda de ventajas competitivas importantes en el desarrollo actividades comerciales, no es menos cierto que es una consecuencia querida por el tipo penal, pero no es el fin en sí mismo, que es evitar la corrupción de funcionarios con el ámbito internacional como un fin intrínseco y objeto de tutela jurídica, al ser éste el bien jurídico protegido en sí mismo.

Otra novedad que encontramos en el artículo 286 ter<sup>418</sup> es la eliminación del concepto de funcionario público del artículo 445.3 del CP, y en su lugar el legislador hace una remisión a los artículo 24 y 427 del CP, lo que debe a su vez engarzarse con la ampliación del concepto de funcionario público extranjero del artículo 427, que con la reforma del año 2010 sólo se hacía reseña a los funcionario de la Unión Europea o de los Estados miembros de la Unión Europea, que ahora además engloba a todo tipo de funcionario o autoridad extranjera.

Otro de los temas relevantes es la modificación o cláusula subsidiaria de reenvío<sup>419</sup> que contiene 286 ter, al regular el castigo de su conducta descrita salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto penal. Interesante nos parece esta cláusula subsidiaria de reenvío, que no que se basa

---

<sup>418</sup> Artículo 286 ter del CP: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

<sup>419</sup> Concepto acuñado por el presente autor. A nuestro juicio, eufemísticamente el legislador intenta solucionar la problemática con el principio de alternatividad.

en principios penales clásicos, como el principio de especialidad, sino simplemente en la gravedad sancionatoria que tenga otro tipo penal que abarque conducta “iguales o similares”, lo que además atenta contra la certeza jurídica, al no estar claramente delimitadas las conductas, lo que podría resolverse sin la explicitación del reenvío, por medio de las instituciones tradicionales del Derecho, que a nuestro juicio no se resuelve con la alternatividad, según veremos más adelante.

Se plantea<sup>420</sup> otra interesante problemática, referida al intento de soborno del funcionario español, con las finalidades internacionales ya vistas, cuando la pena fuera inferior a la prevista en la normativa base, ejemplificando el caso del cohecho activo del particular que pretende que el funcionario realice un acto propio de su cargo, que según dispone el artículo 424 en relación al art. 420 tiene una sanción prevista de 2 a 4 años de prisión y con una multa de 12 a 24 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, analizándolo en relación con el 286 ter, que contempla una pena base mayor de 3 a 6 años de prisión y multa de 12 a 24 meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además, se impondrá en todo caso la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Lo expuesto trae aparejados problemas de aplicación de tipos penales, entre ellos problemas concursales, que se intentan solucionar por la aplicación del principio de alternatividad. No obstante, el principio de alternatividad establecido en el artículo 8 del CP<sup>421</sup> no es aplicable a los concursos

---

<sup>420</sup> PUENTE ABA, Luz María, *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, en VV. AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 888.

<sup>421</sup> Artículo 8 del CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª El precepto

delictuales cuando no se ha podido determinar la existencia de otra relación más específica entre las figuras delictivas concurrentes, pero que en el caso del art. 286 ter y 424 es una relación de especialidad, atendido a lo establecido en el art. 286 ter, frente al 424, lo que también ocurrirá con otras normas, como el art. 304 ter del CP, por ampliar el concepto del antiguo art. 445 CP más allá de los agentes públicos extranjeros o de organizaciones criminales<sup>422</sup>.

## **B) Sujeto activo y funcionario internacional**

Se señala<sup>423</sup> que debe entenderse por funcionario de la UE, por una parte, toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la UE, pero también toda persona puesta a disposición de la UE por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza los funcionarios u otros agentes de la UE, y finalmente 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 estado de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la UE no les sea aplicable.

Por funcionario nacional de un Estado miembro de la UE<sup>424</sup> se entiende el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho Penal de dicho Estado miembro. En este caso se produce una simple remisión al Derecho positivo interno de los países miembros. Con la reforma del año 2015, se amplió el concepto de funcionario público extranjero del artículo

---

subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

<sup>422</sup> PUENTE ABA, Luz María, *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.) en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, op.cit., pág. 888.

<sup>423</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., págs. 964 y 965.

<sup>424</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pág. 965.

427, por cuanto previamente a 2015 sólo se hacía referencia a los funcionarios de la Unión Europea o de los Estados Miembro, y ahora además engloba a todo tipo de funcionario o autoridad extranjera.

La relevancia que adquiere el tema para el legislador penal es de tal magnitud que, en la modificación al Código sustantivo del año 2015, crea dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II una nueva sección referida a los delitos de corrupción en los negocios, en que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero).

Esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. En la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública.

La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado aplicable en los casos de especial trascendencia y, en el caso del cohecho, la remisión a la nueva definición funcional de funcionario público introducida en el nuevo artículo 427 CP<sup>425</sup>. El sujeto activo en las transacciones comerciales internacionales no queda limitado a autoridades y funcionarios de la Administración Pública, sino que abarca, en general, a cualquier autoridad o empleado público que ejerza funciones en cualquiera de los poderes del

---

<sup>425</sup> Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) Modificada en lo pertinente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015.



Estado, incluyendo el Legislativo y el judicial. Ello supone, por ejemplo, que sea un reduccionismo acudir en exclusiva al art. 103 CE<sup>426</sup>, sin que este artículo repare importantes preceptos constitucionales referidos a otras autoridades o funcionarios públicos también directamente concernidos por delito de cohecho, como el art. 117 CE<sup>427</sup>, en que se establecen los principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional, o, más directamente, a preceptos como el art. 9 CE<sup>428</sup>, en que se enuncia de manera más general principios relativos a cualquier Poder Público<sup>429</sup>.

La legislación española al intercalar los tipos penas fijados por la legislación internacional, y su respectiva adecuación a las normas internas, se la he criticado al legislador, el haber omitido una enumeración de posibles

---

<sup>426</sup> Artículo 103 de la CE: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>427</sup> Artículo 117 de la CE: “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. 2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. 6. Se prohíben los Tribunales de excepción”.

<sup>428</sup> Artículo 9 de la CE: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>429</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA. *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág.385.

intervinientes ajenos al particular y al funcionario dentro del art. 424 CP<sup>430</sup> al tipificar el cohecho de particular. El art. 3.1 del Convenio de la UE<sup>431</sup> establece la responsabilidad de personas, sin distinguir su cualidad o calidad, la promesa por sí o por interpósita persona la entrega de una retribución.

Es relevante hacer hincapié en la diferencia entre el incumplimiento personal del agente internacional, y el incumplimiento de la normativa y compromisos internacionales, toda vez que una no implica necesariamente la otra, atendido a que hay que estarse el tipo de incumplimiento normativo del funcionario corrompido, si fue por intereses personales o de un tercero, o confluye la intencionalidad, o incluso instrucciones superiores, de realizar una actividad determinada, que puede perfectamente venir acompañado de una retribución, pero su objeto es el no cumplimiento de compromisos estatales o de la organización internacional, para con otros sujetos de representación internacionales, como países o comunidades internacionales.

---

<sup>430</sup> Artículo 424 del 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 cinco a diez años”.

<sup>431</sup> CONVENIO DE LA UE. 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. Hecho en Bruselas, el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y siete. Artículo 3: Corrupción activa 1. A efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función. 2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales.

Por su parte, en el cohecho de funcionario, cuando un tercero actúa como intermediario del particular, éste último podrá responder como copartícipe, lo que, sin embargo, no deja de plantear serios problemas de agravios comparativos respecto del intermediario que actúa en favor del funcionario, al que se le podría atenuar la pena.

Un problema que se presenta es el referido a la omisión que presenta el art. 424 CP, con la referencia expresa a la posibilidad de que la retribución pactada con el funcionario lo sea en provecho de un tercero, previsión que, sin embargo, se recoge expresamente en todos los textos internacionales, también al definirse el cohecho de particular<sup>432</sup> *ex art. 65.3 CP*<sup>433</sup> por su consideración de *extraneus*, y que acaso pudiera solventarse con la aplicabilidad de la atenuante por analogía del art. 21.7 CP<sup>434</sup>. La definición penal de funcionario en los delitos de corrupción que nos entrega el convenio de la UE<sup>435</sup>, se recogen tanto el concepto en sentido orgánico como funcional de funcionario

---

<sup>432</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA. *Tratado de Derecho penal español, Parte especial, III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 391.

<sup>433</sup> Artículo 65 del CP: (...) “3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

<sup>434</sup> Artículo 21 del CP: “Son circunstancias atenuantes (...): 7ª. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

<sup>435</sup> Convenio Penal sobre la Corrupción. N° 173 del Consejo de Europa. Artículo 1 Definiciones: “A los efectos del presente Convenio se entenderá por: a) «funcionario»: todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro; b) «funcionario comunitario»: toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas; toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas 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 las Comunidades Europeas. Se asimilarán a los funcionarios comunitarios 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 las Comunidades Europeas no les sea aplicable; c) «funcionario nacional»: el «funcionario» o el «empleado público» tal como se defina ese concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro. No obstante, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de «funcionario nacional» en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional”.

público “internacional”, además, de un concepto asimilado de miembros y personal de la administración institucional de la Unión Europea.

Hay diversas críticas al acopio que hace la legislación española, en especial por La LO 5/2010, de los acuerdos transnacionales, a modo de ejemplo podemos citar el no haber asumido en plenitud las disposiciones CPSC<sup>436</sup>, ya que no se ha tipificado la eventual responsabilidad por cohecho en que estuvieran implicadas las autoridades, y no sólo funcionarios públicos, de la UE<sup>437</sup>. No obstante, interesante es la fundamentación según la cual no todo funcionario público es autoridad, pero toda autoridad es funcionario público, por lo que estimamos que el concepto funcionario contiene al de autoridad, sin perjuicio de determinados casos que por su investidura requiere un tratamiento diferenciado, Jefes de Estado, de gobierno etc.

Los argumentos aludidos radican fundamentalmente en que el título primero del CPSC y su art. 1 son concluyentes en cuantos a la presentación de regular sólo los actos de corrupción en que estén implicados funcionarios de la UE o de sus Estados miembros. No obstante, el art. 4 del CPSC<sup>438</sup> establece

---

<sup>436</sup> Convenio Penal sobre la Corrupción. N° 173 del Consejo de Europa. Estrasburgo, 27 de enero de 1999, publicado en España BOE N° 182, de 28 de julio de 2010, entra en vigencia 01/07/1999 entrada en vigencia en España 01/08/2010.

<sup>437</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial, III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 396.

<sup>438</sup> CPSC Artículo 4 Asimilación: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que, en su Derecho penal, las cualificaciones de las infracciones a que se refieren los artículos 2 y 3 cometidas por los ministros de su Gobierno, los miembros elegidos de sus Cámaras de Representantes, los miembros de sus máximos órganos jurisdiccionales o de su Tribunal de Cuentas, o contra ellos, en el ejercicio de sus funciones, sean aplicables de la misma forma a los casos en que las infracciones sean cometidas por los miembros de la Comisión de las Comunidades Europeas, del Parlamento Europeo, del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, o contra éstos, respectivamente, en el ejercicio de sus funciones. 2. Cuando un Estado miembro haya promulgado legislación especial sobre actos u omisiones de los que sean responsables ministros del Gobierno por su especial posición política en dicho Estado miembro, el apartado 1 podrá no aplicarse a dicha legislación, siempre y cuando el Estado miembro garantice que los miembros de las Comunidades Europeas también están cubiertos por la legislación penal por la que se aplican los artículos 2 y 3. 3. Los apartados 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de las disposiciones aplicables en cada Estado miembro en materia de procedimiento penal y de determinación de los órganos jurisdiccionales competentes. 4. El presente Convenio se aplicará respetando plenamente las disposiciones pertinentes de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades

una obligación de asimilaciones tratamiento penal en la materia con el fin de que, en los casos en que el Derecho nacional lo tenga así previsto para autoridades homologas, se tipifiquen también las conductas de cohecho en que estén implicados los miembros de la Comisión, del Parlamento Europeo, del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Cuentas de la UE. En ese sentido, había cuenta de que conforme a la definición de autoridad del art. 24.1 CP<sup>439</sup>, no puede negarse dicha consideración a los efectos del delito de cohecho de los Ministros de Gobierno, los miembros de las asambleas legislativas, de los máximos órganos jurisdiccionales o del Tribunal de Cuentas, pero que sólo se incluyen expresamente a los Diputados del Parlamento europeo, en necesario todavía para dar estricto cumplimiento al deber de asimilación del citado art. 4 CPSC, la ampliación del concepto de autoridad a efectos del delito de cohecho, al menos, de los miembros de la comisión, del Tribunal de Justicia y del tribunal de Cuentas de la UE.

No obstante considerar muy bien fundamentada la objeción sobre la falta de la legislación internada de España, al preverse que el cohecho debe ser expresamente regulado los sujetos activos autoridad, y que dicha objeción no podía ser salvada por lo expuesto en el art. 24 CP que asuma que el Ordenamiento de la UE y sus estructuras institucionales forman parte esencial del propio Ordenamiento jurídico español, y que a mayor abundamiento, agrega lo que dispone el art. 427.1 CP, que hace una ampliación expresa al concepto de funcionario público de la UE<sup>440</sup>.

No compartimos estas propuestas por los mismos argumentos postulados por el autor, en atención a que, por una parte, el artículo 24 del CP,

---

Europeas, del Estatuto del Tribunal de Justicia y de los textos adoptados para la aplicación de los mismos, en lo relativo a la suspensión de las inmunidades”.

<sup>439</sup> Artículo 24 del CP: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

<sup>440</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial, III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 395 y sgts.

que expresamente entiende a efectos penales como autoridad a quienes pertenecen alguna corporación, tribunal u órgano colegiado y tengan mando o ejerza jurisdicción propia, como los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, como también los funcionarios del Ministerio Fiscal, y finalmente la concepción ampliada de funcionario público, que comprende a quien por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. A nuestro entender, la norma citada es suficiente para abarcar la autoridad pública, sin necesidad de redundar en una sobre-regulación que no aportaría algún elemento nuevo, sobre el argumento basado en el art. 427.1 CP<sup>441</sup>, que presuntamente se ha limitado a hacer una transposición acrítica del art. 1.b) del citado Convenio, que aplica el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas también a las distintas categorías de personal contratado con arreglo al régimen aplicable a los otros agentes. Este concepto incluye a los expertos nacionales destinados en las Comunidades Europeas para ejercer funciones equivalentes a las desempeñadas por funcionarios y otros agentes comunitarios, y que lo dispuesto en el Estatuto de funcionarios de la UE, supone una directa asunción de su conceptualización administrativa con renuncia a establecer un concepto jurídico-penal de funcionario público de la UE. Argumentación basada en fuertes antecedentes legislativos nacionales e internacionales, pero que no obstante, por la propia redacción del artículo 427 del CP, mediante el vocablo “también” hace aplicable 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, así como a cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea

---

<sup>441</sup> Artículo 427 del CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

o para otra organización internacional pública, y finalmente cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública. La razón de nuestro entendimiento estriba simplemente en un sentido gramatical, toda vez que la utilización del adverbio epistémico de la afirmación también deja claramente establecida que la enumeración que entrega la norma sustantiva penal no es taxativa sino simplemente enunciativa, dejando abierta la posibilidad de agregar otros, y por tanto podemos hacer un reenvío a la norma del artículo 24 del CP, por estar expresamente regulado, soslayando una posible crítica de analogía *in malam partem*.

No obstante, lo previamente expuesto, hay autores<sup>442</sup> que sostienen que el art. 427.1 CP ha dado exacto cumplimiento a la obligación establecida en el Convenio de la UE, pues la norma internacional lo que establece es una opción entre remitir a la legislación del Estado del funcionario o mantener la del Estado de enjuiciamiento. España, teniendo presente lo dispuesto en el art. 1.c) del Convenio, parece que, en efecto, habría efectuado una defectuosa trasposición. El art.1.c) del Convenio, al determinar el concepto de funcionario nacional, lo que hace en el párrafo primero es incluir dicha definición a los efectos del Derecho penal del Estado miembro del propio funcionario público, en el sentido de que será funcionario público el que se defina en su propio Derecho nacional.

Es significativo que el artículo 286 ter del CP<sup>443</sup> es referido a la corrupción activa del particular, y no a la pasiva del funcionario público, pues

---

<sup>442</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Delitos contra la Administración pública*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 319 a 499.

<sup>443</sup> Artículo 286 ter del CP: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector

en este precepto sólo se encuentra sancionada la conducta del particular. En suma, en relación con este punto, cabe afirmar la conveniencia de tipificar la corrupción pasiva, pero preferentemente en el marco específico de la corrupción en las transacciones económicas internacionales. De este modo, quedaría configurada la infracción en este ámbito específico, limitándose a los funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales<sup>444</sup>.

En el caso del artículo 286 ter del CP, debemos revisar las capacidades o competencias efectuar la contraprestación esperada, por cuanto se indica que la cualidad de autoridad o funcionario en los términos descritos en el art. 427 del CP será relevante en la medida que el sujeto actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas. Por su parte, los arts. 419 y 420 del CP señalan que la acción del funcionario público que acepta o solicita retribución debe ser para realizar un acto propio de su cargo o una omisión, retardo injustificado o un acto contrario a los deberes del mismo. En ambos casos es significativa la expresión de que el agente público actué como tal para que su conducta sea típica<sup>445</sup>.

El particular ahora responde autónomamente, en virtud de la supresión de la dependencia en relación al hecho acometido, esperado o realizado por el funcionario, sino que se configura autónomamente, siendo sancionado con una pena de prisión de tres a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuera superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio. La sanción a imponer siempre será con independencia de la calificación jurídica de las posibles irregularidades cometidas por los funcionarios públicos extranjeros,

---

público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

<sup>444</sup> PUENTE ABA, Luz María, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015, pág. 890.

<sup>445</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV.AA., *Comentario a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1132.



que no siempre corresponde su conocimiento a la jurisdicción española, la existencia de un pacto ilícito orientado a conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular. La sanción prevista desintegra la simetría entre las penas previstas para el funcionario y el particular pues la conducta que se realiza mirando a una decisión administrativa que tiene un componente de operación económica, comercial o financiera internacional la pena resultante coincide con la que corresponde a la modalidad más grave del delito de cohecho del art. 419 del CP<sup>446</sup>.

### C) Retribución en el cohecho internacional

En referencia al beneficio de la retribución a aportar por el particular, puede estimarse que un tercero diferente al propio funcionario es recogido en los textos internacionales en la materia con una u otra formulación. En el art. 15 letra b) del CONUCC<sup>447</sup> se prevé que “redunde en propio provecho o en el de otra persona o entidad” y en el art. 3 del CPSC<sup>448</sup> “para sí mismo o para algún otro”. Cabe entender la exigencia de que, para apreciar el delito de cohecho, el funcionario ha de beneficiarse al menos indirectamente de la retribución, lo que excluiría del tipo aquellos supuestos en que el funcionario acuerda su conducta en beneficio de los propios intereses generales.

---

<sup>446</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentario a la reforma del Código penal de 2015*, op. cit., pág. 1133.

<sup>447</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (CONUCC). Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 Artículo 15: “Soborno de funcionarios públicos nacionales Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

<sup>448</sup> Consejo Europeo. Convenio Penal sobre la Corrupción (CPSC). Estrasburgo, 27 de enero de 1999. Publicación en España: BOE número 182, de 28 de julio de 2010. Artículo 3: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de que uno de sus agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones”.

La Jurisprudencia no ha se mantenido ajena a esta discusión, que ha tratado de zanjar en variadas ocasiones tanto por Audiencias Provinciales como por el propio TS. Es así como en STS del año 1996<sup>449</sup> consideró que no constituía delito de cohecho la conducta de la acusada consistente en solicitar a unos constructores una cantidad de dinero “destinada a sufragar los gastos de creación de una banda de música para la localidad de la que era Alcaldesa, a cambio de olvidar otras anomalías o irregularidades urbanísticas menores”, y también por haber consentido diversas irregularidades urbanísticas en contraprestaciones a que por otro constructor se “procediese a reparar la casa del Conserje de las Escuelas Municipales propiedad del Ayuntamiento”. El argumento para casar la Sentencia impugnada fue que “en el presente caso, como resulta patente, no concurren los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran precisos para la existencia del delito de cohecho. La hoy recurrente, en ningún momento persiguió ningún beneficio personal, para sí ni para personas de su entorno o con las que mantuviese determinada relación de tipo particular, sino que (...) lo único que se desprende del relato de hechos probados de la sentencia recurrida es que la acusada solamente persiguió beneficios para la cosa pública, concretamente para el Ayuntamiento”. Por el contrario, en la STS de 1998<sup>450</sup>, en un supuesto en que la dádiva obtenida a cambio de facilitar datos personales de los pacientes fue invertida en el equipamiento científico del departamento de Endocrinología del hospital en el que trabajaba el funcionario, se consideró irrelevante dichas circunstancias argumentando “que las ventajas obtenidas no hayan sido incorporadas al propio patrimonio no excluye el delito de cohecho, pues éste no requiere enriquecimiento del autor”. Del mismo modo, también se ha sostenido la atipicidad de aquellos supuestos, mucho más discutibles, en los que el tercero está perfectamente singularizado y determinado, pero asume la totalidad del beneficio sin que éste aproveche en modo alguno al funcionario, como son las prestaciones en favor de asociaciones benéficas. Incluso dentro de estos últimos supuestos se afirma que las prestaciones en favor de un partido político sólo serían constitutivas de cohecho cuando quede acreditado

---

<sup>449</sup> STS 5-2-1996 ROJ 646/1996 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Luis Román PUERTA LUIS. Recurso: 1366/1995. Fecha: 05/02/1996. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>450</sup> STS N° 361/1998. ROJ 1743/1998. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. N° Recurso: 3273/1996. Fecha: 16/03/1998.

que el autor obtuvo alguna ventaja económicamente evaluable. La exclusión del ámbito de aplicación del delito de cohecho de estos supuestos se ha vinculado con la idea tanto de que no se estaría actuando movido por interés ajenos a los generales como de que es inherente a este delito que la retribución suponga un beneficio evaluable económicamente, estimando un elemento subjetivo implícito en el delito de cohecho consistente en la intención de obtener ese beneficio personal de carácter económico, aunque sea indirecto<sup>451</sup>.

Sobre la concepción de la calidad del emolumento, dádiva, retribución, regalo u otra denominación del beneficio entregado o prometido al funcionario público, es de señalar que se trata de una regulación que, en especial desde la reforma del año 2010, ha sufrido una ampliación del objeto a regular. Así, al aludirse<sup>452</sup> al objeto material del delito, o también denominado instrumento de la corrupción, no se hace presente que el carácter de ser cuantificable económicamente ya no es exclusivo, ya que la LO 5/2010 sustituyó la expresión tradicional de “dádiva o presente” por la de “dádiva, favor o retribución de cualquier clase”, según dispone actualmente el art. 419 del CP. En todo caso, como delito de corrupción administrativa que es, el cohecho precisa que el funcionario o autoridad obren con la finalidad de obtener un beneficio personal, propio o de tercero. Por ello, no concurre este delito cuando lo que persigue el sujeto activo son beneficios para el erario público, y no para sí o para un tercero. En este sentido no parece fundamental la cita que hace de la SAP de Valencia de 2 de diciembre de 1997, al absolver a un alcalde que propuso a los representantes de unas canteras que sufragaran parte de los gastos derivados del acondicionamiento del camino que conducía a las mismas, persiguiendo con ello ahorrar al Ayuntamiento.

No obstante existir algunas excepciones jurisprudenciales, se entiende que no es requisito el enriquecimiento personal, sino que por expresa

---

<sup>451</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 388.

<sup>452</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen / ALONSO DE ESCANILLA, Avelina / MESTRE DELGADO, Esteban / RODRÍGUEZ NUEZ, Alicia, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2015, pág. 746.

disposición legal puede ser en favor de un tercero, y será un hecho atípico cuando el enriquecimiento sea buscado en favor del erario público.

#### **D) Problemática procesal**

Los funcionarios de la Unión Europea o de los Estados miembros de la Unión Europea, eran los principales destinatarios de las normas que regulan el cohecho internacional pre-reforma de la LO 1/2015, atendido como ya se hemos podido apreciar, con la reforma se amplió los destinatarios a funcionarios e incluso cargos extranjeros, ya sean de un Estado o de una organización internacional. La problemática que se presenta es el juzgamiento de estas conductas por tribunales nacionales, y sin perjuicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional<sup>453</sup>.

Como tema preliminar, debemos tener en consideración que, según establece el art. 1.2. letra f) de la LO 5/1995<sup>454</sup>, el Tribunal del Jurado es el Tribunal competente para el conocimiento y fallo de las causas que se sigan por los delitos de cohecho tipificados en los art. 419 a 426 del Código.

Adentrándonos en la problemática jurisdiccional, vemos por una parte que el art. 23.3<sup>455</sup> de la LOPJ, que sienta las bases del principio real o de

---

<sup>453</sup> Cfr. Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

<sup>454</sup> Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado. Artículo 1: Competencia del Tribunal del Jurado (...) 2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal. Letra **f**) Del cohecho (artículos 419 a 426). La letra f) del número 2 del artículo 1 renombrada por la disposición final tercera de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Anterior letra g). Vigencia: 1 julio 2015.

<sup>455</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial LOPJ 6/1985, de 1 de julio. Publicado en BOE de 02 de Julio de 1985 Artículo 23.3. (...) 3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado. b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente. c) Rebelión y sedición. d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales. e) Falsificación de moneda española y su expedición. f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado. g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos

protección de tal manera los tribunales nacionales resolverán negocios llevados a su conocimiento de un determinado conjunto de delitos, en su letra h) establece expresamente los delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española, aunque hayan sido cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional. Esta norma permite, por ejemplo, perseguir penalmente a un particular extranjero que pretende sobornar o influir sobre un funcionario público español, y que pudiera estar cometiendo un delito de cohecho o de tráfico de influencias<sup>456</sup>.

Una vez introducidas las normas procedimentales, cabe preguntarse si dentro del art. 427 del CP se encuentra incluido el funcionario extranjero que solicita o recibe una dádiva y cuya conducta encaje en alguno de los tipos penales de cohecho, y si es viable su enjuiciamiento por tribunales españoles.

Tras la reforma de la LOPJ<sup>457</sup>, se incluye el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales en el marco del citado principio, pero tal universalidad queda limitada por la exigencia de que, para que los tribunales españoles puedan perseguir el delito, el procedimiento ha de dirigirse contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o en relación con personas jurídicas con sede o domicilio social en España<sup>458</sup>, y en cualquier caso, recuérdese que el funcionario no podría ser autor del delito del art. 286 ter<sup>459</sup> porque, si bien se aplica aquí esta amplia

---

españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española. i) Los relativos al control de cambios (...).

<sup>456</sup> PUENTE ABA, Luz María, *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dirs.) en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 889.

<sup>457</sup> L.O. 1/2014, (LOPJ) de 13 de marzo, relativa a la justicia universal («B.O.E.» 14 marzo). Vigencia: 15 marzo 2014.

<sup>458</sup> LOPJ, en el número 2 del artículo 23, redactado por el apartado uno del artículo único de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal («B.O.E.» 14 marzo). 2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos (...).

<sup>459</sup> Artículo 286 ter del CP: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de

definición de funcionario, en este precepto sólo se encuentra sancionada la conducta del particular<sup>460</sup>, por lo que para estimar la calidad de funcionario ha de estarse a lo previsto en el art. 424.1 del CP que establece como funcionario público, la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función, y en el art. 427 del CP, que hace referencia 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, a lo que, en consonancia con el art. 424, agrega a cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública, para finalizar con cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

---

estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

<sup>460</sup> PUENTE ABA, Luz María, *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 890.

## **CAPÍTULO III**

### **ESTRUCTURA DEL INJUSTO TÍPICO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

#### **I.- Estructura del injusto típico**

##### **A) Tipos subjetivamente configurados**

La tipificación del delito de cohecho plantea la cuestión de la estructura formal del mismo desde el punto de vista de la configuración legal. En este sentido es preciso preguntar como exigencia básica si la descripción positiva exige la concurrencia de singulares elementos típicos subjetivos que fundamentan el carácter antijurídico de la acción objeto de incriminación. En suma, se ha de dilucidar en la apreciación de la estructura del tipo legal si el injusto típico se delimita exclusivamente en base a la infracción de la norma por el quebrantamiento del deber jurídico singular que vincula al funcionario público en relación al cumplimiento de su función, o bien si además de la inobservancia del deber funcionarial se prevé en el tipo legal para la desvaloración de la conducta penalmente relevante algún singular elemento subjetivo, que se diferencia del dolo de la acción, que trascienda más allá de él, que rebase el alcance cognitivo y volitivo de los elementos objetivos del tipo propio del dolo y que, presuponiendo la acción dolosa básica de la infracción normativa por el titular de la función requiera la concurrencia de un elemento de índole puramente subjetiva que fundamente el injusto típico del cohecho. A nuestro entender, es inequívoca la exigencia legal de un componente subjetivo en el tipo legal de orientación finalista intencional del acto que quebranta el deber jurídico funcionarial, que se manifiesta en una doble intención finalista del autor exigida en la descripción legal para la

realización del tipo: de una parte, la de actuar “en provecho” (propio o de un tercero), y de otra, la de ejecutar la básica acción corrupta “para” realizar un acto contrario a sus deberes o “para” no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar (art. 419 CP), o en su caso “para” realizar un acto propio de su cargo (art. 420 CP).

## **B) La intención de realizar un acto, elemento subjetivo del injusto**

Como hemos visto previamente, la doctrina mayoritaria estima que el delito de cohecho es un delito de mera actividad<sup>461</sup>, esta concepción condiciona los elementos subjetivos que la compone, y sin perjuicio de algunos autores que hacen determinadas disgresiones del acto del cohecho para efectos didácticos y le dan como calificación primera ser un delito de emprendimiento, y de esta manera determinar que el ilícito tiene una delimitación temporal, y asimismo clasificaciones diversas<sup>462</sup>.

Es bueno recordar que el cohecho pasivo propio, es un delito claramente doloso, por lo que no es posible la comisión imprudente<sup>463</sup>, y no obstante la realización de la acción que se busca mediante el cohecho recae en el

---

<sup>461</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, Ediciones digitales, Sevilla, 2012, pág. 130. Quien explica claramente que: “las modalidades activas de “solicitar” (dádiva, favor o retribución) y pasiva de “aceptar” (ofrecimiento o promesa) son constitutivas de un delito de mera actividad: la primera implica simple demanda de una entrega de futuro, y la segunda comporta acogida de algo inmaterial como es un ofrecimiento o promesa desprovistos de actual contenido tangible y sensorialmente perceptible. La modalidad pasiva de “recibir” (dádiva, favor o retribución) configura un tipo de delito de resultado material, por cuanto exige la producción de la transferencia de un bien de cometido económico desde la esfera patrimonial de un sujeto a otro”.

<sup>462</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, ob., cit., pág. 125 y sgts. Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág.117.

<sup>463</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág.1163.



funcionario público. Lo expuesto se entiende sin perjuicio de las penalidades impuestas a otras acciones tanto funcionarias como de los particulares<sup>464</sup>.

El fin último en la modalidad de cohecho pasivo es la búsqueda por medio de retribución, dádiva, regalo, que un determinado funcionario público efectúe, deje de hacer, prometa la influencia sobre un tercer funcionario para ayudar en forma irregular a quien busca beneficiar el cohechador, sea personalmente o de un tercero, etc., es la acción o inacción del funcionario público, para beneficiar al solicitante directa o indirectamente. Sin perjuicio de lo expuesto, al no estar en el art. 424 del CP incluida expresamente la modalidad del particular corruptor, no puede ser corregida tal omisión falta legislativa con la nueva redacción del art. 424.2CP<sup>465</sup>, atendido a que daría lugar a una analogía *in malam partem*<sup>466</sup>.

En el acto funcional cobra relevancia el elemento subjetivo del injusto, siendo el sujeto no sólo consciente del carácter ilícito de la solicitud sino habiendo de perseguir el fin vinculado a la aceptación o la recepción de la retribución es siempre dolosa<sup>467</sup>. La característica intencional constituye un elemento subjetivo del injusto trascendente más allá del dolo y que es propio de los delitos intencionales en su específica modalidad de delito intencional

---

<sup>464</sup> Interesante disgregación y análisis pormenorizado de los intervinientes en el delito de cohecho, que no obstante su larga data no deja de ser menos interesante. *Vid.* GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., págs. 241 y sgts.

<sup>465</sup> Art. 424.2 del CP: “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”.

<sup>466</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV. AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, op. cit., pág.1122.

<sup>467</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*; MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Delitos contra la Administración*; POZUELO PÉREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coords.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, entre otros, estiman que la prestación del particular podrá consistir en dar un bien, hacer o no hacer algo con independencia de su carácter económicamente evaluable, como serían singularmente favores sexuales, reconocimientos públicos, etc., siendo indiferente que la prestación sea lícita o ilícita, tanto por tratarse de un bien extra-comercial como de una prestación ilícita e incluso delictiva.

mutilado de dos actos, es que a la conducta inicial se une la finalidad de la ejecución de una conducta ulterior del propio sujeto<sup>468</sup>.

La idea anterior es ampliamente compartida incluso desde antes de la reforma del año 2010<sup>469</sup>, al establecer que los tipos penales de cohecho, tanto desde el punto de vista del funcionario como del particular, contienen elementos subjetivos distintos al dolo<sup>470</sup>, y por ende es un delito cortado de dos actos, atendido a como previamente mencionamos y que luego de realizar la acción típica, por ejemplo, de solicitar una retribución con lo cual se configura el delito de cohecho, efectúa una segunda acción que es el cumplimiento motivo de la retribución, como por ejemplo el caso de adjudicar una determinada licitación a una persona y no a otra.

Entendemos que al ser el fin en sí mismo, el realizar el hecho material del cohecho, es que la contraprestación propiamente tal carece de relevancia como elemento subjetivo del injusto, atendido a que la correspondencia entre la retribución del particular y la contraprestación del funcionario desde una perspectiva subjetiva, condiciona la una a la otra, y de esta manera sea una contraprestación avaluable o no en dinero a nuestro entender pasaría a ser un elemento secundario, atendido que se requiere únicamente que sea de una entidad tal que permite condicionar la actividad de cohechado y permitir que incline su accionar en favor del cohechador.

Como hemos visto previamente, la relevancia radica en que el fin en sí mismo de realizar el acto requerido, sea más o menos desinteresado del funcionario, incluyendo la finalidad de obtener un mayor o más ágil, esto es, provecho para el propio interés general que representa su cargo. Lo anterior no impide verificar que la consecución de esos objetivos los ha obtenido el sujeto con la actuación de privados a cambio de la ejecución de un acto,

---

<sup>468</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal de la Administración Pública (Materiales docentes)*, op. cit., pág. 127.

<sup>469</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., págs. 248 y 249.

<sup>470</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 46.

independientemente de que sea contrario a los deberes inherentes del cargo propio de éste, que supone el incumplimiento de sus deberes de imparcialidad en la gestión pública y/o una desviación de poder, al separarse de los procedimientos legamente establecidos para la consecución de ese superior interés general, con el que además ha podido afectar por exclusión a tercero con expectativa legítimas<sup>471</sup>.

Es así que la figura penal de cohecho trae incorporada la característica subjetiva, y por lo tanto, el elemento esencial en la estructura del tipo penal de actuar “en provecho” propio o de tercero, expresado en la exigencia legal de la concurrencia en el ánimo del autor de un singular elemento subjetivo del injusto, revelador del elemento intencional<sup>472</sup> del ánimo de lucro que inspira la conducta de la autoridad o funcionario, y que conforma un tipo de delito subjetivamente configurado de delito de intención en la específica modalidad de delito intencional de resultado cortado<sup>473</sup>.

El tipo penal contiene otro elemento finalista del autor, quien ha de ejecutar la acción lo hace precisamente “para” realizar en el ejercicio de su cargo, un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o bien para no accionar o retrasar sin fundamento legal o reglamentario lo que debiera hacer o practicar, que constituye asimismo un elemento subjetivo del injusto propio de los delitos de intención en la modalidad de los delitos intencionales mutilados, en la medida en que la ulterior conducta que intencionalmente se prevé realizar o no realizar o retrasar recae sobre un comportamiento del propio sujeto, esto es, una ulterior actuación funcional del autor<sup>474</sup>.

---

<sup>471</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 386 y 387.

<sup>472</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal de la Administración Pública (Materiales docentes)*, op. cit., pág. 127.

<sup>473</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 322 y sgts., quien señala que igualmente la dádiva debe tener un contenido económico, lo cual se manifestaría en la mención a la comisión de este delito en provecho propio o de un tercero.

<sup>474</sup> *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 322 y sgts.

Con la modificación al CP del año 2015, el acto pasó de ser un acto justo o injusto a ser un acto contrario a los deberes inherentes al cargo y en el ejercicio del mismo. De esta manera ya no se hace necesario determinar si el acto es justo o injusto, sino que requiere determinar si el acto efectuado por el funcionario público va en contra de las obligaciones y deberes de su cargo en la administración pública. Se señala que la nueva redacción desdibuja el carácter objetivo del acto contrario al cargo en cuanto desconocimiento de la norma positiva que disciplina la actividad, acentuando el quebrantamiento de un deber oficial<sup>475</sup>.

Existe la idea del legislador de compendiar los tipos penales de cohecho con el objetivo de simplificar la carga probatoria, atendida la naturaleza de estos ilícitos y las dificultades de obtener las probanzas necesarias. No obstante, posición a la que me adscribo, hay autores que estiman que sólo ha tenido acogida en la tipificación del cohecho activo para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, descrito en el art. 286 ter del CP, por el *quantum* sancionatorio queda equiparado en la pena privativa de libertad para el supuesto más grave de cohecho pasivo descrito en el art. 419 del CP. En consecuencia, bastaría una violación de la rectitud en el ejercicio del cargo para realizar el tipo, lo que no puede ser un criterio para mantener la diferencia entre las modalidades del art. 419 y 420 del CP, que sigue precisando de una remisión a la violación de la ley o a normas emitidas por la administración pública, ya sean reglamentos, circulares o instrucciones de servicio, que daría lugar a prescripciones abiertas referidas al cohecho, por la remisión normativa propia de la técnica de la ley penal en blanco<sup>476</sup>. Personalmente no concuerdo con esta posición, pues la interpretación penal siempre ha de ser restrictiva al referirse a deberes del cargo que han sido violentados con la acción cohechadora, y no puede tomarse cualquier infracción de los deberes como suficiente para integrar la norma penal, y si bien es cierto que podría llegar a atentar con el principio de certeza jurídica,

---

<sup>475</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1116.

<sup>476</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, op. cit., págs. 1116 y sgts.

no es menos cierto que existen diversas barreras de garantías de legalidad en la interpretación de la norma.

El denominado cohecho de facilitación (art. 422 CP) describe la conducta del funcionario público que en consideración a su cargo acepte regalos o dádivas que le fueran ofrecidos, aunque estos regalos por sí solos no tuviesen la capacidad de generar un cambio en la conducta del funcionario, pero en su conjunto podrían acreditarla, lo que exigirá que se compruebe la existencia de un dolo de peligro, al recibirse con la intención de producir un cambio en las decisiones futuras<sup>477</sup>.

### **C) Imposibilidad física, jurídica y material de realizar el acto pactado**

La dualidad de vías ejecutivas del cohecho emana justamente de su propia naturaleza, pudiendo perfeccionarse no sólo desde el punto de vista del particular, o únicamente del funcionario público, sino que también de ambos. Ahora bien, cuando el efecto querido por el cohecho, esto es, la acción o inacción del funcionario público es imposible de realizar por éste, la cuestión a dilucidar es la índole de la imposibilidad de la ejecución, física o jurídica. La primera hipótesis es la del funcionario incapaz jurídicamente, al carecer de competencias, atribuciones o facultades para realizar el objeto material del requerimiento efectuado por medio de la recompensa solicitada. Hay autores que estiman<sup>478</sup> que ante la imposibilidad de ejecución del acto objeto del cohecho, por carecer de facultades el funcionario público, debiera reconducirse a un tipo diferente, en este caso al delito del art. 437 del CP, por carecer del elemento subjetivo del tipo penal cohecho<sup>479</sup>, siempre y cuando

---

<sup>477</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV. AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (citando a VÁZQUEZ PORTOMENÉ, 2011 págs. 151 a 180), págs. 1123 a 1124.

<sup>478</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 252.

<sup>479</sup> Artículo 437 del CP: “La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

cumpla con los demás requisitos del tipo penal<sup>480</sup>. Es una postura con que concordamos, toda vez que la acción dolosa de solicitar retribución o dádiva no es impune en sí misma por la imposibilidad de ejecución de la acción requerida, debiendo ser reconducida al tipo penal del art. 437 del CP, en que el funcionario, abusando de su calidad de tal, exija, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que el particular estima que puede realizar. No obstante, es necesario, para “reconducir” la acción del funcionario público incapaz por falta de competencias o facultades, la concurrencia de los requisitos de que el requerimiento de dádiva o retribución sea una exigencia, y no una mera solicitud, y que tenga apariencia de creíble, esto es, muestre una posibilidad de efectivamente poder realizar la acción por la cual solicita la retribución, por ejemplo cuando un barrendero municipal, para solicitar la retribución, manifiesta tener facultades para asignar un determinado contrato a una empresa de servicios de gran magnitud.

El particular que accede a entregar la prestación solicitada otorga una configuración completa de cohecho pasivo del particular, respondiendo por el art. 424.2 del CP<sup>481</sup>, y el funcionario público debe responder por un delito consumado, toda vez que en el Código se equiparan el solicitar, con recibir o el aceptar. Por tanto, es necesaria y suficiente la idoneidad del funcionario público, toda vez que, desde el punto de vista del particular, basta que al menos aparente tener las facultades, para excluir un posible error sobre las capacidades de la persona, y de parte del funcionario público basta la solicitud, por tratarse de un delito de mera actividad.

A nivel internacional, la CICC<sup>482</sup> se refiere al tráfico de influencias, pero teniendo presente la línea de penalización de la conducta de la solicitud o aceptación por parte de un funcionario público o cualquier otra persona, en

---

<sup>480</sup> STS ROJ 1471/1993. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Carlos GRANADOS PEREZ. N° Recurso: 2075/1993. Fecha: 04/03/1994. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>481</sup> Artículo 424. 2 del CP: “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 (...)”.

<sup>482</sup> *Vid.* Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), OEA, Art. 18, literal a).

forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta<sup>483</sup>.

## **II.- Bien jurídico protegido en el tipo de delito de cohecho**

### **A) Generalidades sobre el bien jurídico**

El bien jurídico protegido es un tema fundamental que abordaremos en el examen de este tipo de delito, teniendo presente como punto de partida que la doctrina en forma casi unánime entiende que se protege la función pública en los delitos contra la Administración del Estado, si bien no es menor la afectación de la fe pública, el erario nacional, y otra diversidad de bienes.

En relación a la reforma del CP por LO 1/2015, se ha indicado que no a toda lesión de un bien jurídico corresponda una respuesta penal, en cuanto el carácter fragmentario del Derecho Penal es una condición imprescindible tanto para la contribución a un orden social en el que se pueda vivir en libertad, como a la justicia del castigo, que exige que no sea impuesto más que allí donde es absolutamente necesario, cuanto a la eficacia de ese castigo<sup>484</sup>.

La determinación del bien jurídico en el delito de cohecho se ha fundamentado históricamente a partir de la doble constatación, por un lado, de que estas conductas estaban sólo sancionadas en relación con la intervención de un funcionario público y, por otro, de que estaban presididas por la presencia de una retribución al funcionario para la consecución de un acto relacionado con su cargo. Por tanto, el interés de tutela se ha ubicado tanto alrededor del significado de lo público como de la obtención de un lucro. Así resulta lógica la evolución, paralela a la sufrida por la propia tipificación de los delitos de cohecho y la concepción del ejercicio de la función pública, desde su ya superada identificación como un delito de funcionarios, en que lo

---

<sup>483</sup> Vid. CICC. Art. 18.

<sup>484</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S., en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 26 y 27.

relevante, dentro de una visión preponderantemente interna de la relación bilateral funcionario y administración pública, era la mera infracción de los deberes del cargo concretado en la incorruptibilidad más modernas concepciones que lo identifican como un delito contra la Administración Pública en que, desde una visión funcional sobre el correcto desenvolvimiento de la función administrativa, el interés a tutelar, con mayor o menor peso y matizaciones según las conductas típicas, es la pérdida de prestigio o autoridad y de confianza ante el ciudadano que supone para la Administración el falseamiento de su voluntad o el incumplimiento de los principios constitucionales que informan su funcionamiento y, singularmente, el de objetividad e imparcialidad<sup>485</sup>. Hay posicionamientos doctrinales que estiman como bien jurídico protegido la no venalidad en el ejercicio de las funciones públicas, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, el mantenimiento de la objetividad de la Administración, o la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

## **B) Evolución histórica del bien jurídico en el tipo de cohecho**

La labor pública por antonomasia se encuentra concebida para resolver la problemática social para la que fue instituida, y de ahí que deviene la creación de una burocracia fiscal para poder cumplir sus fines, ya sea en forma directa o indirecta, por medio de particulares que cumplen labores fiscales. Con el transcurso del tiempo y la evolución de la Sociedad rural a una industrializada, se fue enriqueciendo el burgo, lo que generó diversas necesidades antes inexistentes, o de existir, no eran consideradas relevantes por la clase gobernante de entregar a la Sociedad en su conjunto. Las necesidades sociales, que escapan a cada persona en particular, como la construcción de puentes, carreteras, la entrega de justicia, etc. deben ser cumplidas por representantes del Estado, ya sea en forma centralizada o

---

<sup>485</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 382, citando como adscritos a la primera postura a CORDOBA RODA y POLAINO NAVARRETE, y críticamente, por todos, MATA BARRANCO, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, VIZUETA FERNANDEZ.



descentralizada, sea orgánica o territorialmente, o por medio de fórmulas de contratación de servicios de particulares para el Estado.

Podemos apreciar cómo desde inicios de la ordenación jurídica española, ha existido una búsqueda del bien jurídico tutelado en los delitos que afectan la función pública, y es así como ya en la Novísima Recopilación se pueden advertir ideas importantes para el análisis de los intereses tutelados en el delito de cohecho pasivo, que permiten identificar que se consideraban como tales a la integridad y la limpieza de los funcionarios o jueces<sup>486</sup>.

Vemos así cómo GROIZARD, si bien no aportó una definición única y precisa, esbozó conceptos del todo relevantes para deducir de ellos el bien jurídico protegido, al manifestar que de “todos los delitos que los empleados pueden cometer, ninguno más vergonzoso que el que tiene por causa móviles tan reprobados, y que participa de la repulsión que inspiran los delitos contra la propiedad y de la indignación que engendran los delitos de traición. Ladrones y desleales son a un tiempo sus autores. Aplauso nos merece el Código que castiga con rigor los que sin probidad ni conciencia convierten en infame tráfico el mandato recibido del poder social para aplicar rectamente las leyes y administrar justicia, proteger todos los derechos y gobernar el Estado”<sup>487</sup>.

Asimismo, ya PACHECO había indicado que “si un juez o un empleado de cualquier clase que cede a pasiones malévolas es ciertamente criminal, el que cede al soborno es, además de criminal, infame ante la conciencia

---

<sup>486</sup> Novísima Recopilación. Ley 9: La recta administración de justicia es inseparable de la integridad y limpieza de los jueces; por cuyo motivo les está prohibido tan seria y repetidamente en las leyes el recibir dones ni regalos de cualquier naturaleza que sean, de los que tuvieren pleito ante ellos, o probablemente pudieren tenerle, aunque no lo tengan en la actualidad: por tanto se recomienda con toda especialidad a los corregidores la puntual observancia de este capítulo; en la inteligencia de que no se les disimulará nada en esta parte, y los contraventores serán irremisiblemente castigados, probado que sea el delito, con privación de oficio, inhabilitándolos perpetuamente para ejercer ninguno otro que tenga administración de justicia, y en volver el cuarto tanto de lo que hubieren recibido.

<sup>487</sup> GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, Madrid, Biblioteca Universidad de Salamanca, 1912, pág. 223.

pública”<sup>488</sup>, pues la admisión del dinero lleva consigo cierta “cosa de bajo y despreciable”, cuando se mezcla con los deberes, que no tienen, o difícilmente tienen, las demás prevaricaciones<sup>489</sup>.

Tras una referencia a códigos penales de la Alemania nazi y de la Italia gobernada fascista, se señala<sup>490</sup> que la existencia de un conjunto de delitos que tutelara el ejercicio de los cargos de los funcionarios públicos implicaba realmente una violación al principio de la división de poderes, pues producía una intervención de la esfera judicial en la ejecutiva, mediante el enjuiciamiento de los jueces del desempeño de las funciones del gobierno. En tal sentido, el deber del cargo representa un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido, y que carece por tanto de cualquier capacidad limitadora, estimándose que la simple infracción de un deber no puede constituir un bien jurídico, debiendo quedar la prevención y represión de la mera infracción de deberes funcionariales sin especial trascendencia en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario<sup>491</sup>.

La teoría del deber del cargo<sup>492</sup> fue paulatinamente abandonada por la doctrina y la discusión dogmática se centró en la posibilidad de encontrar un

---

<sup>488</sup> PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal comentado y concordado*, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 6ta. ed., Tomo I, Madrid, 1881, pág. 497.

<sup>489</sup> PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal comentado y concordado*, op. cit., pág. 502. Frente al cohecho activo, PACHECO justifica su punición, aunque con una menor pena que la del funcionario, pues el particular tiene una obligación menor y además no afecta la conciencia pública: Aprobamos en principio esta disposición: es decir, nos parece bien que el sobornante no sufra tan recia pena como el que se dejó sobornar. La situación era distinta. Las obligaciones de aquél eran menores. La ley no le había colocado en un puesto para desempeñarle con justicia. Su delito no hiere la conciencia pública. Fue arrastrado por un interés personal que se concibe, por más que no se apruebe. Si obraba mal ofreciendo, mucho peor obraba el empleado aceptando.

<sup>490</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1980, pág. 237.

<sup>491</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *Corrupción y delitos contra la Administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español*, en: Red Latinoamericana de Información y Documentación en Educación RDUC (Managua – Nicaragua), N° 7, 2004, pág. 166.

<sup>492</sup> Teoría del deber del cargo. Se refiere a la obligación de las personas que tienen a su cargo la vigilancia de sujetos cuyo comportamiento entraña algún riesgo, tales como menores de edad, incapaces mentales, detenidos, etc. Debe tenerse cuidado de no confundirla con los casos de autoría mediata por hechos cometidos a través de inimputables, es decir donde el hombre de atrás utiliza para la comisión delictiva a dichas personas.

bien jurídico para todos y cada uno de los delitos contra la Administración Pública, que no tiene que identificarse en una sola categoría normativa. Esta tendencia a señalar la imposibilidad de identificar un bien jurídico único no solamente se extendió a todos los delitos contra la Administración Pública en general, sino también a algunos de ellos en particular, pues ni siquiera existe unanimidad en la determinación de un único bien jurídico tutelado en las modalidades de cohecho o incluso de tráfico de influencias.

No obstante, las críticas a la existencia de un único bien jurídico no han impedido que un gran sector de la doctrina intente concebir un interés común que tutele el objeto de los delitos contra la Administración Pública. De esta manera, en algunos casos de manera innecesaria, se ha intentado disgregar y a su vez subdividir el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, sin que tenga mayor trascendencia dogmática ni empírica tal pretendida subdivisión.

### **C) El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública**

El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública en la actualidad goza mucha salud y aceptación, pues lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política. El referido principio se puede proyectar a su vez los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados<sup>493</sup>.

Sin embargo, también puede ser objeto de crítica, porque si bien es cierto que la imparcialidad efectivamente puede resultar afectada en un delito

---

<http://www.monografias.com/trabajos82/fuentes-deber-garante/fuentes-deber-garante2.shtml#ixzz4RRBkQGQf>

<sup>493</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionario*, Editorial Aranzadi, 1999, pág. 83.

de cohecho, también lo es el hecho de que ella puede igualmente ser atacada en otros delitos funcionarios, como, por ejemplo, el tráfico de influencias. No parece, en consecuencia, que la imparcialidad sea el bien jurídico específicamente protegido en el cohecho, y por otro lado, porque existen tipos de cohecho que no necesariamente requieren una vulneración de la imparcialidad. Es el caso, por ejemplo, del art. 248<sup>494</sup> del Código Penal. En efecto, no se aprecia cómo podría resultar afectada la imparcialidad cuando el funcionario solicita un beneficio económico para ejecutar un acto propio de su cargo que se encuentra obligado a realizar<sup>495</sup>. Otro tanto ocurre con el art. 249 del CP<sup>496</sup>. Resulta difícil afirmar que sea la imparcialidad lo que se vulnera cuando el beneficio económico que el empleado pide apunta a la comisión de un delito (que no siempre será una prevaricación)<sup>497</sup>.

Al respecto se indica<sup>498</sup>, citando sentencias del Tribunal Constitucional, que la justicia no ha dejado de hacer declaraciones referentes a los fundamentos del principio de legalidad penal, íntimamente ligado con el principio de imparcialidad, que los funcionarios judiciales, deben acatar al

---

<sup>494</sup> Artículo 248 del CP: “1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa: a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo. c) Los que, utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”.

<sup>495</sup> Una argumentación similar, pero referida a los arts. 425.1 y 426 del Código Penal español, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal, poderes públicos y negocios*, op. cit., pág. 872.

<sup>496</sup> Artículo 249 del CP: “Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”.

<sup>497</sup> *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal, poderes públicos y negocios*, op. cit., pág. 872, con una argumentación en el sentido del texto, pero relacionada con los arts. 419 y 425.2 del CP.

<sup>498</sup> BACIGALUPO Enrique, *Principios constitucionales de Derecho penal*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires (Argentina), febrero de 1999. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 131/87.

momento de dictar sus resoluciones, en que si bien son imparciales, no pueden ceñir sus actuaciones a la arbitrariedad. Así, el Tribunal sostuvo que “el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido, agrega la sentencia, que se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan los arts. 24.2<sup>499</sup> y 117.1<sup>500</sup> de la Constitución Española, especialmente cuando se declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley”. En la misma sentencia el Tribunal Constitucional español manifestó que, en particular, el principio de legalidad importaba condicionar la legitimidad del derecho penal a la existencia de una ley *scripta, praevia* y *certa* (inexplicablemente se omite la exigencia de *lex stricta*), pero estas exigencias no han sido claramente establecidas en todos los casos.

## 1. Posición doctrinal alemana

La doctrina mayoritaria alemana, en relación con el cohecho, hace referencia a los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico. En este sentido, ROXIN<sup>501</sup> postula, citando a WELZEL, que no todos los delitos de comisión dolosos son tipos “cerrados”. En muchos casos la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivo. En estos supuestos el tipo resulta “abierto”, es decir, la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y

---

<sup>499</sup> Artículo 24.2. de la Constitución Española: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

<sup>500</sup> Artículo 117.1. de la Constitución Española: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

<sup>501</sup> ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires (Argentina), 1979, traducido por Enrique BACIGALUPO, op. cit., págs. 6 y sgts.

exhaustiva y, por tanto, la idealización del tipo no podría indicar la antijuricidad. Consecuencia de esto sería que el juez, en lugar del procedimiento negativo habitual propio de los tipos cerrados, aquí tendría que comprobar la antijuricidad en forma “positiva”. Para ello, luego de determinar la realización del tipo “abierto”, debe investigar la antijuricidad mediante la comprobación de los llamados "elementos del deber jurídico"<sup>502</sup>.

Sobre el bien jurídico protegido, la doctrina alemana mayoritaria sostuvo que el fundamento del bien tutelado era el respeto a los deberes y obligaciones propios del cargo y la pureza en ejercicio de funciones públicas. No obstante, la simpleza y claridad de esta posición, no estuvo exenta de abundantes críticas, las que se dirigieron fundamentalmente, a ser el fundamento en exceso genérico, predicable de todos los delitos en el ámbito propio de la Administración. No es menor la crítica dirigida a la falta de capacidad para explicar la razón y fundamento de la sanción del particular que soborna, sobre el que no pesaban deberes u obligaciones de esa naturaleza.

Siguiendo sobre el punto referido al bien jurídico protegido, hay diversos autores<sup>503</sup> que defendieron como interés tutelado la gratuidad de la actividad administrativa. A esta tesis se le objetó, por un lado, su excesiva amplitud, ya que resultaba contraria a la exigencia legal de contestar una relación de reciprocidad entre la ventaja y el acto del cargo, y por otro, su reducida operatividad para explicar aquellos casos en los que la contraprestación era de carácter inmaterial, o para justificar la impunidad,

---

<sup>502</sup> WELZEL incluye en este supuesto como ejemplo más importante al tipo de la coacción (*Nötigungstatbestand*) del Art. 240 StGB, en “GA”, 1964, págs. 359/364, citado por ROXIN, *ibidem*. Según su punto de vista, actúa en forma típica, es decir, contraria a la norma, en el sentido de esta prescripción, quien "mediante violencia o la amenaza de un mal sensible coacciona a otro a la realización “dé una acción, a tolerarla o a omitirla". En este caso el juez no puede, como en el supuesto de los tipos cerrados, castigar por coacción a quien ha violado la norma sin que concurra en favor de él una causa de justificación. Al contrario, el juez tiene que comprobar en forma “positiva” en virtud de las reglas de la antijuricidad, contenidas en el Art. 240 II, antes de la determinación negativa, si la utilización de violencia o la amenaza de un mal resulta reprochable en relación al fin perseguido. El Art. 240, I, contiene, por tanto, un tipo abierto, que no es indiciario de la antijuricidad, pues “en la vida social existen casos de coacción mediante amenaza de un mal sensible que resultan totalmente adecuados a derecho, aunque no estén autorizados por una proposición permisiva especial”.

<sup>503</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 52.

según el Código Penal alemán, de la conducta del particular en los supuestos de corrupción impropia, en los que, pese a la licitud del acto, también media una gratificación o remuneración. Junto a estas críticas, se destacó la contradicción que suponía defender como único interés tutelado el carácter gratuito de la actividad pública. Pero la crítica fundamental, a nuestro juicio, es que no resultaba suficiente para poder desenmarañar el fundamento de la sanción más grave de la corrupción propia, en la que al igual que en la impropia se constataba la recepción de una ventaja por el ejercicio de funciones públicas. Actualmente en Alemania el fundamento del bien jurídico tutelado, lo fundamental no es la obtención del acuerdo, sino que el funcionario manifieste su corruptibilidad y el corruptor le invite o requiera a ello, con lo que la efectiva práctica de la acción objeto de remuneración no afecta al núcleo esencial del injusto. No obstante, pese a este inicial acuerdo, discrepan los autores en la concreta formulación del bien jurídico protegido.

Por una parte, se sitúa el bien jurídico tutelado en la voluntad del Estado, que quedaría perturbada o falseada a través de estos comportamientos. Los detractores de esta postura basan su fundamento, en la presunta incapacidad que tendría esta doctrina para advertir los casos de cohecho pasivo impropia, entendiendo por cohecho pasivo, que recordaremos que es aquel que hace referencia al funcionario público que se deja corromper<sup>504</sup>, y al ser impropio delitos especiales impropios el elemento del autor sólo opera agravando la pena. Para superar estas críticas se ha defendido que también se pone en peligro la voluntad estatal a través de las conductas tipificadas en los arts. 331 y 333 (corrupción impropia), dando como fundamento que el funcionario que ha cometido el injusto, a lo menos aparentemente, estaría imposibilitada de cumplir sus deberes y obligaciones de manera imparcial.

Pero no puede pasar desapercibido el hecho de que nueva formulación supone la introducción de un elemento extraño al razonamiento o planeamiento originario, el respeto de la imparcialidad, como principio básico del funcionamiento de la Administración, que se entendido la clave para la

---

<sup>504</sup> LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio ZENTENO VARGAS, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 90.

individualización del interés protegido y para la delimitación de las conductas punibles<sup>505</sup>, incluso se ha llegado a sancionar el tráfico de influencias entre privados, y se encuentran también figuras que se refieren al tráfico de influencias en sentido estricto, esto es, al ofrecimiento o negociación que tiene por objeto el empleo abusivo de una posición de influencia<sup>506</sup>.

Por su parte, hay quienes<sup>507</sup> estiman que la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico tutelado es múltiple en los delitos de corrupción, por una parte la confianza de la colectividad, y por otra la incorruptibilidad y objetividad de los actos y decisiones de la Administración Pública. Se ha estimado<sup>508</sup> como parte medular de los tipos de cohecho la relación existente entre proponente y el recepcionista del ofrecimiento, que busca que la administración pública, funcione de una manera diversa a lo que debiera ser su fin de resguardar el servicio público en beneficio de los intereses comunitarios previamente definidos. La pérdida de confianza de la colectividad en la objetividad de las decisiones estatales es la consecuencia inevitable que da como resultado que el delito de cohecho se agote. De esta forma, se aprecia un vínculo entre el buen funcionamiento y la confianza de la sociedad, situando lo primero como condición o requisito para la obtención de lo segundo, y se identifica el objeto con las condiciones de funcionamiento de la Administración, tanto internas como externas. Prueba de ellos es que las conductas de soborno o corrupción suponen siempre un mal ejemplo que es adecuado para conmocionar tanto la ética del cuerpo de funcionarios como la confianza de la colectividad en las decisiones administrativas<sup>509</sup>. En suma, la

---

<sup>505</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 53.

<sup>506</sup> RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, *El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Editorial Jurídica de Chile, 30 de junio de 2005, pág. 363.

<sup>507</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 53.

<sup>508</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, citando a CRAMER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 24. Auflage, G.H. Beck, München, 1991, pág. 2279, op. cit., pág. 53.

<sup>509</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, citando a RUDOLPHI, *StGB, Systematischer Kommentar*, Band. 2, Besonderer Teil (29 Aufl.), 4. Auflage, Bonn/Kiel, 1991 y 1995, pág. 12, hace una interesante reflexión, que estima que esta postura lleva a considerar todos



doctrina alemana por regla general aprecia el bien jurídico tutelado en la necesidad de resguardar el buen funcionamiento de la Administración Pública, subyaciendo el resguardo necesario de la confianza de la colectividad en la incorruptibilidad y objetividad de las decisiones administrativas.

La posición aludida se ve expuesta a diversas críticas, especialmente referidas a la adecuada delimitación del concepto de incorruptibilidad, que conlleva la necesaria aprehensión de qué debe entenderse por objetividad. Esta falencia del bien jurídico se plasma en la incapacidad de desarrollar los efectos que le son propios, puesto que no permite determinar el abanico de conductas lesivas de ese bien jurídico, ni tampoco graduar lo agravante de las distintas conductas típicas. Por otra parte, no ofrece una explicación satisfactoria del castigo al corruptor; tan sólo encontrarías explicaciones su sanción como inductor o participe en la conducta llevada a cabo por el funcionario, en la medida en que contribuye así a poner en peligro la confianza de la colectividad de las decisiones administrativas. El planteamiento expuesto tampoco está en disposición, entre otras cosas, de aclarar la diferencia entre la corrupción antecedente y la subsiguiente, o la razón por la cual el legislador ha decidido sancionar al particular exclusivamente cuando entrega u ofrece la ventaja para obtener un acto injusto o discrecional, y no cuando el soborno tiene por objeto un acto justo de carácter reglado<sup>510</sup>.

En sentido contrario, se mantiene<sup>511</sup> el carácter complejo del bien jurídico tutelado, apreciándose junto al anterior la falsificación de la voluntad estatal (*Verfälschung des Staatswillens*), que podría formularse de manera distinta, como por ejemplo, el respeto de la legalidad, en la medida en que permite explicar de forma satisfactoria la sanción más grave de la corrupción propia. Mas lo cierto es que esta tesis tampoco es capaz de solucionar el resto de diversos inconvenientes antes expuestos. Por ello, estimamos que el bien jurídico apreciado en Alemania es claramente múltiple, entregando un manto

---

los delitos de cohecho como ilícitos de peligro abstracto, ya que el bien jurídico no queda lesionado con la comisión de un solo soborno, sino de varios, op. cit., pág. 53.

<sup>510</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 54.

<sup>511</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 54, citando a LAKNER, *StGB. Kommentar*, 18. Aufl., München, 1989, págs. 1379 y 1380, y a GRAUPE, *Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*. München, 1988, pág. 116.

de protección jurídica a diversos bienes tutelados, que emanan del propio tenor literal de las normas sustantivas del StGB.

## 2. Posición doctrinal italiana

La relación entre el cohecho y la corrupción es tan estrecha que en instrumentos como la CICC<sup>512</sup> o en países como Italia (arts. 318 a 322 del CP italiano<sup>513</sup>) se utiliza el término corrupción para identificar eventos en otros

---

<sup>512</sup> Convención interamericana contra la corrupción (Informe alterativo Santo Domingo, República Dominicana, noviembre 2004.)

<sup>513</sup> Codice Penale (approvato con Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398) Código Penal Italiano, aprobado por Decreto Real N° 1398 de 19 de octubre de 1930. Articolo 318. Corruzione per l'esercizio della funzione: "1. Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a sei anni". (Art. 318 Corrupción para el ejercicio de la función. 1. El funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, recibe indebidamente, para sí o para un tercero, dinero u otro beneficio, o acepte una promesa, será sancionado con prisión de uno a seis años.) Articolo 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio: "1. Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni". (Art. 319. La corrupción de un acto contrario sus deberes oficiales. 1. El funcionario público que, mediante la omisión o el retraso o por haber omitido o retrasado un acto de su función, o que realice o haber realizado un acto contrario a sus deberes oficiales, recibe, para sí o para un tercero, dinero u otro beneficio, o acepte una promesa, será castigado con prisión de seis a diez años). Articolo 319 bis. Circostanze aggravanti: "1. La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene nonché il pagamento o il rimborso di tributi". (Art. 319 bis. Circunstancias agravantes. 1. La pena se agrava si el delito contemplado en el artículo 319 se refiere a la obtención de empleo estatal, salarios o pensiones, o la celebración de contratos en los que ambos se refieren a la administración a la que pertenece el funcionario y el pago o devolución de los impuestos). Articolo 319 ter. Corruzione in atti giudiziari: "1. Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni. 2. Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da sei a quattordici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da otto a venti anni". (Art. 319 ter. La corrupción en actos judiciales. 1. Si los hechos descritos en los artículos 318 y 319 se comprometen a favorecer o dañar una de las partes en un proceso civil, penal o administrativo, la pena de prisión de seis a doce años. 2. Si los malos tratos como resultado la condena injusta de otro individuo de prisión no superior a cinco años, la pena es de prisión de seis a catorce años; si la condena es de prisión superior a cinco años o cadena perpetua, la pena es de prisión de ocho a veinte años). Articolo 319 quater. Induzione indebita a dare o promettere utilità: "1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci

países son denominados como cohecho, y dentro de fenómeno de la corrupción en el sector público, el delito de cohecho aparece como una de sus manifestaciones más importantes. En efecto, cuando se habla de corrupción,

---

anni e sei mesi. 2. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”. (Art. No. 319 quater. Inducción indebida a dar o prometer utilidad. 1. Salvo que el hecho no constituya un delito grave, el funcionario público o la persona que presta un servicio público, abusando de sus poderes, induce a alguien a dar o prometer indebidamente, a él o a una persona, dinero u otros beneficios será reprimido con prisión de seis a diez años y seis meses. 2. En los casos previstos en el primer párrafo, que da o promete dinero u otro beneficio, será sancionado con prisión de hasta tres años). Articolo 320. Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio: “1. Le disposizioni degli articoli 318 e 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio. 2. In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore ad un terzo”. (Art. No. 320 El soborno de un servicio público. 1. Las disposiciones de los artículos 318 y 319 se aplicarán también a cargo de un servicio público. 2. En todo caso, la pena se reducirá en no más de un tercio. producto No. 321. Las sanciones por el corruptor. 1. Las sanciones previstas en el apartado 1 del artículo 318, el artículo 319, el artículo 319-bis, el artículo 319 ter y el artículo 320 en relación con el citado artículo contenidas en los artículos 318 y 319, también se aplican que da o promete un funcionario público o un servicio público de dinero u otros beneficios). Articolo 321. Pene per il corruttore: “1. Le pene stabilite nel comma 1 dell'articolo 318, nell'articolo 319, nell'articolo 319-bis, nell'articolo 319-ter e nell'articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità”. (Art. 321. Las sanciones por el corruptor. 1. Las sanciones previstas en el apartado 1 del artículo 318, el artículo 319, el artículo 319-bis, el artículo 319 ter y el artículo 320 en relación con el citado artículo contenidas en los artículos 318 y 319, también se aplican que da o promete un funcionario público o un servicio público de dinero u otros beneficios). Articolo 322. Istigazione alla corruzione: “1. Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel comma 1 dell'articolo 318, ridotta di un terzo. 2. Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo. 3. La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri. 4. La pena di cui al comma secondo si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319”. (Art. No. 322. Soborno intento. 1. Cualquier persona que ofrezca o promete dinero u otros beneficios no debido a un funcionario público o un empleado de un servicio público, para el ejercicio de sus funciones o atribuciones, está sujeta, si la oferta o promesa no es aceptada, la penalidad establecida en el párrafo 1 del artículo 318, reducido en un tercio. 2. Si se hace la oferta o promesa de inducir a un funcionario público o un empleado de un servicio público de omitir o retardar un acto de su oficina, o para realizar un acto contrario a sus deberes, el delincuente está sujeto, si el ' oferta o promesa no es aceptada, la penalidad establecida en el artículo 319, reducido en un tercio. 3. La sanción prevista en el párrafo primero se aplicará a un funcionario público o un servicio público que solicita una promesa o entrega de dinero u otro beneficio para el ejercicio de sus funciones o atribuciones. 4. La sanción contemplada en el segundo párrafo se aplica a un funcionario público o un servicio público que solicita una promesa o entrega de dinero u otros beneficios a un particular para los fines especificados en el artículo 319).

tradicionalmente se piensa en el cohecho como uno de los delitos más paradigmáticos, junto con el tráfico de influencias. Tanto es así que la única disposición que alude a la idea de corrupción es la figura de cohecho<sup>514</sup>.

En Italia bien jurídico tutelado en los delitos de corrupción era el normal funcionamiento y el prestigio de la Administración pública, que se veían afectados por la deshonestidad del funcionario, por cuanto esta última comportaba una felonía a las obligaciones y deberes. Esta postura, que veía en la infracción del deber una prueba de quebrantamiento del funcionario con la Administración, se concretaba según sea corrupción propia o impropia<sup>515</sup>.

La corrupción impropia suponía una lesión de sus obligaciones internas, al consentir el funcionario público en una remuneración extraordinaria, o impropia por el cumplimiento de actos propios del cargo, mientras que la propia, además de suponer un repudio a deberes internos, ponía en peligro o lesionaba los externos, dependiendo de si el acto injusto era o no ejecutado.

En Italia como respuesta al movimiento que consideraba que el bien jurídico tutelado en los delitos de cohecho eran deberes de los funcionarios se presentó un movimiento que defendía que con aquellos delitos no se protegían meros deberes funcionariales sino el correcto funcionamiento de la Administración pública, es así como la doctrina mayoritaria acoge como bien jurídico el buen funcionamiento de la Administración<sup>516</sup>, considerándose que se tutela el buen funcionamiento y la imparcialidad, principios recogidos en el art. 97 de la Constitución y como interés inmediato el deber del funcionario de no recibir retribuciones por el cumplimiento de sus funciones<sup>517</sup>.

---

<sup>514</sup> RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, *El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Editorial Jurídica de Chile, 30 de junio de 2005, citando a PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte speciale*, Milán, Giuffrè, 2000, págs. 143-155, op. cit., pág. 317.

<sup>515</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed. 04/1999, pág. 55.

<sup>516</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA., *Modificaciones en materia de cohecho*, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Editorial Tirant lo Blanch, 1ª edición, Madrid, 2010, citando a TAGLIARINI, BRICOLA, VASSALLI, MIRRI, FIANDACA / MUSCO, op. cit., pág. 59.

<sup>517</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA., *Modificaciones*, op. cit., pág. 57.

La Constitución Italiana considera como intereses tutelados en vía mediata el buen funcionamiento y la imparcialidad, principios rectores de toda la actividad pública, recogidos en el art.97 de la Constitución<sup>518</sup>, y como interés tutelado de forma inmediata el deber del funcionario de no recibir retribución alguna por el cumplimiento de sus funciones. Así, PAGLIARO<sup>519</sup> sitúa el núcleo del injusto en la prohibición de aceptar retribuciones privadas por el cumplimiento de actos propios del cargo, tanto en la corrupción propia como en la impropia. La razón está en que el empleado público que recibe una retribución indebida por parte de un privada, por realizar un acto propio del cargo, la autora entiende que al recibir un funcionario público un dádiva, siempre ira incluido en la conducta buscada por el corruptor, sea el público o privado, que anteponga al cumplimiento del acto buscado por particular que le ha ofrecido o entregado la gratificación, y que ira en directo desmedro de intereses de otros particulares, ya que en un caso se remunera un acto futuro y, en el otro, uno ya cumplido que es adquirido por el particular.

El Código penal italiano de 1930 contiene estos delitos en el Título II: “De los delitos contra la administración pública”, Capítulo I: “De los delitos de los funcionarios públicos contra la administración pública”, previstos en los arts. 318 al 322. En la década de los años treinta la clasificación en el Codice penale, approvato con Regio Decreto 19 ottobre 1930, N° 1398, que su orgánica principal se mantiene vigente hasta nuestros días, basada en la diferente situación del funcionario público, según sea sujeto activo o víctima

---

<sup>518</sup> COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. Promulgata il 27 dicembre 1947 ed in vigore dal 1 gennaio 1948. (Constitución de la República Italiana. Promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1 de enero de 1948). Articolo 97. I pubblici uffici sono organizzati secondo i precetti della legge, in modo che il loro corretto funzionamento e l'imparzialità del governo sono garantiti. Nella disposizione degli oneri essere specificato il suo campo di competenza, i poteri e le responsabilità dei funzionari. Entrerà i posti di lavoro della pubblica amministrazione da parte dell'opposizione salvo i casi stabiliti dalla legge. (Art. 97 Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garanticen su buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración. En la disposición de los cargos se especificará su ámbito de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios. Se entrará en los empleos de la Administración Pública mediante oposición salvo los casos que la ley establezca).

<sup>519</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed., Pamplona, 04/1999, pág. 57.

material del delito, aunque por necesidad sistemática hubo que contemplar en el Capítulo I la “instigación a la corrupción”, que es un delito del particular contra la administración pública. Están estructuradas en forma análoga con las demás figuras de corrupción para un acto del cargo público.

Como hemos podido apreciar la doctrina italiana estima que, en sentido amplio la administración pública denota toda la actividad del Estado, poder legislativo, ejecutivo, judicial, y además las demás formas no clásicas de participación estatal, como al presentarse por medio de empresas públicas, organismos internacionales etc. Es así que Código Italiano del 1930, cuando considera la administración pública como sujeto pasivo de delito, se atiende a una acepción amplia del término<sup>520</sup>.

Siguiendo con el análisis del tema de la corrupción en sus distintas modalidades, hay autores italianos<sup>521</sup> que aluden a las distintas formas de actuación del Estado, por una parte, por vía administrativa y, por otra, la vía jurisdiccional, haciendo aplicable a ambas esferas de funcionamiento.

En la vía jurisdiccional se debe hacer una complementación, toda vez que tanto la finalidad, como el procedimiento, son fundamentos suficientes para la creación y regulación de tipología penal específica, atendido a estar constituido por hechos que abarcan diversos tipos penales, y por tanto el reproche de desvalor de estos comportamientos cuando son cometidos con la intención de perjudicar o beneficiar a una de las partes en el proceso, es diversa<sup>522</sup>. Siguiendo la misma dirección de contener un concepto amplio de estado como sujeto pasivo de los delitos de corrupción, el legislador italiano aprobó en 1974 y 1981 dos leyes sobre financiación de partidos políticos, en las que se incorporaron sanciones privativas de libertad en caso de

---

<sup>520</sup> CAMAÑO ROSA, Antonio, *Cohecho y soborno. Crónicas extranjeras*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales del Uruguay, Año 1961, Tomo 14, Número 2. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/20533>. Citando a MAGGIORE, op., pág. 286.

<sup>521</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, citando TAGLIARINI, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 65.

<sup>522</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 66.

incumplimiento de algunos de los requisitos de publicidad o registro de las distintas aportaciones privadas o públicas hechas a los partidos políticos<sup>523</sup>.

Sin perjuicio de las normas descritas en párrafo precedente, es necesario hacer algunas prevenciones al estatuto parlamentario italiano, mismo que entre otros distintivos, se aprecia una carencia en la exposición clara, precisa y determinada de obligaciones jurídicas, y a lo expuesto se le suma la autoconcesión de granjerías que pueden ser ejercidas de modo discrecional. La pregunta plantear es, si la acción parlamentaria debe quedar desvinculada, también, de la obligación general de probidad o no venalidad<sup>524</sup>.

No obstante, la problemática recién expuesta, hay un escaso reflejo de que el legislador se haya encaminado a modificar el Código Penal Italiano, en lo relativo a los delitos contra la Administración, y más concretamente en el delito de corrupción. La atención que ha prestado la doctrina italiana a este punto no ha conducido al legislador penal a introducir modificaciones en esta materia, ya que resulta complejo identificar los distintos bienes jurídicos reivindicados por la doctrina en la regulación positiva de estas conductas<sup>525</sup>.

### **III.- Determinación del bien jurídico protegido**

#### **A) El correcto funcionamiento de la Administración pública**

Para MIR PUIG<sup>526</sup>, MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA<sup>527</sup>, GIMENO LAHOZ y CORBELLA HERREROS<sup>528</sup>, entre otros, el bien jurídico tutelado es el

---

<sup>523</sup> Lo expuesto sin perjuicio de subsistir la discusión sobre si es aplicable los delitos de corrupción al legislativos que, sin perjuicio de este debate, entendemos que tanto la doctrina mayoritaria, así como los textos legales, es del todo aplicable a toda función estatal, incluyendo la legislativa.

<sup>524</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, citando a TAGLIARINI, en op. cit., pág. 65.

<sup>525</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 66.

<sup>526</sup> MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 19.

<sup>527</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1207.

correcto funcionamiento de la Administración pública, asociando a su vez este concepto al cumplimiento de los principios constitucionales de la Administración Pública consagrados en el art. 103 de la CE<sup>529</sup>.

QUINTANO RIPOLLÉS estima que el servicio público era el bien jurídico tutelado en los delitos de los funcionarios públicos en el “ejercicio de sus cargos”, criticando la no incorporación de todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos<sup>530</sup>, y la consideración del “deber del cargo” como bien jurídico tutelado en los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos<sup>531</sup>.

Para POLAINO NAVARRETE, mediante la comisión de los delitos de cohecho, se afecta como bien jurídico prioritariamente protegido por la norma incriminadora el correcto ejercicio de la función pública y la incorruptibilidad de los titulares de la misma que es inherente a su debido cumplimiento<sup>532</sup>.

## **B) El correcto ejercicio de la potestad**

Se ha estimado por OCTAVIO DE TOLEDO que el bien jurídico tutelado es el correcto ejercicio de la potestad<sup>533</sup>, asociado al art. 103 de la CE<sup>534</sup>, que en

<sup>528</sup> GIMENO LAHOZ, Ramón/ CORBELLA HERREROS, Teresa, *Delitos contra la Administración pública*, Título XIX, *Delitos contra la Administración pública, contra la Administración de justicia y contra la Constitución*, Barcelona, Bosch Icasa Ed., 1998, pág. 14.

<sup>529</sup> Artículo 103 de la CE: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>530</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho penal*, t. II., Revista de Derecho privado, 1963, pág. 549.

<sup>531</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho penal*, t. II., op. cit., pág. 549.

<sup>532</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 324.

<sup>533</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, op. cit., pág. 333. En el mismo sentido, BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Derecho penal, Parte especial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pág. 436.



su punto 1 establece los fines que debe cumplir el aparato estatal, que ha de regirse por los intereses generales en base a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Vincula<sup>535</sup> el bien jurídico tutelado con el correcto ejercicio de la potestad pública, fundamentado en la Constitución, a cuyos principios ha de ceñirse la norma positiva.

### C) El buen funcionamiento del aparato administrativo

Para DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, el bien jurídico tutelado es el buen funcionamiento de la Administración pública, de conformidad con el art. 103 de la CE<sup>536</sup>. Con la reforma al CP del año 2015, el legislador modificó el art. 427 CP para ampliar la definición de funcionario público, de manera que ingresaron diversos sujetos activos en el tipo penal, y al ser el cohecho un delito contra la Administración pública se hace cuestionable el fundamento jurídico del bien jurídico protegido en el soborno de funcionario extranjero, y si se está atentando realmente contra la Administración pública española, presupuesto del que parte el art. 23.3 LOPJ<sup>537</sup>.

Por su parte, MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO<sup>538</sup> postulan que el bien jurídico a dar protección jurídica en los delitos en comento es el correcto

<sup>534</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., pág. 300. Artículo 103 CE: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>535</sup> Parafraseando a Hans KELSEN.

<sup>536</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El delito de tráfico de influencias*, en *Delitos contra la Administración pública*, ASÚA BATARRITA, Adela (coord.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 175.

<sup>537</sup> PUENTE ABA, Luz María, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dirs.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 889.

<sup>538</sup> MIR PUIG, Carlos / GALLEGO SOLER, José Ignacio / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BOLEA BORDÓN, Carolina / CARDENAL MONTRAVETA, Sergi / GÓMEZ MARTÍN, Víctor / SANTANA VEGA, Dulce / HORTAL IBARRA, Juan Carlos / FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia / CARPIO BRIZ, David, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*,

funcionamiento de la administración pública de acuerdo con su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales, destacando que la misma tiene un aspecto externo vinculado al servicio público y un aspecto interno relacionado con la relación entre la Administración y el funcionario público, criterio en el que se basa, entre otras resoluciones jurisprudenciales, la STS 2025/01, 29-1<sup>539</sup>.

#### **D) La preservación de la forma de actuación de la Administración**

ASÚA BATARRITA<sup>540</sup> señala que el bien jurídico tutelado es la preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y el sometimiento a aquellos principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia en consideración con los principios constitucionales.

También derivado de parámetros constitucionales, específicamente vinculado a la modalidad delictiva del cohecho pasivo impropio, el bien jurídico se identifica con la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos exclusivamente al imperio de la ley, confianza que se resiente por el solo hecho de la percepción de aquella dádiva o retribución, que otro guarda sustento jurisprudencia en la STS 478/2010<sup>541</sup>: “No podemos olvidar cual es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general, que no es otro que 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

---

Tirant lo Blanch, Colección: Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales, 1ª edición, 2011, pág. 887.

<sup>539</sup> Vid. STS N° 2025/2001. ROJ 8381/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMENEZ VILLAREJO. N° Recurso: 4302/1999. Fecha: 29/10/2001. Tipo Resolución: Sentencia. Citada por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010. Capítulo V: Del cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 916.

<sup>540</sup> ASÚA BATARRITA, Adela (coord.), en VV.AA., *El delito de tráfico de influencias, en Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 21.

<sup>541</sup> Sentencia N° 478/2010. ROJ 1280/2010 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Saavedra Ruiz. N° Recurso: 2172/2009. Fecha: 17/05/2010.

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. Cuestión distinta es la cuantía, proporcionalidad o dimensión de la dádiva o regalo y su adecuación a los usos sociales, criterio que debe servir de medida para corregir desproporciones evidentes”.

En la concepción de QUINTANO RIPOLLÉS<sup>542</sup>, el servicio público es el bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública, que va más allá de su correcto funcionamiento o cumplimiento de fines, al ser simple y llanamente el propio ente público titular del mismo quien debe ser tutelado.

### **E) Otras tomas de posición**

La delimitación del bien jurídico en los delitos contra la Administración pública ha tenido una evolución interesante, desde que en un primer tiempo se pensó que el objeto tutelado eran los deberes de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, estimándose en la actualidad que es el buen o correcto funcionamiento de la Administración Pública según los principios consagrados explícitamente en el art. 103 de la CE. Más aun, consideramos que los fines que debe cumplir el aparato estatal, así como los principios a que debe ceñirse, están plasmados en la norma fundamental, determinando una hoja de ruta a las normas inferiores al establecer en forma detallada las acciones, derechos, obligaciones del ente público y sus funcionarios.

En el Código hay un reiterado abuso de cláusulas generales a la hora de formular los preceptos incriminadores, como cláusulas de cierre que intentan que nada que pueda parecer reprobable escape de la pena, abundando también las enumeraciones farragosas que procuran castigarlo todo<sup>543</sup>. De esta forma, vemos con mayor relevancia distinguir entre el o los efectivos bienes jurídicos tutelados por la institución del cohecho, con bienes adjetivos a los mismos.

---

<sup>542</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho penal*, t. II., Revista de Derecho privado, 1963, pág. 550.

<sup>543</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S., en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015, págs. 26 y 27.

Ahora bien, cabe preguntar<sup>544</sup> si el cohecho del funcionario público protege el mismo bien jurídico que el del particular, esto es, el correcto desempeño de la función pública garantizando el principio de imparcialidad que debe existir en la prestación del servicio público. Como respuesta a esta interrogante, entendemos que es el mismo bien jurídico el que protege el tipo penal indistintamente de quienes sean los intervinientes, la multiplicidad de hipótesis, formas comisivas, elementos subjetivos, incluso en no pocas ocasiones en contraposición unos de otros.

En este mismo orden de cosas, se estima que el bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho es el mismo: “el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción, es decir, evitar que ejerciten sus funciones en atención a las recompensas solicitadas, entregadas u ofrecidas, con la finalidad general de preservar la “objetividad” de la Administración pública”<sup>545</sup>, la probidad del funcionario público, que permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos<sup>546</sup>.

En el delito de cohecho el legislador ha querido también proteger el ejercicio del principio de legalidad dentro de la administración del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. Según la STS de 2002, se trata de evitar que los funcionarios públicos realicen actos de su competencia que sean constitutivos de delito o sean injustos, o que se abstengan de actuar cuando la Ley les ordena actuar, siempre que dichas conductas u omisiones tengan por causa la venalidad (corrupción)<sup>547</sup>.

---

<sup>544</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S., en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.) y VV.AA., op. cit., pág. 27.

<sup>545</sup> MIR PUIG, Carlos *El delito de cohecho en la reforma del Código penal*, Artículo publicado en Diario La Ley, N° 7603, Sección Doctrina, 4 de abril de 2011, Año XXXII, Ref. D-148, Editorial LA LEY.

<sup>546</sup> Apartado 6°. Fundamentos de Derecho, en STS N° 2025/2001. ROJ 8381/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMENEZ VILLAREJO. N° Recurso: 4302/1999. Fecha: 29/10/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>547</sup> STS N° 1319/2002. ROJ 5201/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. N° Recurso: 4008/2000. Fecha: 11/07/2002. Tipo Resolución: Sentencia.

A nuestro entender, esta concepción es auto-limitante, dada la complejidad de formas comisivas y de tipos de sujetos intervinientes en el ilícito en estudio, por lo que no abarca la totalidad de los bienes jurídicos que salvaguarda. Un tema relevante es la eterna discusión sobre la falta de protección penal que deben tener los bienes jurídicos colectivos, aludiéndose a la “expansión” del Derecho penal liberal frente a su vinculación con la protección fragmentaria y subsidiaria de bienes jurídicos<sup>548</sup>. Partiendo de la validez de esta premisa, los autores críticos con la expansión actual del Derecho penal han cuestionado su vigencia en relación con algunas de las figuras delictivas que se han introducido en las últimas reformas. Entre ellos se ha considerado que el rumbo del Derecho penal actual camina hacia una tendencia de neo-criminalización y expansión de la misma, argumentándose que “el pretendido y deseado Derecho penal mínimo y garantista es, a día de hoy, una aspiración idealista, una utopía”<sup>549</sup>.

Así, se ha cuestionado que este sector del ordenamiento jurídico se ponga al servicio de la protección de bienes jurídicos colectivos que no guardan una estrecha relación con otros de naturaleza personal individual y que resultan especialmente difíciles de delimitar<sup>550</sup>. En el mismo sentido, una de las objeciones a la protección de bienes jurídicos supraindividuales es la ruptura de los principios básicos del derecho penal que supone castigar una conducta sin verificar la existencia de peligro, incriminando la mera desobediencia<sup>551</sup>. Si bien encontramos interesante esta postura, no la compartimos, en atención a la naturaleza del ilícito descrito y las consecuencias que produce en la colectividad.

---

<sup>548</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergei, *Los delitos funcionario y la política criminal de la sociedad del riesgo*, Universidad de Barcelona. Revista Catalana de Seguretat Pública, año 2003: Núm. 13, diciembre, edición en castellano, pág. 67.

<sup>549</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Editorial Grijley, Lima (Perú), 2004, pág. 216.

<sup>550</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergei, *Los delitos funcionario y la política criminal de la sociedad del riesgo*, op. cit., pág. 67, quien a su vez cita a GRACIA MARTÍN, op. cit., 2002, págs. 283-385; MENDOZA BUERGO, op. cit., 2001, págs. 68 y sgts. (en ambos lugares se contienen ulteriores referencias).

<sup>551</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago (Coord.), en VV.AA., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Colección: Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales, 1ª edición, 02/2011, pág. 183.

Desde un punto de vista jurisprudencial, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho ha sido apreciado no sólo por el TS, sino por diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así en una interesante SAP de Las Palmas<sup>552</sup>, que afirma que con el delito de cohecho se protege el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizan la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público encomendado, posición confirmada en la SAP de Las Palmas<sup>553</sup> del año 2001. De la misma manera, en la STS de 1995<sup>554</sup>, que acoge la SAP Málaga del año 2004<sup>555</sup>, y en la SAP La

---

<sup>552</sup> SAP Las Palmas 10-12-2001 N° Sentencia: 158/2001 ROJ 3548/200. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Municipio: Palmas de Gran Canaria (Las) Sección: 1. N° Recurso: 8/2001. Fecha: 10/12/2001. Tipo Resolución: Sentencia. Segundo: Con el delito de cohecho se protege el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizan lo la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público encomendado (STS de 29 de abril de 1995). El bien jurídico protegido es la protección debida al correcto funcionamiento de los órganos de la Administración, así como la imagen misma del Estado de Derecho, en el sentido de preservar la confianza de los ciudadanos en que los servidores públicos -funcionarios públicos- ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la Ley imagen que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas al margen -y además- de los presupuestos públicos, directamente por las particulares que se sirven de ella, por ejecutar el funcionario un acto relativo a su cargo que sea injusto o que constituya delito, pues con ello se cuestiona de forma grave en la sociedad la seriedad y probidad del ejercicio de la función pública.

<sup>553</sup> SAP Las Palmas 14-11-2001. N° Sentencia: 146/2001. ROJ 3301/2001. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Municipio: Palmas de Gran Canaria (Las) Sección: 1. N° Recurso: 5/2001. Fecha: 14/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia: “Con el delito de cohecho se protege el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público encomendado (STS de 29 de abril de 1995). El bien jurídico protegido es la protección debida al correcto funcionamiento de los órganos de la Administración, así como la imagen misma del Estado de Derecho, en el sentido de preservar la confianza de los ciudadanos en que los servidores públicos -funcionarios públicos- ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la ley, imagen que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas al margen -y además- de los presupuestos públicos, directamente por los particulares que se sirven de ella por ejecutar el funcionario un acto relativo a su cargo que sea injusto o que constituya delito, pues con ello se cuestiona de forma grave en la sociedad la seriedad y probidad del ejercicio de la función pública”.

<sup>554</sup> STS ROJ 7290/1995. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Justo CARRERO RAMOS. N° Recurso: Fecha: 29/04/1995.

<sup>555</sup> SAP de Málaga 15-12-2004: “Con el delito de cohecho se protege el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público encomendado ( STS de 29 de abril de 1995). El bien jurídico protegido es la protección debida al correcto funcionamiento de los órganos de la Administración, así como la imagen misma del Estado de Derecho, en el sentido de preservar la confianza de los ciudadanos en que los servidores públicos -funcionarios públicos- ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la Ley, imagen que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas al margen -y además- de los presupuestos públicos, directamente por los particulares que se sirven de ella por ejecutar el funcionario un acto relativo a su cargo que sea injusto o que constituya delito, pues con ello se cuestiona de forma grave en la sociedad la seriedad y probidad del ejercicio de la función pública”.

Coruña 20-10-1999, se señala que con el delito de cohecho se busca tutelar el prestigio y la eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público.

La Audiencia Provincial de Lleida<sup>556</sup> consideró que el bien jurídico tutelado en el delito de cohecho es la integridad de la función administrativa y la lesividad de la conducta que está presente en la traición de la confianza depositada en el funcionario público. En este sentido, es de destacar la STS del año 2001<sup>557</sup> en la que se afirma que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la probidad del funcionario público que permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos.

No obstante, no debemos olvidar que, al analizarse el bien jurídico protegido desde el punto de vista del sujeto activo, se debe tener presente la modalidad de cohecho pasivo y/o activo. El cohecho pasivo es un delito especial propio, pues solamente puede ser cometido por quien tiene la condición de autoridad o funcionario público<sup>558</sup> en el ejercicio de sus

---

<sup>556</sup> SAP Lleida 8-11-1999: N° Sentencia: 558/1999 ROJA SAP L 748/1991. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Municipio: Lleida Sección: 1. N° Recurso: 27/1999. Fecha: 08/11/1999. Tipo Resolución: Sentencia: b) Respecto al delito de cohecho, delito contra la integridad en la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos, concretamente el lucro ilícito, al traicionar la confianza en él depositada, el funcionario infiel abandona su función mediante un precio; el particular desempeña un papel subordinado, punible únicamente por haber determinado al funcionario a que incumpla sus deberes, se lleva de esta manera a su último extremo el pensamiento de que, el cohecho es un negocio jurídico, del tipo compraventa y con él la afirmación de que constituye una infracción compleja «que supone el concurso de dos personas igualmente culpables e igualmente punibles»; cualquiera que sea la posición que se adopte lo cierto es que el código (1973) hace del cohecho cometido por particulares y del realizado por un funcionario, títulos diferentes de imputación, aunque los subordine al mismo «nomen iuris».

<sup>557</sup> STS N° 2025/2001. ROJ 8381/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMENEZ VILLAREJO. N° Recurso: 4302/1999. Fecha: 29/10/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>558</sup> RAMOS RUBIO, Carlos, *El delito de cohecho*, en VV.AA, *Delitos contra la Administración Pública*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2010, pág. 2002; STS N° 434/1996. ROJ 2918/1996. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid, Sección: 1. Ponente: José Manuel MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ. N° Recurso: 1495/1995. Fecha: 16/05/1996. Tipo Resolución: Sentencia.

funciones, mientras que el cohecho activo es el reverso del cohecho pasivo<sup>559</sup>, consistiendo la conducta en esta última modalidad de delito en el simple ofrecimiento de la retribución al funcionario con la finalidad de corromperle, induciéndola a realizar un acto injusto en el ejercicio de su cargo, con independencia de la aceptación de la dádiva por el funcionario y de que el acto injusto llegue o no a ejecutarse.

La jurisprudencia moderna ha sido aun más clarificadora del bien jurídico protegido. Así, en STS de 2012<sup>560</sup> se entiende que el cohecho protege ante todo 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, argumentos que parcialmente a su vez fueron recogidos por la STS de 2010<sup>561</sup>, que a su vez cita STS de 27.10.2006. De esta forma, el tipo de cohecho busca asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

Hemos hablado de que el cohecho se relaciona íntimamente que el concepto de función pública, pero qué entendemos por función pública. Sobre el contenido de la función pública existe variada jurisprudencia de interés. Así, la STS del año 2011<sup>562</sup>, al hacer una correlación con el concepto de función pública, estima que la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público, teniendo en cuenta las finalidades con las que se

---

<sup>559</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1242.

<sup>560</sup> STS N° 186/2012 ROJ 161272012. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. N° Recurso: 1087/2011. Fecha: 14/03/2012. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>561</sup> STS N° 443/2010. ROJ 2500/2010. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. N° Recurso: 1701/2009. Fecha: 19/05/2010. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>562</sup> STS N° 1125/2011. ROJ 7290/2011. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. N° Recurso: 972/2011. Fecha: 02/11/2011. Tipo Resolución: Sentencia.



ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos, dese esta perspectiva vemos como 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.

La STS del 2000<sup>563</sup> afirma que “lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública”. La STS de 2003<sup>564</sup>, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública”. También en este sentido la STS de 2004<sup>565</sup> y la STS de 2003<sup>566</sup> entendieron que lo “verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos”.

En la STS de 2006<sup>567</sup>, que confirmó la sentencia por un delito de atentado del que fue víctima el Director de un Parque Natural, designado por el Conselleria de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que “la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común”. Desde esa perspectiva, la jurisprudencia ha considerado como funciones públicas las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la

---

<sup>563</sup> STS N°1292/2000. ROJ 1292/2000. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín GIMENEZ GARCIA. N° Recurso: 2002/1998. Fecha: 10/07/2000. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>564</sup> STS N° 68/2003. ROJ 403/2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA. N° Recurso: 2625/2001. Fecha: 27/01/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>565</sup> STS N° Sentencia: 1590/2003. ROJ 2634/2004. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. N° Recurso: 2074/2001. Fecha: 22/04/2004. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>566</sup> STS N° 866/2003. ROJ 4144/2003. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Antonio MARTIN PALLIN. N° Recurso: 1081/2002. Fecha: 16/06/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, abastecimientos, sanidad, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas”, y estas funciones se pueden cumplir, tanto en las instituciones centrales del Estado, entidades locales o comunidades autónomas e incluso en los de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que “cualquier actuación de estas entidades donde existe un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

Retomando los fundamentos de la STS nº 186/2012<sup>568</sup>, referidos al bien jurídico protegido, como ya se esbozó previamente, el tipo de cohecho protege ante todo 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. La STS establece que el cohecho es un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal. De esta manera da el pie para la determinación del bien jurídico protegido, que es la

---

<sup>568</sup> STS Nº 186/2012 ROJ 1612/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Nº Recurso: 1087/2011. Fecha: 14/03/2012. Tipo Resolución: Sentencia.

recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función. Así, en general los delitos de cohecho son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte, el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

La sentencia citada no sólo hace referencia al bien jurídico protegido en el cohecho, sino que además se dedica a efectuar otras concepciones jurisprudenciales, como es el de cohecho pasivo, que establece que es el realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta la dádiva, presente ofrecimiento o promesa, y para determinar el concepto de funcionario público, debe estarse al contenido en el artículo 24 del Código Penal, que es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo.

Sobre el punto expuesto, se ha estimado<sup>569</sup> que existen dos bienes jurídicos tutelados diferenciados de acuerdo a la modalidad de cohecho específica: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), y el respeto que se debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado (cohecho activo). Por una parte, la obligación de los Poderes Públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, cualquiera que sea su

---

<sup>569</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1996, pág. 1809. *Vid.* DE LA MATTA BARRANCO Norberto Javier, *La lucha contra la corrupción política*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, N.º. 18, 2016, pág. 18.

naturaleza<sup>570</sup>. La primera singularidad se presentaría en la mayoría de modalidades de cohecho y se caracteriza por la protección de la imparcialidad en el ejercicio de la gestión de la cosa pública. La segunda se presenta en el cohecho subsiguiente<sup>571</sup> e implica la tutela del prestigio de la Administración Pública entendida como aceptación de dones por actos realizados en el pasado.

Se puede inferir que, si la desviación de intereses es el elemento fundamental de la corrupción y por tanto también de los delitos de cohecho, el bien jurídico protegido ha de estar vinculado con el principio constitucional que se encuentre relacionado con el deber del funcionario de no hacer prevalecer intereses privados sobre los públicos, es decir, los principios de objetividad y de imparcialidad.

La posición que defiende la existencia de distintos bienes jurídicos tutelados dependiendo del sujeto activo es discutida por diversos autores, entre los cuales se ha entendido<sup>572</sup> que el bien jurídico protegido es el mismo, tanto en el cohecho del funcionario como en el del particular, estimando que consiste en el correcto desempeño de la función pública, señalando que “lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula (...) a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política”, pues “el referido principio se proyecta también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados”.

El principio de objetividad implica una constatación del supuesto ajeno a toda consideración personal, pero se complementa con el principio de imparcialidad, que consiste en la necesidad de que el funcionario prescinda de

---

<sup>570</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pág.1810.

<sup>571</sup> Cfr., sobre el cohecho subsiguiente, CASAS BARQUERO, Enrique, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho*, op. cit., pág. 207.

<sup>572</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A., 1ª ed., Pamplona, 04/1999, pág. 83.

la opinión y voluntad propias, adecuándose a la Ley. Sin embargo, ambos principios por sí solos no explicarían la autoría de los particulares respecto de los delitos de cohecho y particularmente del supuesto del cohecho activo, en el cual aquellos se consideran incluso autores, independientemente de si el funcionario acepta la dádiva o retribución, por lo que se ha estimado<sup>573</sup> que la imparcialidad puede apreciarse desde un punto de vista interno y un punto de vista externo lo anterior implica la adopción de un único bien jurídico tutelado en todas las modalidades de cohecho, pues el principio de imparcialidad tiene carácter constitucional y por ello es predicable tanto frente a funcionarios públicos como también en relación con particulares. Desde el punto de vista interno, el cohecho afecta los criterios de objetividad e imparcialidad, mientras que, desde el punto de vista externo, el delito de cohecho supone una amenaza a la confianza del público en la imparcialidad de las decisiones.

Esta postura no debe confundirse con la mera tutela de deberes de imparcialidad del funcionario, puesto que, además de mediar el correcto funcionamiento de la Administración pública como criterio esencial de la definición de todo delito contra la Administración pública, es necesario entender que lo tutelado no es la imparcialidad como deber, sino como la confianza que en la misma tienen los ciudadanos, única forma de solucionar aspectos como la lesividad de delitos como el cohecho para la consecución de un acto no prohibido legalmente o por un acto ya realizado.

En relación con la distinción fundada en las finalidades del sujeto activo con la comisión del delito de cohecho, es decir, de aquella que distingue entre el cohecho propio y el cohecho impropio,<sup>574</sup> debe reconocerse que, si lo tutelado es el ejercicio de la Administración pública de acuerdo a los principios que frente a la misma consagra la Constitución, el bien jurídico también puede ser genéricamente el mismo en las modalidades propia e impropia de cohecho<sup>575</sup>.

---

<sup>573</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 101.

<sup>574</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 155.

<sup>575</sup> En tipo penal del delito de cohecho activo del art. 391 del CP, su elemento definidor es el ánimo o pretensión de corromper al funcionario (*Vid.* STS de 9 de marzo de 1994 [RJ

De otra parte, se ha entendido<sup>576</sup> que se trata de delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, en que se incluyen todos los delitos de defraudación fiscal, máxime cuando éstas sí entienden producido un perjuicio a los intereses de la Hacienda. Se interpreten como se interpreten los delitos contra las distintas Haciendas estatales autonómicas, foral o local, el bien jurídico tutelado nunca podrá interpretarse desde una perspectiva individual. La función del tributo, el patrimonio de la Hacienda Pública, la correcta gestión en el proceso de ingreso y gasto presupuestario, etc., sea cual sea el bien jurídico que se considere protegido en los arts. 305 y siguientes del Código, la perspectiva difusa, supraindividual, colectiva, como se prefiera, siempre estará presente. De esta manera, se estima que si, el objeto tutelado en los delitos de cohecho es el mismo que en todos los delitos contra la Administración pública, ello implicaría igualar conductas punibles muy disímiles como la prevaricación, el cohecho o el fraude funcionarial. En este sentido, el punto de partida para la determinación del bien jurídico especialmente tutelado en el delito de cohecho debe ser los elementos de la corrupción, es decir, la desviación de intereses y el abuso de poder.

Se ha señalado que el bien jurídico en el delito de cohecho es “la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial según los principios del Estado de derecho”<sup>577</sup>. La opinión previa resulta criticable, por diversas razones. Por una parte, la confianza pública cifrada en que los empleados del aparato estatal se comporten con probidad no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos funcionarios. Además, si éste fuera el bien jurídico protegido en el cohecho, no podría considerarse cometido por falta de afectación del bien jurídico, cuando la conducta sea realizada por un funcionario que no goce de la confianza pública, por ser estimada una persona corrupta. También podemos observar que la posición de BACIGALUPO eleva a la categoría de bien jurídico tutelado en el cohecho del

---

1994\1832]), propósito o intencionalidad que existe siempre que el regalo o dádiva alcanza una suma elevada de dinero.

<sup>576</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *La lucha contra la corrupción política*. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, Nº. 18, 2016, pág. 18.

<sup>577</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, op. cit., pág. 100.

empleado público el deber de servicio público, y que no considera la existencia de la correcta administración pública, y que se explica únicamente por el beneficio que su actividad significa para los ciudadanos. Los deberes que emanan de los cargos probidad en el ejercicio de sus cargos, pero dicha confianza no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos que los empleados pueden cometer<sup>578</sup>, como los fraudes ministeriales y las malversaciones, por lo que no nos parece que esta confianza sea el bien jurídico específicamente protegido en el delito de cohecho. Por otra parte, la pretensión de esta posición de considerar como bien jurídico protegido en el cohecho del particular, la dignidad del Estado y el prestigio social de los entes públicos, no va acorde con la esencia de la existencia del Estado y de los entes públicos, lo que tienen su razón de ser en la protección del bien común, sin que se puedan justificar por sí solos, sino que en protección de este bien superior. Además, la dignidad parece ser algo inherente a toda persona humana y no algo propio del Estado. Además, aun cuando un ente público no goce de prestigio en la sociedad, los particulares igualmente tienen la posibilidad de cometer un delito de cohecho cuando ofrecen a sus funcionarios beneficios económicos indebidos, lo que resultaría incompatible con una tesis que afirme que el bien jurídico tutelado en este delito es el prestigio social de los entes públicos. Finalmente, esta posición plantea que es también un bien jurídico protegido en el cohecho del particular el normal desarrollo de las funciones públicas, lo cual implica sostener que el particular tendría una especie de deber de respetar el normal desempeño de las actividades de los órganos del Estado. La verdad es que no se divisa la razón para sostener que éste sea un bien jurídico que se pretende tutelar en el cohecho del particular y no en el del funcionario.

En el mismo sentido, se sostiene<sup>579</sup> que la razón para castigar esta clase de comportamientos es que los mismos impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos se preste de manera correcta; y para que esta prestación de servicios pueda estimarse correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen otros derechos que los contemplados legalmente o paguen

---

<sup>578</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 99.

<sup>579</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Ediciones Civitas, 1979, págs. 252 y sgts.

cuando el servicio es gratuito, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ellos. En caso de que la prestación de servicios no sea gratuita, para que ésta se considere adecuada, es necesario que a los particulares no se les pida más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer sobre el monto fijado.

Se estima que el bien tutelado es el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública<sup>580</sup>. Sin embargo, esta concepción también puede ser analizada bajo una mirada crítica, por un lado, porque si bien es cierto que la imparcialidad efectivamente puede resultar afectada en un delito de cohecho, también lo es el hecho de que ella puede igualmente ser atacada en otros delitos funcionarios, como, por ejemplo, el tráfico de influencias. No parece, en consecuencia, que la imparcialidad sea el bien jurídico específicamente protegido en el cohecho, y, por otro lado, porque existen tipos de cohecho que no necesariamente requieren una vulneración de la imparcialidad. No se vislumbra cómo podría resultar afectada la imparcialidad cuando el funcionario solicita un beneficio económico para ejecutar un acto propio de su cargo que se encuentra obligado a realizar, o que sea la imparcialidad lo que se vulnere cuando el beneficio económico que el funcionario público pide apunta a la comisión de un delito<sup>581</sup>.

Por otra parte, quienes sostienen que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho está constituido por una serie de deberes que han sido encomendados al funcionario por el Estado y que emanarían del cargo que desempeña, es una concepción minoritaria pero no por ello menos interesante de discutir. Así, se postula que el bien jurídico que se intenta tutelar el cohecho es “la integridad y lealtad del funcionario al Estado, así como el cumplimiento de los deberes que al mismo le vienen impuestos por razón del

---

<sup>580</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi, S.A., 1ª ed. 04/1999, pág. 83.

<sup>581</sup> Estimo que la prevaricación no será siempre el tipo penal presente en estas acciones, pudiendo desviarse a otras figuras que comete el funcionario en el ejercicio de su cargo.



ejercicio del cargo”<sup>582</sup>. Al identificar como bien jurídico del cohecho los deberes funcionariales, se entra en una posición propia de un sistema de corte autoritario. Lo expuesto previamente se basa en que los deberes de los empleados públicos no se justifican por sí solos, sino que su existencia obedece a que conducen a la prestación de un servicio para la comunidad. En otras palabras, dichos deberes no son el bien jurídico del cohecho, sino que su cumplimiento permite proteger el bien jurídico tutelado por este delito.

Llama la atención el hecho de que, en general, los autores se han mostrado reacios a dar un concepto unitario de este delito. Tal vez la explicación esté en que la propia regulación legal del cohecho fue por años un tanto confusa<sup>583</sup>, lo cual puede haber contribuido a que los intentos doctrinales se hayan limitado a señalar los rasgos comunes a los distintos tipos penales que se engloban bajo esta denominación<sup>584</sup>.

Por su parte, se ha entendido<sup>585</sup> que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, tanto del funcionario público como del particular, es el correcto servicio que la administración presta a los ciudadanos, estimándose que “en el cohecho al consistir en una conducta sea activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, o en una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos –razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios– se preste de manera correcta”. A mayor abundamiento, el autor

---

<sup>582</sup> GRANADOS PÉREZ, Carlos, *El instrumento en el delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 143.

<sup>583</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en VV.AA., *El nuevo Código Penal: propósitos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torio López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 869.

<sup>584</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, año 1999, págs. 43 y sgts.

<sup>585</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo, *Aproximación al delito de cohecho*, Revista del Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 5, Año 2004, págs. 94 y sgts.

agrega que según sea la modalidad en que se ocasiona la afectación del bien jurídico, puede ser de lesión o de peligro. Será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico cuando se trate del cohecho del funcionario público, puesto que, si el empleado solicita o acepta un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, para ejecutar un acto propio de su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera correcta. En cambio, será un delito de peligro para el mismo bien jurídico cuando se trate del cohecho del particular, por cuanto, si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera adecuada, toda vez que no está en sus manos, sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque generará un peligro de que así ocurra. En sentido disidente, los delitos de cohecho han sido calificados<sup>586</sup> como delitos de peligro, sin distinguir entre el cometido por el funcionario y el realizado por el particular.

Con base jurisprudencial, se ha entendido<sup>587</sup> que el bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho es el mismo: el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción, es decir, evitar que ejerciten sus funciones en atención a las recompensas solicitadas, entregadas u ofrecidas, con la finalidad general de preservar la “objetividad” de la Administración pública. El TS afirma<sup>588</sup> que el bien jurídico es la probidad del funcionario público que permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos. En el delito de cohecho el legislador ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, según la STS de 11 de julio de 2002 (Rec. 4008/2000). Se trata de evitar que los funcionarios públicos

---

<sup>586</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Editorial Universidad de Talca, 9/2001, págs. 202 y sgts.

<sup>587</sup> MIR PUIG, Carlos, *El delito de cohecho en la reforma del Código penal*. Artículo publicado en Diario La Ley, N° 7603, Sección Doctrina, 4 de abril de 2011, Año XXXII, Ref. D-148, Editorial La Ley, págs. 50 a 58.

<sup>588</sup> STS N° 2025/2001. ROJ 8381/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMENEZ VILLAREJO. N° Recurso: 4302/1999. Fecha: 29/10/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

realicen actos de su competencia constitutivos de delito o injustos, o que se abstengan de actuar cuando la Ley les ordena actuar, siempre que dichas conductas u omisiones tengan por causa la venalidad (corrupción).

Cuando se hacen disquisiciones sobre el bien jurídico tutelado, especialmente en los delitos cometidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos, debemos necesariamente referirnos al principio de intervención mínima, para recordar que sólo cuando es absolutamente necesario debe recurrirse al Derecho penal. La idea de intervención mínima debe hacerse extensiva, no sólo al Derecho penal, sino a todo el Derecho sancionador y, en general, a cualquier limitación de la libertad<sup>589</sup>. En ocasiones, se viene confundiendo el auténtico significado del principio de intervención mínima al entender que no debe extenderse la tutela penal a ciertos bienes jurídicos o que, en general, debe remitirse la mayor parte de las sanciones a la esfera administrativa.

El principio de intervención mínima es muy arraigado en el Derecho penal funcional de afectación al erario nacional, de forma que en no pocos tipos la devolución y/o denuncia “oportuna” de recursos mal habidos se considera como una atenuación de la sanción o exención de la misma<sup>590</sup>.

---

<sup>589</sup> Cfr. interesante trabajo sobre el tema de Juan Carlos CARBONELL MATEU, en *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Editorial Tirant Lo Blanch, 3ª Edición, 1999.

<sup>590</sup> Un ejemplo es el artículo 426 del Código Penal, que establece la exención del particular, de sanción penal cuando se ha 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. Mención especial requiere el Artículo 427 del Código Penal, respecto de la exención de sanción a personas que ostentan determinados cargos, decisiones político-criminales, que serán analizadas en otra sección del presente trabajo. Vemos aquí que existe un “premio”, a personas que ostentan 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, como también a cualquiera que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública, y finalmente cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

Tampoco ha de renunciarse a la intervención del Derecho penal allí donde es necesario. Si el principio de intervención mínima se contrapone a la denominada “huida al Derecho penal”<sup>591</sup>, en virtud de la cual el Estado “resuelve” los problemas, recurriendo, en primer término, al Derecho penal y olvidando la política social, económica y de bienestar necesaria, tampoco la “huida del Derecho penal” es la solución: no es aceptable la afirmación de que el Derecho Penal no puede ni debe intervenir allí donde no exista un bien jurídico individual y clásico; no debe olvidarse la obligación del Estado de remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad sean efectivas, ni que, en ocasiones, la restricción de ciertas libertades redunde en beneficio de las libertades de los más, pero además velando por el correcto equilibrio, que debe existir entre tomar decisiones sobre la aplicación de bienes que satisfacen las necesidades de muchos, y que esto signifique el cercenamiento parcial o total de derechos de unos pocos, por el “interés superior de la sociedad”<sup>592</sup>.

---

<sup>591</sup> En este sentido, MIR PUIG constata la presunta nueva huida al retribucionismo como único modo de soslayar la excesiva intervención del Derecho penal, ya que finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido. MIR PUIG Santiago, *Derecho penal, Parte general*, séptima edición Editorial Reppertor, Barcelona, 2005, págs. 87 y sgts.

<sup>592</sup> *Vid.*, sobre la sanción administrativa *versus* sanción penal, el apartado correspondiente del presente trabajo.

## CAPÍTULO IV

### IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DE COHECHO

#### I.- Introducción a la imputación objetiva

La imputación objetiva al igual que la imputación subjetiva son instituciones gravitantes en el sistema de la dogmática penal moderna. La imputación objetiva se erige, en términos generales, en un sistema dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un resultado lesivo<sup>593</sup>, de suerte que el nivel dogmático de la imputación objetiva radica en la delimitación de la relevancia típica del acto<sup>594</sup>. La teoría de la imputación objetiva, no sólo establece criterios normativos para la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también ofrece las máximas para constatar, una vez que se ha afirmado que la conducta es típica, cuándo el resultado producido debe ser reconocido, imputado, a la conducta, ésta es la imputación objetiva del resultado o imputación objetiva en sentido estricto<sup>595</sup>. Fin de la imputación objetiva a través de sus diversos filtros normativos, es interpretar un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si el mismo tiene un significado objetivamente delictivo. No obstante, para la consecución de dicho fin, la

---

<sup>593</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. (trad. OLMEDO CARDENETE), Comares, Granada, 2002, apartado 28 I. 2.

<sup>594</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editoriales Tecnos, Madrid, 2016, pág. 181.

<sup>595</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza Argentina, año 2001, pág. 130.

moderna teoría de la imputación objetiva se funda en nociones básicas sobre las que precisamente se construye el edificio normativo de imputación<sup>596</sup>.

La relación social, la determinación de roles, el accionar del sujeto frente a una puesta en peligro, etc., son fundamentales en el correcto desenvolvimiento de las relaciones de la sociedad. Por esencia, el Estado tiene como misión velar por el normal desenvolvimiento social, con el fin último del bien común. De esta manera, el Estado y su Poder ejecutivo por antonomasia se erige en rector fundamental de las relaciones societarias, y en la prestación de servicios públicos ha de reaccionar frente a las conductas de corrupción en detrimento de la función pública.

## II.- Rol social en la imputación objetiva

Entre otras características de la imputación objetiva, se asigna un rol a cada persona como miembro de la comunidad, dentro de la esfera de acción y resguardo, de modo que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas, y el rol adquiere una singular relevancia cuando se trata de funcionarios públicos, cuyo actuar por antonomasia afecta a terceros. Por ello, se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción (funcionario público, taxista, padre, juez, profesor, médico, etc.) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social<sup>597</sup>, de esta manera las expectativas requeridas para la convivencia social han de garantizarse jurídico-penalmente. De ahí que el Derecho penal y el marco social en que tiene lugar sean inseparables<sup>598</sup>. En otras palabras, la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa

---

<sup>596</sup> MEDINA FRISANCHO, José Luis, *Teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho penal*, Publicado en Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 14, Lima agosto-2010, pág. 56.

<sup>597</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación objetiva: esencia y significado*, en KINDHÄUSER / POLAINO-ORTS / CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, págs. 19 y sgts.

<sup>598</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 21.

que tiene lugar dentro de la sociedad. Por tanto, es imposible escindir el Derecho penal de la sociedad, sin perjuicio de que el Derecho penal representa la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

La imputación objetiva determina lo que le compete jurídicamente cumplir a cada persona, de acuerdo a su posición social. Tal noción queda plasmada en la frase “no todo es asunto de todos” acuñada por JAKOBS<sup>599</sup> y que aporta la idea, también fundamental para el sistema de imputación jurídico-penal, de la separación de ámbitos de responsabilidad. La sociedad separa las conductas entendidas loables de las conductas nocivas, por ejemplo, del que delinque voluntariamente, en base a la defraudación de las expectativas derivadas de su rol social.

Cuando no se asigna a una persona un rol social, permanecerá en el entorno de ella, pues no ejerce ningún rol que sea útil para el funcionamiento y satisfacción del sistema social<sup>600</sup>. De esta manera, siguiendo el razonamiento de POLAINO-ORTS, se otorga a la persona una medida de responsabilidad que le corresponde a cada uno en función del rol que ha de gestionar y será lo suficiente para que la Sociedad funcione con normalidad, porque ésta es la manera de identificar a la persona con el mundo social y, a su vez, será la forma que tienen los demás ciudadanos de saber cuándo han de reclamarle por el incumplimiento de su rol<sup>601</sup>. Cuando los roles establecidos no se cumplen, según el ámbito de competencia personal, se produce el quebrantamiento o

---

<sup>599</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, en ID., *Estudios de Derecho penal* (trad. CANCIO MELIÁ / PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ), Civitas, Madrid, 1997, pág. 211.

<sup>600</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación, una aproximación a la función del Derecho penal*, Editorial J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pág. 133.

<sup>601</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista*, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva*, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2010, pág. 73.

desviación del rol social, lo que permite establecer la responsabilidad personal a cada individuo<sup>602</sup>.

Siguiendo el mismo orden de ideas respecto a la temática del rol social, es adecuado realizar una pequeña distinción sobre su estructura dual, como expone POLAINO-ORTS, pues un rol tiene un aspecto formal, que se identifica con la apariencia externa de la persona, y un aspecto material, compuesto por los derechos y deberes que definen el rol concreto y se refieren al ámbito de competencias normativas conforme su posición social<sup>603</sup>. Ambos aspectos son básicos para una adecuada comunicación social y para la interrelación de los seres humanos en la Sociedad. Sin embargo, en el aspecto material se producen los problemas cuando la persona no cumple su rol defraudando las expectativas normativas del sistema social. Lo expuesto se ve claramente reflejado con mayor detalle en la existencia de una concepción social, en la que en muchos casos se relacionan las personas en un contexto vertical, de modo que cuanto menores sean la experiencia y preparación del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior.

Existen roles predefinidos y regulados a cabalidad por el ordenamiento jurídico, como es fundamentalmente el caso de los funcionarios públicos, en que no solamente la sociedad entiende y asigna el rol que cumple cada uno de ellos, sino que además regula con detalle su función, sus prohibiciones, sus limitaciones, etc., pero sobretodo muchas de sus conductas se enmarcan en un derecho funcional especial de carácter penal, entendiéndose que no sólo existe un orden administrativo particular para los funcionarios públicos, sino una tipología particular, por ejemplo en los llamadas delitos especiales propios, en que el Derecho penal ahonda en el tratamiento y vinculación social que el agente del Estado debe cumplir, y cuando se aparta del ordenamiento jurídico afronta sanciones específicas, que en muchos casos contiene una penalidad diversa a la del particular que comete la misma acción, al crear

---

<sup>602</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 115.

<sup>603</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista*, op. cit., pág. 74.



delitos que sólo puede cometer quien detente una determina calidad de funcionario público<sup>604</sup>.

### III.- Nexo de imputación

Para establecer la responsabilidad de cada individuo en particular en sus diversos roles sociales, específicamente cuando estos se incumplen, y se produce el quebrantamiento o desviación del rol, es necesario revisar el nexo de imputación y si ha sido interrumpido, ya sea por riesgos que forman parte de la normalidad social, de lo que se podría llamar “riesgo vital”<sup>605</sup>, bien por riesgo generados por la intervención de otros sujetos que introducen riesgos nuevos con posteridad a la conducta típica inicial, “riesgos concurrentes”. Asimismo, pueden abordarse aquellos supuestos en los que, a pesar de la existencia de varios riesgos concurrentes, no se produce una interrupción del nexo de imputación, sino que se da una responsabilidad múltiple; en caso se tratarse de riesgos producidos por varios autores, ha de considerarse la concurrencia de un supuesto de autoría accesoria; sin embargo, cuando el riesgo concurrente es obra de la víctima, procede una reducción de la pena<sup>606</sup>.

Por lo expuesto, vemos necesario recalcar el carácter de autónomo del sujeto en la determinación de cumplimiento normativo, pues estando presente el elemento volitivo en cada persona, cuando exista una desviación del rol social, se puede imputar la responsabilidad por la desviación a cada uno. Para el sistema de imputación resulta medular tomar como punto de partida la autonomía de actuar en la esfera de organización que le corresponde a cada ciudadano en su condición de persona, y es sobre esa base que se fundamenta la imputación objetiva en tanto mecanismo de delimitación de ámbitos de responsabilidad, es decir, medular resulta ser el ámbito de autonomía que

---

<sup>604</sup> Descripción del doctorando.

<sup>605</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 133.

<sup>606</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 134.

disfruta un ciudadano para tomar sus decisiones y afrontar las consecuencias de su actuar, que es equivalente a su ámbito de responsabilidad<sup>607</sup>.

No obstante, la imputación de responsabilidad no es una regla genérica y estática aplicable a todos los ciudadanos por igual, toda vez que su práctica dependerá de múltiples factores internos como exógenos. Por un lado, es necesario advertir la posición social ocupada por cada persona, entonces, se erige en un factor normativo con una doble función. Por un lado, constituye una garantía para las personas, pues demarca el espacio en el cual puede organizarse y ocuparse de sus asuntos con total libertad, sin más límite que el impuesto por el respeto a las demás esferas jurídicas<sup>608</sup>.

Lo expuesto gravita en la regulación de multiplicidad de acciones de los agentes del Estado, en particular cuando se produce la desviación del rol social. De esta manera, en el caso del cohecho, cuando un funcionario público actúa, ya sea como solicitante, aceptante, facilitador de un tercer funcionario público, etc., tales conductas son objeto de sanción tanto por la regulación interna como internacional, en base al quebrantamiento de un singular deber de probidad de relevancia penal.

Por otro lado, al infringirse los deberes de la posición social, se defrauda a la sociedad poniendo en tela de juicio la norma como modelo de orientación. Por ello esa defraudación constituye, según JAKOBS, una comunicación defectuosa del autor del hecho ante la sociedad<sup>609</sup>. La infracción o quebrantamiento del rol social se erige como un límite al ámbito de responsabilidad, ya que sólo podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito vital de organización. Así, por ejemplo, no podría imputarse a un determinado inspector de vialidad, por un incorrecta vigilancia y recepción de una vía interurbana a una determina empresa concesionaria del estado por un segundo

---

<sup>607</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 66 y sgts.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Grijley, Lima, 2002, pág. 284.

<sup>608</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación objetiva: esencia y significado*, op. cit., pág. 38.

<sup>609</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 18.

inspector vial que recibido prebendas de la empresa para una “laxa” revisión, y que a consecuencia de un mal diseño y construcción un particular sufrió un accidente automovilístico, toda vez que el primer funcionario del mismo rango, sin control jerárquico uno sobre el otro, no le es imputable al primero la falta del segundo, por el solo hecho de detentar el cargo de inspector fiscal.

El rol societario que a cada individuo se asigna lleva implícita una multiplicidad de deberes, obligaciones y derechos según el lugar que ocupa dentro de la sociedad<sup>610</sup>. Lo expuesto no implica que la asignación y cumplimiento de roles sea unívoco, muy por el contrario, no hay límites sobre el punto pudiendo claramente cumplir multiplicidad de los mismos, ya sea en forma alternada, en orden escalonado, temporalmente diferidos o al unísono.

Teniendo presente lo previamente expuesto, debemos traer a colación que los roles societarios pueden ser distinguidos de dos formas. Por una parte, el rol ordinario a todas las personas y que básicamente afecta a todo aquel que se encuentre inmerso en la sociedad, pues se trata de un deber de solidaridad mínima con respecto a los demás, sin distinciones de ningún tipo y que mientras sea ejercido de manera correcta, demuestra que se trata de personas fieles al Derecho y respetuosos con los demás<sup>611</sup>. En segundo lugar, existen roles específicos, que sólo afectan a determinadas personas, esto es, a quienes escogen concretamente ostentar una determinada posición social delimitando una esfera de competencias, y a su vez, poseen un haz de derechos y deberes específicos que les individualiza con respecto a los demás ciudadanos<sup>612</sup>, por ejemplo, el rol de político, juez, etc. Luego, ya no existe sólo un deber de

---

<sup>610</sup> Bajo el triple cometido que cumple un rol: primero, fijar o delimitar un ámbito de competencia personal; segundo, dar una medida de responsabilidad en una proporción justa; tercero, representar el límite de la propia responsabilidad o por un deber propio infringido, en POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva: un problema de imputación objetiva”, en Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y Dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2013, pág. 142.

<sup>611</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de Justicia penal*, en *Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista*, primera edición, Editor Flores Azcapotzalco, México, D.F, 2016, pág. 79.

<sup>612</sup> Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel, “*Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista*”, op. cit., pág. 79.

solidaridad mínima, sino que se trata de personas que se encuentran en una posición de garantía, como es caso del padre al cuidado de hijos menores.

Ahora bien, teniendo presente que el deber determinado tiene preponderancia con respecto al deber común, en caso de infringir el rol especial la persona se hace acreedor de ciertas y determinadas responsabilidades. Entonces, cuando se adquiere libremente el rol de político, significa que ésta ha sido parte del proceso de asignación de esa esfera específica de competencias y le convierten en titular de ese rol. Por lo tanto, cuando infringe esa esfera de competencias, la sanción ya no es la que se impondría a un ciudadano común, sino que será específica y conforme a su posición de garante.

Dado lo anterior, en la política quienes deciden profesionalizar su accionar y en una carrera política al llegar a altos cargos de gobierno o legislativos, la decepción se produce cuando se infringe las reglas legales que enmarcan el accionar de políticos que cumplen un rol esencial dentro del aparato estatal cumpliendo un rol social correctamente.

Siguiendo en este punto las ideas de profesor POLAINO NAVARRETE, la expectativa social genera en sí una posición especial<sup>613</sup>, pues los políticos corruptos defraudan la expectativa social por quebrantar su rol de servidor público y por ello se les atribuye el delito, en este caso, puede ser cohecho, prevaricación, etc.

Como hemos podido apreciar, el rol societario que todos cumplimos, que es común a cada individuo y que se traduce en el deber de solidaridad mínima, otorga la seguridad de que cada cual cumplirá con su fase asignada de deberes y derechos para cooperar en el desenvolvimiento de la sociedad en su conjunto. Rol social que se conjuga con roles específicos que son elegidos en forma voluntaria por cada persona en particular, y atribuyen un determinado ámbito de derechos y deberes que les otorgan una posición de garante con

---

<sup>613</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, t. II, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 2013, pág. 74.

respecto a los demás, conforme a su posición social. De esta manera, si el ciudadano que ha elegido político infringe las normas que rigen su especialidad, quebranta su rol por haber gestionado incorrectamente el ámbito de competencias atribuidas, lo cual implica una defraudación de las expectativas sociales, por haberse apartado de su rol en base a la posición social que ostenta como titular de ese rol infringido.

Dentro del sistema social el rol de cada individuo requiere de una objetivación comunicable sistemáticamente. Por lo anterior, se distingue una primera dimensión que es estrictamente funcional, por la cual se determina la propia función asignada (como el congresista que interviene dentro del congreso, en los diversos trámite de creación legislativo de una ley), y otra dimensión que es objetiva, para determinar las formas específicas por las cuales se llevará a cabo la función asignada (mediante su participación durante el tiempo que medie entre el origen del proyecto legislativo, sea moción mensaje, etc., y la concreción del mismo y remisión al órgano ejecutivo)<sup>614</sup>.

Bajo este orden de ideas, existe una segunda tipificación referida al proceso que se requiere para incorporar la función a un tipo de elemento y que una vez realizado otorga el reconocimiento al rol que se ha formado. El adecuado funcionamiento de un sistema precisa que coincida con su estructura, pues el rol es un subsistema dentro del que lo contiene, de modo que “en el rol, el elemento y la función se encuentran en tal grado de interdependencia que, cualquiera de los dos que se altere, el sistema desaparece”<sup>615</sup>.

Como hemos visto, la existencia de roles específicos que son elegidos en forma voluntaria por cada persona en particular, y atribuyen un determinado ámbito de derechos y deberes que otorga una posición de garante con respecto a los demás, conforme a su posición social, cobran una mayor

---

<sup>614</sup> De esta manera, “(...) en el sistema social mediante esta objetivación se constituye el “yo”, fruto de la auto-experiencia”, según PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación, Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, op. cit., pág. 140.

<sup>615</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación, Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, J.M<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 141.

trascendencia, cuando estos roles cumplen funciones de servicio público, ya sea en cargos de elección popular, de libre designación, retribuidos o ad-honorem, toda vez que cualquier desvío social, a nuestro juicio, tiene un doble efecto, por una parte el efecto corriente a todo rol social que es incumplido, y por otra la fractura de la confianza depositada en una persona que cumple un rol asignado en el aparato estatal para el cumplimiento de fines colectivos, por lo que su infracción afecta no sólo a determinadas personas que se perturban directamente con el incumplimiento, sino que además carcomen la confianza de la sociedad en su conjunto.

#### **IV.- Elementos que afectan el nexo de imputación**

De singular relevancia son los criterios que pueden afectar el nexo de imputación y por tanto llegar a interrumpir la imputación en sí misma<sup>616</sup>. Dentro de la multiplicidad de elementos que pueden interrumpir el nexo de imputación encontramos, por una parte, la relevancia de las formulaciones hipotéticas para determinar la conexión entre conducta y resultado. Por otro lado, la problemática que genera el transcurso de un largo lapso de tiempo entre la realización de la conducta típica y la producción del resultado<sup>617</sup>. Asimismo, se suma a lo previamente expuesto la problemática de la imputación de resultado en sí, es decir, la existencia de riesgos concurrentes junto al generado por la conducta típica. Aquí, la línea directriz está en la identificación del riesgo que aparezca como explicación del resultado. Las hipótesis, los supuestos de comportamiento alternativo ajustado a Derecho y la doctrina del incremento del riesgo asumen un rol preponderante en la imputación objetiva, señalándose que en el marco de la causalidad se viene discutiendo sobre la importancia que atañe a la valoración de un hecho en la atribución de un resultado a una conducta, en consideraciones hipotéticas de haberse producido circunstancias al menos parcialmente distintas<sup>618</sup>, y que la discusión viene dándose antes del nacimiento de la teoría de la imputación

---

<sup>616</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 131 y 132.

<sup>617</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 95.

<sup>618</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 95.

objetiva y no presenta importancia cuando se intenta valorar una causa de reemplazo, como ejemplo el asesino que da muerte a una persona que minutos después fallecería por causas naturales. Se ejemplifica con el caso del médico que receta al paciente una droga que produce efectos secundarios, que ha sido sustituido por medicamentos modernos que evitan estas reacciones secundarias según dicta la *lex artis*, pero el paciente muere, complicando la ecuación, cuando los informes periciales estiman que de haberse suministrado el medicamento correcto el paciente pudo haber fallecido: “conforme a esta “teoría del incremento del riesgo”, una vez que se ha comprobado que el autor genero un riesgo desaprobado -y que no es seguro que su ausencia no hubiera evitado el resultado- debe imputarse el resultado como realización del riesgo típico, ya que no sería lícito disgregar artificiosamente el riesgo que se realiza en el resultado en un segmento permitido (en el caso referido: el riesgo derivado -por la constitución delicada del paciente- de la administración de cualquier medicamento, específicamente, de los medicamentos indicados por la *lex artis*) y uno no permitido (la administración de un medicamento no indicado)<sup>619</sup>. Existe indeterminación sobre la conducta típica del médico es la que ocasionó el daño al paciente: “la doctrina del incremento del riesgo infringe el principio *in dubio pro reo* y convierte un delito de resultado en una infracción de peligro”<sup>620</sup>.

En relación al transcurso del tiempo, señala CANCIO MELIÁ que resulta necesario plantear el tema de los denominados “daños consecuenciales” o “derivados” cuyo elemento aglutinador es la gran diferencia temporal entre la realización del acto y los efectos de los mismos, por lo que las consecuencias si bien son imputables indirectamente al hecho, no una consecuencia inmediata en el tiempo. Respecto a las lesiones cuyos efectos van en aumento conllevando por ejemplo la muerte, tal sería el caso de envenenamiento por radicación y ulterior fallecimiento debido a complicaciones de la enfermedad que se produce varios años después, estima que en estos casos no hay concurrencia del riesgo, toda vez que el nexo causal entre el riesgo inicial es el

---

<sup>619</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 96.

<sup>620</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 96.

que se realiza, sólo que después de un lapso de tiempo muy considerable, se produce la lesión definitiva, en este caso la muerte<sup>621</sup>.

A nuestro juicio, no puede relacionarse directamente la muerte con la primitiva lesión, toda vez que, para realizar la imputación por medio de argüir un nexo causal, deberá acreditarse que existió de parte de la víctima un correcto tratamiento médico y que se utilizaron todos los mecanismos existente y estándares para evitar el desenlace fatal, o por otro lado no existieron de parte del afectado acciones que apuraran el proceso muerte, etc.

Ante los daños que se producen como coadyuvantes para una ulterior lesión no relacionada con el acto primitivo, CANCIO plantea el caso de la persona que quedó paralítica, y debido a su limitación física pierde la vida en un incendio de un edificio por no poder escapar de las llamas<sup>622</sup>. Estima que es necesario determinar si el riesgo surgió con posterioridad a la primitiva lesión, en este caso el incendio, y si aquello interrumpe el nexo de imputación, toda vez que el nexo causal entre la primitiva lesión, en este caso, Tan sólo hay que señalar que la existencia de determinados daños permanentes, como es lógico, imponen ciertas precauciones exigibles a la víctima<sup>623</sup>.

Parece claro que los inconvenientes procesales que puedan derivar del gran lapso de tiempo existente entre la conducta del sujeto y la lesión no pueden hacer desaparecer sin más el vínculo entre riesgo y resultado: en efecto, lo que atribuye, por ejemplo, gravedad precisamente de un puente mal construido que puede ser utilizados a medias por un poblado, no está en las molestias o complicaciones en el diario vivir que ve producido por la deficiente construcción cuyo génesis está en una empresa que no reúne las condiciones por haber ganado la licitación a base de cohechar al funcionario decidor de la licitación, sino el desenlace final después del colapso del puente.

---

<sup>621</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 98.

<sup>622</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 98.

<sup>623</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 99.



Si parece razonable, sin embargo, pensar en una disminución de la pena por reducción del injusto.

### **A) Riesgo inherente a la conducta humana y aumento voluntario del riesgo**

Partiremos por la última de las hipótesis esbozadas previamente, según las cuales toda actividad humana trae aparejado un riesgo inherente a la misma, como dice CANCIO, un “riesgo vital”. Pero puede llegar a coexistir con el riesgo vital un aumento voluntario del riesgo inherente, y es ahí y como previamente algo ya se esbozó, frente a la responsabilidad por el rol social que cumple el individuo, se torna con mayor relevancia la actuación de la víctima, ya sea en autopuesta o una heteropuesta en peligro consentida, la que es tratada en detalle por GIMBERNAT, que a su vez relaciona con el denominado “riesgo concurrente”<sup>624</sup>, a diferencia del riesgo vital. En los supuestos de asunción voluntaria por parte de la víctima del peligro que corren sus propios bienes jurídicos, se distingue entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida<sup>625</sup>.

No obstante, es necesario tener presente que no existe unanimidad sobre la gravitación del aumento de riesgo voluntario de la víctima en la imputación objetiva, y que desde una perspectiva funcional se ha tratado de explicar las razones por las que un determinado suceso y, naturalmente, las consecuencias que de él se derivan, sean atribuidos a la víctima. En la línea expuesta, el profesor JAKOBS ha intentado definir tales razones normativas: primero, mediante la infracción de los así denominados por él “deberes de autoprotección” y, segundo, mediante un acto de voluntad, a saber, el “consentimiento”<sup>626</sup>. Ello no supone acoger una teoría basada en la

---

<sup>624</sup> Concepto que extraemos de lo expresado por CANCIO MELIA, en *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 131 y sgts. Se trata de riesgos asumidos voluntariamente por el actor.

<sup>625</sup> GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, tomo LVIII, fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, septiembre-diciembre de 2005, pág. 713.

<sup>626</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, op. cit., págs. 33 y sgts., quien los considera como “modalidades de explicación”.

diferenciación entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, como la propuesta por ROXIN, pues ésta se construye sobre fundamentos distintos, que se hallan aún impregnados de un tinte de orden naturalístico: mientras que en la autopuesta en peligro (o más exactamente, en la participación en una autopuesta en peligro) el tercero tan sólo coopera en una actividad riesgosa realizada por la propia víctima, en la heteropuesta en peligro consentida, o también denominada “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”, la víctima no se coloca ella misma en una situación de peligro, sino que “se deja poner en peligro” por otro con plena conciencia del riesgo<sup>627</sup>. Para plantear en términos ejemplificativos este tratamiento dogmático diferenciado, alude<sup>628</sup> a un caso real resuelto por el Tribunal Supremo Federal, el de la carrera ilegal de motos. Afirma que “no es lo mismo” aceptar competir con otro en una carrera imprudente “y aceptar al hacerlo la posibilidad de sufrir un accidente por la propia imprudencia”, que “ir sentado en el asiento trasero de una moto manejada por un conductor increíblemente temerario”. Sin embargo, según CANCIO MELIA<sup>629</sup>, ha de afirmarse que la imputación en este terreno dogmático se produce en términos normativos y no está supeditada a la configuración fenomenológica de las aportaciones de autor y víctima ni al dominio puramente fáctico del suceso, sino, antes bien, a la esfera de autonomía de la víctima que obra de forma auto-responsable, una vez definido el carácter conjunto del suceso. Quizás en razón de los inconvenientes que implica aferrarse a un criterio de sustrato naturalista en determinados casos problemáticos, haya optado por plantear una cláusula de equiparación de las dos figuras (auto y heteropuesta en peligro).

Vemos por ejemplo siguiendo la misma línea de ideas: las víctimas que se ahogaron por falta de un puente que debió estar bien construido y no se efectuó, debido a que un funcionario público recibió un cohecho y la empresa

---

<sup>627</sup> ROXIN, Claus, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, en *Problemas básicos del Derecho penal* (cfr. ROXIN, PG, 11/86 ss., 11/98 ss.), pág. 190, precisando que en este último ámbito la víctima “se expone con plena conciencia del riesgo a una puesta en peligro que es obra exclusiva de un tercero”.

<sup>628</sup> ROXIN, Claus, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA), Edit. Reus, Madrid, 1976, op., pág. 190.

<sup>629</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 124 y sgts.

que se adjudicó no contaba con las competencias técnicas necesarias, y utilizó material de muy baja calidad en la construcción, al existir una crecida del río el puente fue rápidamente desbordado y destruido, y pobladores que eran usuarios del puente por temor que fueran arrastrados junto a sus casas, intentan cruzar el río y se ahogan. ¿Quién domina el riesgo al intentar huir y salvar sus vidas? El riesgo directo por el cruce, es asumido directamente por quien intenta cruzar, pero si el puente hubiese sido debidamente construido y no por medio de una empresa que no reunía las condiciones técnicas y utilizó material de muy baja calidad, gracias al soborno. ¿al no darse estas condiciones el puente debió soportar el embate de río, y no se hubiesen probablemente ahogados los pobladores?, ¿en efecto quien tiene el dominio del riesgo?

Por lo que hemos podido apreciar, debemos entender que el riesgo permitido cumple un rol al unísono, por una parte, sirve de elemento de la responsabilidad penal y por otro lado de liberador de la responsabilidad, al permitir hacer la distinción entre las acciones reprochables penalmente y las que no son objeto del ámbito penal, siendo la institución jurídica del riesgo permitido un elemento basal para la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

De esta manera los riesgos inherentes a toda actividad social, son la piedra angular del riesgo permitido, toda vez que no se entiende la institución sin que exista de por medio interacción social de cualquier índole o complejidad. No es concebible una sociedad sin riesgos y, sin embargo, no por tal razón se plantea siquiera la posibilidad de renunciar a ella<sup>630</sup> o a la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual. En suma, no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del

---

<sup>630</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, en *Estudios de Derecho penal* (trad. CANCIO MELIÁ / PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ), Civitas, Madrid, 1997, págs. 41 y sgts.

Derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción<sup>631</sup>.

### **B) La autopuesta y heteropuesta en peligro consentida**

Como ya enunciamos previamente, existen visiones distintas que confieren un mayor realce dentro de la teoría de la imputación objetiva a la actividad de la víctima, sea por medio de la autopuesta en peligro, la que concurre al ser el mismo afectado, quien se daña o se lesiona por la asunción de un riesgo voluntario que conlleva una afectación de un bien jurídico propio. Ejemplo: el tercero-partícipe que vende heroína al drogadicto, que fallece tras auto inyectársela, debido a un bajo grado de pureza de la droga, circunstancia que era desconocida tanto para el vendedor como para el comprador<sup>632</sup>, asumiendo el fallecido la contingencia, al adquirir un objeto ilegal y cuya procedencia no puede determinar a ciencia cierta, como tampoco que posibles aditivos se han incorporado para aumentar su volumen. Ante esta gama de incertidumbres y aceptar la compra, y su posterior utilización, está colocando en riesgo su vida de forma voluntaria y unilateral.

La heteropuesta en peligro consentida, al igual que en la autopuesta, la víctima acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la autopuesta, donde es el sujeto pasivo el que, en última instancia, y con su propia actividad, se auto-causa su muerte o el daño a su integridad física, en la heteropuesta es un tercero el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, si bien ésta es consciente el riesgo, y lo asume al que aquél le está sometiendo. Como ejemplo de heteropuesta, la persona que, consciente de que quien se encuentra al volante de un automóvil ni tiene permiso ni sabe conducir, accede, no obstante, a ocupar el puesto de acompañante produciéndose posteriormente, a consecuencia de una previsible maniobra imprudente del conductor, un accidente de circulación en el que la víctima pierde la vida o resulta lesionada. Por lo que se requiere a la participación en una antepuesta en peligro, definiendo

---

<sup>631</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2004, pág. 265.

<sup>632</sup> GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, op. cit., pág. 714.

la siguiente tesis: como la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio siempre doloso) es impune, y como también lo es la participación imprudente (lo es, incluso, la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una auto muerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado la propia víctima<sup>633</sup>.

En la autopuesta en peligro es impune la participación en los resultados lesivos para la víctima, pero sí que es punible, en cambio, en la heteropuesta en peligro consentido, tanto del tercero y de la víctima, el tercero por haber ocasionado la lesión, visto desde el ejemplo de conducir sin tener la calificación necesaria y en definitiva dada su impericia y falta del debido cuidado ocasionó una lesión a un tercero. Por otro lado, si este tercero sabiendo que a quien entregaba su vehículo no tenía las calidades necesarias, aun así, entrega el vehículo para que se conducido, podrá responder por las lesiones de bienes jurídicos de terceros que se hayan ocasionado con el actuar del conductor, permitido por la víctima.

Respecto del análisis<sup>634</sup> de la fórmula básica de la teoría de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado, se reconoce fundamentalmente la existencia de dos categorías de problemas: los de causalidad atípica y los de la necesidad de determinar qué comportamientos son subsumibles realmente en el tipo penal. Es decir, los casos en los que podemos imputar el resultado dañoso y los casos en los que podemos imputar la conducta típica. Para la determinación de la imputación se requiere valorar lo pertinente al riesgo permitido, a la prohibición de regreso y a la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. En este último punto la evaluación de la responsabilidad de la víctima es desarrollada en la

---

<sup>633</sup> GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, op. cit., pág. 714.

<sup>634</sup> Cfr. BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (compiladora), *Imputación objetiva y Dogmática penal*, en MIR PUIG, Santiago / MARTÍNEZ RINCONES, José F. / CANCIO MELIÁ, Manuel / LÓPEZ DÍAZ, Claudia / REYES ALVARADO, Yesid / MODOLLEL, Juan Luis. Esta publicación es una coedición del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico -CDCHT- de la Universidad de Los Andes y FUNDACITE-Mérida, Producciones Karol, C. A. Venezuela 2005. Citando a CANCIO MELIÁ, op. cit., pág. 15 y sgt.

autopuesta y heteropuesta voluntaria en peligro. Para los casos de riesgo permitido cuentan tanto las actividades que generan un riesgo y cuya realización es permitida con o sin reglamentación expresa, como las actividades en las que el elemento de mayor relevancia es la normalidad social de la conducta generadora de riesgos.

### C) La prohibición de regreso

La prohibición de regreso no ha sido una institución pétrea desde su elucubración<sup>635</sup>. Su desarrollo actual ha evolucionado en relación a creación original formulada por Reinhard VON FRANK<sup>636</sup>, para llegar a ser entendida como un criterio normativo de limitación de la participación criminal. Sin embargo, ha sido JAKOBS quien con mayor acuciosidad ha protagonizado la reformulación de esta figura jurídica para delimitar el ámbito de la tipicidad tanto para delitos dolosos como imprudentes. Sustenta que no es jurídico-socialmente congruente que el carácter delictivo de una actividad sea impuesto arbitraria y unilateralmente por el autor del hecho, aun cuando el posterior resultado dañoso producido se halle acoplado causalmente con la contribución proporcionada por un tercero<sup>637</sup>: “quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro relacione dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inofensivo no constituye participación en una organización no permitida”<sup>638</sup>.

---

<sup>635</sup> Atendida la naturaleza del presente trabajo, no podremos profundizar en la génesis de la institución de prohibición de regreso, pudiendo encontrar interesante información, entre otros, en FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, ob., cit., págs. 353 y sgts. y ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 82 y sgts.

<sup>636</sup> VON FRANK, Reinhard, quien entendía que todo favorecimiento imprudente de un comportamiento doloso y culpable es necesariamente impune. Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, op. cit., págs. 68 y sgts.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal*, op. cit., pág. 355 y sgts.

<sup>637</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 77.

<sup>638</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 30.

En otras palabras, la prohibición de regreso se basa en la idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación que es en sí misma cotidiana y socialmente es inofensiva, y que sólo por la puesta en marcha de planes de terceros puede adquirir el sentido de un curso dañosa<sup>639</sup>.

En la prohibición de regreso, se pone en evidencia la necesidad de no descontextualizar la conducta en relación con la producción del resultado. Y en el caso de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima podemos conseguir situaciones en las que la génesis del riesgo es responsabilidad del autor y situaciones en las que la conducta que necesitamos valorar de la víctima es posterior a la lesión que le ha sido infringida<sup>640</sup>.

Podemos ejemplificar lo expuesto con el caso que un funcionario de rango medio que no tiene injerencia decisiva en una licitación y posterior adjudicación, y que le corresponde hacer los llamamientos a los oferentes, recibir su documentación, informarlos sobre el proceso, etc., y el jefe de servicio decide que debe informar las bases por medio de un cartel puesto afuera de la oficina del funcionario de mando medio por 24 horas, como existe un oferente que ha ofrecido una dádiva al director de servicio es el único que se entera y por tanto el único que hace la propuesta dentro de plazo, la acción del funcionario de mando medio fue exclusivamente cumplir instrucciones superiores, las que se encontraban revestidas formalmente con un manto de licitud, sin saber que con su accionar se contribuía al agotamiento del delito, al lograr que la persona oferente de la dádiva, logró su objetivo.

La imputación objetiva puede presentarse difícil de fundamentar en aquellos casos en que el sujeto que ejerce su rol realizando un aporte cotidiano o neutral con su conducta, eventualmente se vería involucrado en la comisión de un delito porque otro sujeto emplea la conducta del primero en su beneficio concediéndole un sentido delictivo<sup>641</sup>. Según JAKOBS, “existe una prohibición

---

<sup>639</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 13.

<sup>640</sup> BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (compiladora), *Imputación objetiva y Dogmática penal*, citando a CANCIO MELIÁ, op. cit., pág. 15 y sgt.

<sup>641</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “*Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*”, op. cit., pág. 127.

de regreso según la cual un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida”<sup>642</sup>.

La idea básica y político-criminalmente que subyace en la institución jurídica, es que se hace necesaria para frenar una excesiva responsabilidad, hacia atrás, la que subyace a la prohibición de regreso y la que se halla actualmente generalizada en la doctrina. Una vez más, pues, la causalidad se muestra abiertamente insatisfactoria para la resolución de casos como el del taxista, el de la gasolinera<sup>643</sup> o el del acreedor homicida<sup>644</sup>.

Desde que el comportamiento conforme al deber inherente de un rol se ve afectado cuando se facilita para la comisión de algún delito. Expone JAKOBS: “se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo”<sup>645</sup>. Desde esta óptica, la prohibición de regreso sirve para configurar y delimitar el ámbito de intervención no delictiva e imputar un delito si corresponde<sup>646</sup>.

Continuando con esta institución, es importante verificar si es posible imputar un delito a quien cumpliendo su rol realiza una aportación que sirve

---

<sup>642</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 107.

<sup>643</sup> El empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un vehículo, percatándose que éste se halla en tan mal estado que es evidente que se va a producir un accidente con ulteriores resultados lesivos, lo cual en efecto sucede posteriormente. Cfr. al respecto CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 111; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 349.

<sup>644</sup> Planteado por JAKOBS, Günther, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, Editorial Porrúa, México, 2006, págs. 243 sgs., consiste en aquel deudor que cumple con pagar una deuda dineraria, con lo cual el acreedor se propone cometer un delito, haciéndoselo saber al deudor. Con suma claridad explica al respecto JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, op. cit., pág. 216: “la comunidad con el acreedor se limita a la transferencia del dinero; lo que el acreedor se proponga hacer con él importa tan poco al deudor como lo que ha de interesarse el acreedor por el modo en que el deudor se haya procurado el dinero con el que efectúa el pago...”.

<sup>645</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 107.

<sup>646</sup> Tal como expone PIÑA ROCHEFORT, “en este sentido, no se trata de excluir la responsabilidad porque su conducta no puede entenderse objetivamente como «favorecimiento» de una propensión ajena a cometer un hecho ni de si es posible distanciarse de las consecuencias del hecho de haberse prestado la colaboración, sino de si compete o no preocuparse de ello”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación, una aproximación a la función del Derecho penal*, op. cit., pág. 361.



para la comisión del hecho ilícito, pero que no tiene intervención en la ideación, desarrollo y los resultados de la misma. Por lo que debe responderse de manera negativa, pues en ejercicio de una conducta neutral no puede perjudicarse a quien se comporta de manera correcta por que es otro sujeto el que infringe sus deberes aprovechándose del primero para configurar su ámbito de organización y causar la infracción de los deberes pertenecientes a su rol para realizar un hecho delictivo<sup>647</sup>. Más aun, cabe señalar que “no responden quienes realizan aportes cotidianos o neutrales en ejercicio de su rol ni quienes acceden a determinados conocimientos, no obstante ser dichos aportes configuradores objetivamente de un suceso delictivo”<sup>648</sup>. Siguiendo con el ejemplo de la concesión, el funcionario administrativo que publica las bases de concesión en un cartel fuera de su oficina por 24 horas, porque le fue ordenado, aportando con su actuar a que el delito se configure, pero realizando un acto lícito dentro de la esfera de sus atribuciones, y cumpliendo instrucciones de un superior, no tiene responsabilidad penal alguna.

A lo expuesto debiésemos agregar, yendo un paso más allá, que pueden incluso ser los aportes del tercero, por medio de actos que pudiesen incluso llegar a infringir normas administrativas, pero con el desconocimiento que su actuar coadyuvará a la ejecución de un acto ilícito como el cohecho<sup>649</sup>. Estas acciones, no obstante ser por ejemplo infracciones administrativas, pero no concurriendo en forma consiente a la comisión del ilícito, a mi juicio, deben seguir siendo estimadas penalmente irrelevantes. En crítica a esta teoría, se señala que se equipara valorativamente una conducta de participación socialmente inadecuada con una conducta socialmente adecuada. El problema de la prohibición de regreso es que concede impunidad sin que el beneficiario se lo merezca, ya que, en principio, ha infringido una norma penal.

---

<sup>647</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “*Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*”, op. cit., pág. 129.

<sup>648</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “*Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*”, op. cit., pág. 129. En este sentido, asimismo JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 107: “la aportación del tercero no sólo es algo común, sino que su significado es de modo estereotipado inocuo”.

<sup>649</sup> Comentario del doctorando.

Simplemente se le otorga esta impunidad porque otra u otras personas también se han comportado incorrectamente<sup>650</sup>.

#### **D) ¿Límites a la prohibición de regreso?**

En referencia al aspecto subjetivo de la persona que en ejercicio de su rol realiza el aporte necesario para la comisión de un delito, la existencia o no de delito depende de una infracción objetiva como lo es un deber inherente al rol personal. Podría pensarse que lo importante es el conocimiento que tenía el sujeto<sup>651</sup>. Sin embargo, “si al ciudadano que ejerce su rol puede desposeérsele de la protección que él mismo acarrea por el hecho de que sabía algo o por la circunstancia de que su prestación es aprovechada por otros para cometer un delito, entonces se está situando en una posición de gran debilidad a la persona, y se le está desprotegiendo arbitrariamente por el hecho de adecuar su comportamiento a la norma jurídica”<sup>652</sup>. A mayor abundamiento, por vía de ejemplo podemos indicar el caso del funcionario público de salubridad que llega a una taberna y antes de iniciar su inspección solicita y es atendido entregándole comida y bebida a un con un descuento en dinero común ese día, atendido a que el tabernero lo ubica, pero no obstante sabe la acciones de fiscalización que debe realizar, y se esmera en darle lo mejor, y cobrarle un bajo precio, acto seguido el funcionario inicia su inspección y se da cuenta de diversas falencias que presenta la taberna, no obstante dada la excelente atención y el bajo precio cobrado decide no clausurarlo dándole sólo una advertencia, y se retira. El conocimiento de la calidad de funcionario que atendió no es fundamental a efectos de imputarle el delito de cohecho, ni siquiera el de facilitación, atendido a que lo está tratando como a un cliente común como a cualquier otra persona. Entonces la conducta del regente es una

---

<sup>650</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 359.

<sup>651</sup> En este caso se consideraría partícipe del delito. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 128.

<sup>652</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 129.

conducta neutral sigue siendo adecuada a su rol y por lo tanto carece de un sentido delictivo<sup>653</sup>.

A nuestro juicio, si el sujeto en su conducta tenía el fin la de evitar una correcta fiscalización y por tanto la clausura, y si bien realizó acciones lícitas, tuvieron como fin que el funcionario público realizara una acción no lícita, esto es, que no cumpliera con su deber y en definitiva no clausurara el negocio, ni siquiera cabe preguntarse si era su obligación hacerle ver a las autoridades administrativas superiores del funcionario que éste debió infraccionarlo, o la estima que la conducta del funcionario fue adecuada dentro del ámbito de sus competencias a través de este “perdón” entregado, o debió dar aviso a las autoridades superiores del funcionario sobre la falta de infracción a su local. Entendemos que es discutible el reproche la conducta del tabernero, quien simplemente cumplió con la función de atender, es éste caso con mayor esmero, a un cliente quien de alguna manera agradecido por esta buena atención no lo infraccionó, no teniendo obligación alguna de denunciar esta supuesta falta administrativa, pues aquello excede del ámbito de su competencia, pero no obstante queda subyacente el fin que buscaba con esta esmerada atención que en definitiva logró.

En otras palabras, la actividad habitual de desenvolvimiento social de un individuo que actúa adecuadamente en la interacción social, pero cuyas acciones son redirigidas por un tercero, podría conllevar a imponer obligaciones al individuo que actúa socialmente en forma correcta, a imponer obligaciones de conocer las intenciones del destinatario de tales servicios; en otras palabras, «si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada», puesto que “la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”<sup>654</sup>.

La prohibición de regreso no es una institución que pueda invocarse sin restricción alguna y en todos los casos que aparentemente pueda ser aplicada.

---

<sup>653</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 130.

<sup>654</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 19.

A modo de ejemplo, no podría invocar una prohibición de regreso quien desvía su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho<sup>655</sup>. No obstante, debe tenerse presente que la única arista que la prohibición de regreso excluye, es la responsabilidad penal por la prestación socialmente aceptada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante. Esto quiere decir que si el funcionario público en el caso expuesto previamente, si acelera el retiro del cartel con las bases para la licitación que su jefe negociado con un de los licitadores para asegurar los planes delictivos de su superior, ya no ajustaría su proceder a su rol social. Por otro lado, si existe un deber de garante que obliga a evitar eventuales daños tampoco podrá operar una prohibición de regreso<sup>656</sup>.

En nuestra opinión, la posición dentro de la sociedad asignada a los funcionarios es absolutamente prístina, ya que no sólo existe el conocimiento general que la sociedad entiende la posición social del mismo, sino que además se encuentra reglamentado su accionar, desde la carta magna, con la elaboración de principios básicos, siguiendo por leyes y reglamentos, por lo que la prohibición de regreso debe ser analizada con mayor detenimiento cuando se encuentra involucrado algún miembro de aparato estatal.

Como hemos podido apreciar, no cabe invocar prohibición de regreso para quien desvía su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho<sup>657</sup>. Esto quiere decir que si un taxista acelera y conduce con más rapidez para asegurar los fines de los delincuentes o si el deudor entrega una suma mayor a la debida al acreedor, conociendo sus planes delictivos, ya no ajustaría su proceder a su rol social. Por otro lado, si existe

---

<sup>655</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 216.

<sup>656</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 214. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 412, quien postula que, no obstante, las posiciones de garante deben estar bien fundamentadas para que su infracción adquiera objetivamente un significado delictivo, pues es indudable que cada ciudadano es responsable con absoluta exclusividad de no colocarse en una situación en la que ya no pueda cumplir sus deberes de cuidado o motivarse para respetar las normas jurídicas.

<sup>657</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 216.

un deber de garante que obliga a evitar eventuales daños tampoco, podrá operar una prohibición de regreso<sup>658</sup>. Si el sujeto de la reunión que hace comentarios sobre las condiciones climáticas es el encargado de la protección y defensa civil de la zona, su aportación podría vincularse normativamente con el posterior curso lesivo<sup>659</sup>. Lo propio en el caso de una empresa oferente de servicios al Estado, en el supuesto de que el propietario de la empresa exprese en una reunión con un subalterno, su intención de emplear dinero para sobornar al funcionario público encargado de adjudicar licitaciones, estamento público donde trabaja en confecciones de las bases y su posterior publicación, la esposa del interlocutor, quien comenta la intenciones del propietario de la empresa a su esposa, resultando la mujer del interlocutor y funcionaria pública afectada al haber contribuido con sus acciones a la consecución del objeto ilícito de su superior, no podría alegarse la prohibición de regreso.

### **E) Principio de confianza**

El ser humano es un *socialis hominis* y de esta manera debe interrelacionarse con sus pares en base a un mínimo de confianza. La confianza, por consiguiente, resulta necesaria para la interrelación social de las personas y, si el Derecho penal pretende facilitar y promover los contactos sociales anónimos y no entorpecerlos, resulta congruente erigirla como un eje normativo en el sistema de imputación.

Debido a que la confianza es una conducta convergente, requiere al menos de dos personas para su configuración<sup>660</sup>. En un mundo en que los contactos interpersonales se suceden continuamente, es imprescindible poder

---

<sup>658</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 214.

<sup>659</sup> En estos casos, no obstante, las posiciones de garante deben estar bien fundamentadas para que su infracción adquiera objetivamente un significado delictivo, pues es indudable que “cada ciudadano es responsable con absoluta exclusividad de no colocarse en una situación en la que ya no pueda cumplir sus deberes de cuidado o motivarse para respetar las normas jurídicas” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 412).

<sup>660</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 125.

confiar en que el resto se comportará conforme al estándar de cuidado debido<sup>661</sup>.

El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquéllos<sup>662</sup>. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa les está permitido confiar en que quienes participan junto con ellas van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico<sup>663</sup>.

Referido al concepto de riesgo, en no pocas ocasiones va asociado a una conducta expuesta que puede afectar la salud e integridad humana. Naturalmente entendemos la conducta riesgosa como un concepto amplio, que puede traer aparejadas, no sólo consecuencias físicas o psíquicas, sino también consecuencias jurídicas sociales, etc.<sup>664</sup>, lo que además necesariamente se debe engarzar con el concepto de confianza.

La confianza no es entendida en el sentido coloquial o psicológico o sentimental, sino como la confianza de carácter social, esto es, aquella que posibilita los contactos sociales, el ciudadano racional, fiel al ordenamiento jurídico confiará en que los demás se comporten del mismo modo, es decir, cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás como personas<sup>665</sup>. El ejemplo clásico viene dado en el ámbito del tráfico vial, donde inicialmente surgió este criterio, cuando el conductor que atraviesa un cruce en luz verde, confía en que los conductores de la vía perpendicular se detendrán ante la señal de alto. Se trata, por consiguiente, de una confianza en

---

<sup>661</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación, una aproximación a la función del Derecho penal*, op. cit., pág. 377.

<sup>662</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 51; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, págs. 371 y sgts.

<sup>663</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pág. 104. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, págs. 280 y sgts.

<sup>664</sup> Postura del doctorando.

<sup>665</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación objetiva: esencia y significado*, op. cit., pág. 57.

sentido normativo, en tanto comporta una permisión jurídica para confiar en terceros<sup>666</sup>.

Sobre la ubicación sistemática de este principio en el marco de la teoría de la imputación objetiva no existe unanimidad doctrinaria. A este respecto, es posible advertir cuando menos tres posiciones. La primera defiende, si bien en ocasiones de un modo relativo, la autonomía sistemática del principio, de modo tal que se le asigna una ubicación propia en el sistema de imputación<sup>667</sup>. La segunda le niega tal autonomía y lo concibe como un criterio dogmático de determinación del riesgo permitido o como una manifestación del mismo<sup>668</sup>. Finalmente, la tercera línea de opinión, con prescindencia de la cuestión referida a su autonomía, rechaza su naturaleza jurídica de componente de una teoría general de la imputación, y la considera como un criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes.

La disección dogmática de las diversas instituciones en la teoría de la imputación objetiva constituye, a mi juicio, un aspecto del todo necesario para delimitar de forma latente, no sólo sus alcances conceptuales, sino también sus efectos dogmáticos para la solución de casos en la práctica.

El principio de confianza no ve limitado su alcance dogmático al ámbito del tráfico vial que es considerado como su lugar de origen, tal como lo hemos revisado previamente. Lo expuesto en líneas anteriores ya debe haber dejado entrever que el principio de confianza despliega sus efectos en todos los

---

<sup>666</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 51.

<sup>667</sup> Se indica que esta postura tiene un carácter “relativo” es en razón de que en no pocas ocasiones se concibe en parte al principio de confianza como una derivación o especie del riesgo permitido. Así, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 51, lo entiende como un “supuesto particular” no sólo del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso. Por su parte, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 293 y sgts. 298 y sgts. y 329 y sgts, opta por conceder autonomía al principio de confianza en relación a los demás institutos de la imputación objetiva, en razón principalmente de su diverso fundamento, aunque también lo considera como un criterio para “determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas”.

<sup>668</sup> Así, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL), Civitas, Madrid, 1997, op. cit., pág. 22.

contextos de interacción en que confluyen deberes plurales de actuación<sup>669</sup>. En tal sentido, este principio conforma asimismo una garantía normativa del ciudadano que se comporta correctamente dentro de los límites de su posición social, en la medida en que no podrá atribuirse responsabilidad penal a quien confió de forma socialmente estandarizada en que los demás cumplirán la norma<sup>670</sup>. Ello tiene conlleva que se pueda organizar la consecución del interés que se persigue de una forma más racional, pues el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales.

## F) Limitaciones al principio de confianza

Más allá de estas controversias sistemáticas, debe ponerse atención sobre la principal restricción de esta proyección dogmática de la imputación objetiva, esto es, que el ordenamiento jurídico sólo autoriza a confiar en el comportamiento socialmente correcto de los demás en la medida en que no existan motivos objetivos y fundados para suponer lo contrario<sup>671</sup>. En otras palabras, por regla general no se ha de responder penalmente por la incorrección de las conductas ajenas (ya sean éstas dolosas o imprudentes), si es que no se puede confiar en que todos cumplirán con sus respectivos deberes. Así, por ejemplo, un funcionario público que trabaja en vialidad inspeccionando obras junto a un equipo de personas, y él le ofrecen alguna regalía, con el objetivo que una determinada inspección vial sea lo más laxa posible, no está autorizado a confiar en que los otros funcionarios públicos actuarán adecuadamente, esto es, apegados a la probidad y las normas que regulan su función, ante un ofrecimiento de similares características.

---

<sup>669</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 135.

<sup>670</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, op. cit., pág. 66: la doctrina ha convenido en aprobar la ampliación del principio de confianza «predominantemente, a todos los ámbitos de la vida social en los cuales se combinan las formas de conducta de varias personas».

<sup>671</sup> La doctrina se ha referido a tales motivos como «indicios». Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pág. 21; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (trad. de la 4ª ed. a cargo de CANCIO MELIÁ y SANCINETTI), Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 66; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 104; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 313, para quien estos motivos han de ser objetivos, sólidos y concluyentes, por lo que no basta con una simple intuición o presagio.



Una segunda limitación del principio de confianza, guarda relación directamente con el accionar del sujeto activo, esto es, si el accionar del sujeto a quien se dirige la imputación, no adecua su comportamiento a los niveles de riesgo permitido no podrá ser amparado por el principio de confianza. Esta precisión resulta necesaria para comprender su verdadero significado y alcances, y no concebirlo erróneamente como una forma de permisión para que las personas sean indiferentes o actúen displicentemente confiando en el cuidado de otros. Como ya expresara STRATENWERTH: “quien crea una situación oscura o peligrosa no puede abandonarse a que otros compensarán este peligro incrementando el cuidado”<sup>672</sup>. Y es que aquí se pone de manifiesto una vez más que el fundamento del criterio de imputación no es sino la autorresponsabilidad, pues cada uno es competente de los riesgos que genera y no puede esperar normativamente que otro los neutralizará y que se hará responsable de ellos<sup>673</sup>. Por ejemplo, si un jefe superior de servicio de algún órgano de la administración, especialmente pública, no toman los resguardos necesarios para evitar vicios de corrupción, con el cumplimiento de la normativa interna y multinacional de prevención del cohecho, infringe ya su deber de cuidado y no puede esperar que no se produzcan acciones de corrupción en su ámbito de competencia y supervisión, con total independencia de si los funcionarios se comporten o no probamente.

Entonces, esta confianza socio-normativa que se manifiesta idealmente de forma generalizada es sobre la que se desarrolla la sociedad y, con ella, los diversos contactos entre sus miembros; es por esto que el ámbito en que tiene aplicación el principio de confianza lo constituyen aquellos contextos de interacción en que intervienen una pluralidad de sujetos y en los que existe una división jerarquizada de trabajo<sup>674</sup>. Debido a que el reparto de trabajo requiere de la confianza entre las personas, si una de ellas deja de cumplir con sus tareas, la misma pierde sentido. En términos de JAKOBS: “(...) cuando

---

<sup>672</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, op. cit., pág. 69.

<sup>673</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, op. cit., págs. 310 y sgts.

<sup>674</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación objetiva: esencia y significado*, ob., cit., pág. 57.

puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso”<sup>675</sup>.

En relación a este trabajo en agrupación de personas debemos tener presente los límites que concurren en relación al principio de confianza, considerando que cuando se está en un equipo de trabajo, según POLAINO-ORTS, “(...) en que unos confían en los otros, existe un límite que una vez superado, por una conducta manifiestamente antijurídica o incorrecta, niega la posibilidad de que se confíe en su comportamiento, entonces no puede alegarse en favor de uno, que se ha confiado en él, para verse, de esa forma, excluido de la participación propia”<sup>676</sup>.

Como hemos podido apreciar, las interacciones en la sociedad moderna se construyen sobre una compleja distribución y ejecución de roles a cada miembro de la sociedad quienes tienen que desarrollar una determinada tarea, con el objeto de cumplir determinados fines comunes. Si el Derecho penal pretende hacer posible tales fines, no se puede exigir a cada uno que ejerza un absoluto control sobre los deberes de cada uno de los individuos que interactúan al unísono con su persona<sup>677</sup>.

Si el que persigue una finalidad en un determinado ámbito social puede contar con que los otros van a comportarse de forma correcta, reparto de incumbencias, ello es ya necesario y suficiente para garantizar las expectativas normativas de conducta de todos los actores<sup>678</sup>. Ejemplos cotidianos de ello lo representan los equipos técnicos directivos, que se dedican a concesiones por ejemplo de vías rurales, grupos de técnicos encargados de la revisión y

---

<sup>675</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 106.

<sup>676</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 126.

<sup>677</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, op. cit., pág. 297.

<sup>678</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 7/53: «... sería imposible una división de trabajo eficaz (...), si cada uno debiera controlar todo lo controlable».

supervisión de obras concesionadas o aeroplanos, la fabricación de artefactos en división de trabajo, etc.)<sup>679</sup>.

### **G) Imputación de responsabilidad por conocimientos especiales**

Luego de ver algunas limitaciones al nexo de imputación, nos ocuparemos de aquellos casos en que un individuo se encuentra en cumplimiento de su rol social, pero “se presenta una fuente especial de conocimiento ajena al mismo”<sup>680</sup>.

Ocurre que cada sujeto individual gestiona una zona limitada del entorno social, así entonces, desempeña una función en la Sociedad conforme al rol que le identifica y atribuye un haz de derechos y obligaciones. La cuestión fundamental radica en verificar -como expone JAKOBS- si “el autor está en condiciones de prever un daño en virtud de sus facultades especiales, en tanto que el titular modelo del rol no puede hacerlo”<sup>681</sup>.

La imputación por los conocimientos especiales de una persona se puede encontrar vinculada a la prohibición de regreso, pues ésta incluso podría tener relevancia si existen conocimientos especiales<sup>682</sup>. Sobre el punto ahondan POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, quienes establecen que deben concurrir tres elementos: a) El rol da una medida de responsabilidad por la gestión de cada parcela social. b) Únicamente son imputables penalmente la infracción a los deberes inherentes o adquiridos al rol de una persona. c) Han de quedar fuera de la imputación los conocimientos especiales que excedan del rol<sup>683</sup>.

---

<sup>679</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., pág. 7/53; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, op. cit., pág. 297.

<sup>680</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 131.

<sup>681</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 136.

<sup>682</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación, una aproximación a la función del Derecho penal*, op. cit., pág. 369.

<sup>683</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*, op. cit., pág. 132.

La explicación se encuentra –según JAKOBS- en que los conocimientos especiales son algo que no es obligatorio adquirir o mantener, pues se trata de una mera subjetividad<sup>684</sup>; más aun, “el autor no tiene obligación de hacer uso porque no forman parte de su rol”<sup>685</sup>.

Los conocimientos de quien presta la aportación son trascendentales a la hora de trazar los límites de la institución jurídica en comento<sup>686</sup>. No cabe duda de que en ciertos contextos de interacción se muestra patente la falta de un sentido común de la actividad y, por ende, de su significado como participación delictiva en la posterior conducta. Así sucede en el caso de quien anuncia en una reunión social que en un determinado mes y lugar de una montaña se presentan las condiciones meteorológicas y climáticas ideales para realizar una excursión, lo cual es tomado como base por un tercero para hacerlo, resultando éste posteriormente lesionado o muerto. Aun cuando el deudor y el sujeto de la reunión sepan de las intenciones del acreedor y del tercero respectivamente de realizar las ulteriores actividades lesivas, no podrían responder por éstas dado que no se trata de actos jurídicamente desaprobados dirigidos a favorecer hechos ilícitos<sup>687</sup>. Y ello tiene su principal fundamento, como no podía ser de otro modo, en una razón de raigambre social, posibilitar y promover los contactos sociales anónimos propios de nuestros tiempos, pues amenazar penalmente a quien presta una actividad socialmente cotidiana, desviada por un tercero, conllevaría a imponer obligaciones de conocer las intenciones del destinatario de tales servicios<sup>688</sup>; en otras palabras, “si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada”, puesto que “la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”<sup>689</sup>.

---

<sup>684</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 138.

<sup>685</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 138.

<sup>686</sup> CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, op. cit., pág. 82.

<sup>687</sup> CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, op. cit., págs. 58 y sgts.

<sup>688</sup> CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, op. cit., pág. 59.

<sup>689</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 19.

## V.- Síntesis

Hemos podido apreciar durante el desarrollo del presente capítulo cómo la evolución de la teoría de la imputación objetiva se ido adentrando con fuerza en la dogmática jurídica actual, de esta forma ha permitido desarrollar, analizar, y explicar diversa fenomenología jurídica, especialmente en los delitos contra la probidad pública en sentido amplio, y en especial en el delito de cohecho.

El juego de roles dentro de la sociedad es uno de los pilares sobre que se sustenta la imputación objetiva, y es en ese entender, especialmente en la normativa regulatoria de las funciones públicas, vemos como adquiere mayor eficacia al adentrarse en las labores ejercidas por funcionario públicos, y nuestro juicio con su doble regulación. Por un lado, tenemos la regulación social común a todos los individuos que interactúan en la misma, y por otro lado la regulación específica de la función pública, que dista y no es comparable con otras regulaciones, como por ejemplo la vial. Si bien en ambas regulaciones se contempla directrices específicas a quien cumplen con un rol particular dentro de la sociedad, como es el caso vial por ejemplo de quienes tengan licencia de conducir, y por otro lado de quien tenga la calidad, por regla general, de funcionario público. No obstante, esta supuesta asimetría de regulación de quien reúne características especiales, en el caso vial, como en otras regulaciones específicas, éstas reglamenta un determinado momento, que es en el ejemplo vial, cuando una persona decide voluntariamente conducir. Por el contrario, en la función pública se dan verdaderas directrices de vida, y a diferencia de las demás regulaciones, no son voluntarias y me regulan cuando decido realizar la conducta reglada, en cambio en los casos de función pública, siguen al funcionario público, incluso cuando no está ejerciendo directamente su función, y puede llegar regular otras actividades de su vida que no guardan relación directa con su función pública, como ejemplo el enriquecimiento sin justa causa.



## CAPÍTULO V

### IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN EL COHECHO: CULPABILIDAD NORMATIVA

#### I.- Estado de la cuestión

El necesario orden de prelación al momento de analizar los elementos del injusto penal, especialmente de carácter temporal, es fundamental para realizar una adecuada ecuación penal, de esta manera vemos que antecede a la determinación de responsabilidad o culpabilidad, la evaluación de la antijuridicidad, y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito<sup>690</sup>.

La relación entre antijuridicidad y culpabilidad difiere por el objetivo de las mismas, por una parte, la antijuridicidad enjuicio al hecho en sí mismo, mientras que la culpabilidad se dirige al sujeto activo. En palabras de ROXIN, la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico-penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto<sup>691</sup>. De otro lado, como indica POLAINO NAVARRETE, la imputación subjetiva expresa la culpabilidad personal, reproche normativo que el ordenamiento jurídico hace al autor del

---

<sup>690</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, traducido por Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 791 y sgts.

<sup>691</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pág. 791.

injusto típico asignándole responsabilidad correspondiente a la infracción de la norma: la culpabilidad presupone la capacidad del sujeto, y tiene estricta naturaleza jurídica en tanto juicio de reproche normativo (responsabilidad)<sup>692</sup>. Atendida a la naturaleza jurídica de la culpabilidad, podemos observar que no es sólo personal e intransferible, sino que además está compuesta de diversos elementos, tanto objetivos como subjetivos<sup>693</sup>.

El poder lograr un concepto de culpabilidad exento de contradicciones, coherente con el desarrollo actual de las ciencias jurídicas, estimó que tendrá un escabroso camino que recorrer. Las dificultades que se encuentren tanto de las posturas deterministas como de las de carácter mixto las cuales, no dejan del todo satisfecho y no solucionan la problemática jurídica de la culpabilidad<sup>694</sup>. De esta manera, estimo que la concepción ideal de la culpabilidad hasta ahora buscada no parece posible por el momento y, mientras el comportamiento que atenta contra el orden social sea tratado mediante la aplicación de penas, el principio de culpabilidad resultará imprescindible, como institución jurídica que resulta ser un filtro al poder punitivo estatal, especialmente cuando se abusa de este poder.

La culpabilidad que tiene obviamente un carácter garantista, impide que otros conceptos pueden llegar a convertirse en utilitarios a los gobiernos de turno, que intentan integrarse al derecho moderno, como construcciones dogmáticas basadas en una concepción *kelseniana* del Derecho, como la “fidelidad al derecho”, “legalidad extrema”, etc., y otras semejantes que implicarían, de no tener puntales jurídicos como la culpabilidad normativa, retornar a concepciones penales totalitarias que buscan instrumentalizar al hombre para los fines del Estado.

---

<sup>692</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 181.

<sup>693</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 189.

<sup>694</sup> *Vid.*, sobre el punto, la postura de ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, traducido por Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997.



La culpabilidad se relaciona directamente con el discernimiento desde una perspectiva jurídica normativa y no psicológica, siendo un reproche al sujeto por la contrariedad a deber de su acto y la responsabilidad personal por la realización del mismo<sup>695</sup>. Por otra parte, actualmente es bastante más simple lograr por medio de métodos científicos, determinar la real capacidad de autodeterminación del hombre, en otras palabras, adentrarnos en el denominado determinismo relativo de carácter psicológico, a diferencia de la imputabilidad como concepto determinismo relativo de carácter normativo<sup>696</sup>. De la misma manera, no es posible afirmar que el juicio de reproche sea de carácter ético o moral, sino un reproche personal normativo de quien ejecuta un hecho típico y antijurídico<sup>697</sup>, separándose del tipo penal, que reside en el plano de antijuridicidad, donde se cumple la función sistemática y limitadora de garantía normativa, y en el nivel de la culpabilidad, en que se cumple esencialmente una función de estimulación de una conducta que no quiere la norma motivar, o visto desde otro ángulo desincentivar una determinada conducta incompatible con el sentido de la norma.

Al ser la culpabilidad un juicio de carácter eminentemente normativo y no psicológico, fundado en la exigibilidad<sup>698</sup> de conductas, se evidencia que se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y como producto de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual, por lo que el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios de la sociedad moderna en un momento determinado de quien realiza una conducta descrita en una norma penal, teniendo la posibilidad y/o facultad de adecuar su comportamiento a la disposición legal y a pesar de ello procede a quebrantar la norma, evitando acatar la exigencia jurídica contenida en ella<sup>699</sup>.

---

<sup>695</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 188.

<sup>696</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 186.

<sup>697</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 187.

<sup>698</sup> Exigibilidad de conducta entendida en el sentido amplio de la palabra, como además de exigir una determinada conducta, impedir o desincentivar otras.

<sup>699</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 187.

Al momento que se efectúe la revisión de los tipos penales que se relacionan con el cohecho, se hará necesario un análisis no sólo puramente normativo, sino referido además a los elementos contenidas en los preceptos legales, que incluyen excusas legales, semiexcusa, atenuantes, agravantes de penalidad, y en especial las normas que establecen una interrelación, denominadas cláusulas de reenvío, como también normas de concreción del sustrato fáctico de las mismas, las que deben ser interpretadas siempre en forma restrictiva, como las relativas a los deberes inherentes del cargo.

Sin perjuicio de lo expuesto, vemos que el legislador penal, al asimilar las convenciones internacionales y llevar a la legislación nacional la creación de normas de responsabilidad penal de funcionarios que actúan nivel internacional, como hace en la reformal del CP por LO 1/2015, ha ampliado el ámbito subjetivo de los delitos de cohecho, a través de la técnica de asimilación, cuando las conductas de cohecho sean imputadas o afecten a funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión<sup>700</sup>.

### **A) Formulaciones históricas de la culpabilidad**

Si se tiene en cuenta que el Derecho de los pueblos más antiguos de la Humanidad se basaba en el castigo por la sola producción del resultado lesivo, en otras palabras, existía una responsabilidad pura ligada directamente al resultado, sin que tuviese que mediar el concepto culpa. El concepto de culpabilidad se fue acuñando a través de los siglos<sup>701</sup>, y en referencia al mismo JIMÉNEZ DE ASÚA nos ilustra al estimar que no debe creerse que la evolución desde la simple responsabilidad material a la culpabilidad se hizo rápidamente, toda vez que muchos siglos han sido necesarios para lograrla y

---

<sup>700</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1112. Se hace especial hincapié en la concepción del CP, ofreciendo en el art. 427 una definición auténtica no exenta de complejidad, referido al cohecho de funcionario de la Unión Europea, o funcionarios nacionales de otro Estado.

<sup>701</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, T. V, Ed. Losada, Buenos Aires, 1956, pág. 102.

todavía no está el ciclo terminado hasta llegar a los modernos ordenamientos penales, en los cuales rige el principio de culpabilidad con amplitud, entendiéndose por qué sólo en el siglo XIX se acuña como tal, aunque sus orígenes se encuentran en la Ciencia penal italiana de la Baja Edad Media y en la doctrina del Derecho Común de los siglos XVI y XVIII, elaborado a partir de aquélla<sup>702</sup>. En efecto, PUFFENDORF, en el siglo XVII, fue el primero en denominar a la acción libre que se reputa como perteneciente al autor en la cual se funda la responsabilidad como *imputatio* jurídica, a partir de la cual FEUERBACH pudo entender dicho concepto como el “fundamento subjetivo de la punibilidad” o tesis de la capacidad de la pena<sup>703</sup>, concibiendo de esta manera la imputabilidad como la facultad de la pena fundamentada en la función de apremio psíquico de los receptores de la norma a través de la eficacia preventivo-general<sup>704</sup>. POLAINO NAVARRETE estima que dicha teoría sirvió de inspiración de la función motivadora de la norma perceptible en aquellos sujetos capaces de motivar su conducta en la misma<sup>705</sup>.

Así, Karl BINDING, uno de progenitores de la teoría de la capacidad de acción, sería el primer expositor en utilizar el concepto de culpabilidad dentro de un sistema penal cerrado; suyas son las siguientes palabras: “la culpabilidad del sujeto que actúa es necesaria en todo crimen: dolo e imprudencia son los dos conceptos accesorios en los cuales se descompone el concepto de culpabilidad”<sup>706</sup>. De esta manera vemos que esta teoría centra su examen de imputabilidad en la relación existente en el autor y la acción cometida por su persona, destacando el primer nivel de imputación

---

<sup>702</sup> JECHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 577.

<sup>703</sup> FEUERBACH, Anselm Von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Editorial Hammurabi, S.L., Buenos Aires, 2007, pág. 99.

<sup>704</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 183.

<sup>705</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 183.

<sup>706</sup> BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 1ª ed., Ed. Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872, (traductor de google), pág. 107.

representado por la imputación real del acto al autor sobre la base de la voluntariedad de acción del mismo<sup>707</sup>.

Por su parte, la concepción psicológica tuvo una evolución un poco más tardía, de modo que, para FRANZ VON LISZT, la imputabilidad era distinta de la culpabilidad, entendiendo la primera como la “capacidad jurídico penal de acción” constituida por la “suma de capacidades elementales del sujeto”<sup>708</sup>, y la segunda, como los “presupuestos subjetivos junto a los cuales tienen existencia las consecuencias del delito”, siendo dolo e imprudencia sus dos especies, no obstante reconocer que ambas tenían una naturaleza distinta y era imposible reunirías en un concepto superior de culpabilidad, caracterizado como una noción subjetivo-psicológica<sup>709</sup>. Asimismo, posturas como la de LISZT, en el sentido de que la culpabilidad se debe valorar a partir del “carácter antisocial”, van unidas a otras que, como ella, desplazan la culpabilidad del acto a la persona del autor convirtiendo aquella en un elemento a valorar con pautas de contenido ético<sup>710</sup>.

Sobre estas bases de la evolución histórico-dogmática de la Ciencia penal, fue en su momento EDMUND MEZGER el realizador de la más pulida elaboración compleja de la culpabilidad<sup>711</sup>, y el máximo arquitecto del concepto neoclásico del hecho punible, tal como planteó el sistema penal en los años 1931/32, sometiéndolo después a diversos ajustes que no

---

<sup>707</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 183.

<sup>708</sup> BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, op. cit., págs. 107 y sgts.

<sup>709</sup> LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, 2 (3ª ed. en español, traducción de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), Madrid, Reus, 1927, págs. 105 a 108.

<sup>710</sup> Las posiciones expuestas, si bien están dentro de las denominadas teorías psicológicas, es difícil de aglutinar por que presentan matices muy diversos: por ello, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 135 y sgts., prefiere denominarlas como “Teorías de la culpabilidad generalizada y personificada”, pues todas ellas tienen de común el basarse en la personalidad del agente, el carácter culpable se generaliza a todo el juicio y se personaliza en él la culpabilidad.

<sup>711</sup> MEZGER, Edmund, *Derecho penal, Parte general. Libro de estudio* (traducción de la 6ª ed. alemana de 1955 por Conrado A. FINZI), Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, pág. 237.

comprometen el fondo del planteamiento<sup>712</sup>: actúa culpablemente “aquel cuya acción jurídicamente reprobable es expresión de su personalidad”, estimando por culpabilidad “el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”<sup>713</sup>. Esto supone que el juicio de culpabilidad está referido a una determinada situación de hecho, es un “juicio de referencia”, por lo cual puede añadir: “en una palabra: culpabilidad es reprochabilidad”; lo cual no le impide advertir que no se trata de una culpabilidad en sentido ético sino jurídico completamente ajena a la controversia en torno a la libertad de querer, declarándose partidario de “un determinismo crítico” más allá de una antigua polémica que no tiene por qué afectar el concepto examinado<sup>714</sup>. Ahora bien, el concepto está compuesto por la imputabilidad, el dolo y la culpa como formas o elementos de la culpabilidad, y las causas de exclusión de la misma dentro de las cuales sobresale el estado de necesidad; asimismo, en lo atinente al contenido del juicio de culpabilidad en el caso concreto está referido al acto de voluntad del autor (partes integrantes psicológicas de la culpabilidad), a los motivos del autor (partes integrantes motivadoras de la culpabilidad) y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad)<sup>715</sup>.

## B) Concepción de la teoría funcionalista

La teoría funcionalista del Derecho penal concibe a éste con una alineación a garantizar la identidad normativa y la constitución de la Sociedad<sup>716</sup>. La identidad normativa o garantía, no significa que el sistema social se pétreo y no evolucione, o como afirma JAKOBS: “Toda sociedad necesita para su evolución empujones, incluso choques, lo que, sin embargo,

---

<sup>712</sup> MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, op. cit., págs. 9 y sgts.

<sup>713</sup> MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 2ª edición alemana y notas del traductor por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, (en dos tomos), Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955/1957, pág. 247.

<sup>714</sup> MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 46.

<sup>715</sup> MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 46.

<sup>716</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., págs. 15 y sgts.

no significa que pueda tolerar una cantidad infinita en todo momento”<sup>717</sup>. Más concretamente, la pena no es un medio para la confirmación, sino que es la confirmación misma de la sociedad actual. Para comprender este enfoque, debe analizarse la relación entre delito y pena desde el paradigma comunicativo, debido a que “la pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación”<sup>718</sup>.

El funcionalismo entiende que lo que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social; y ello da lugar a que sea objeto de crítica por un doble sentido: por un lado, desde la perspectiva de las teorías puras de la justicia y, por otro, por la exclusiva referencia funcional al sistema social<sup>719</sup>, pues las contradicciones entre diferentes partes del ordenamiento jurídico es una posible fuente de procesos evolutivos, debiendo adaptarse entre sí los fundamentos del ordenamiento para poder crearse una realidad social estable.

## II.- Título de imputación subjetiva en el delito de cohecho

En los siguientes párrafos nos dedicaremos a analizar los elementos subjetivos del injusto típico dolo, colocándonos en diversas hipótesis y si estas son susceptibles de aplicación al cohecho. Efectivamente, no se discute si la comisión del delito de cohecho es con dolo directo, ya sea el cohecho del funcionario público o del particular, e indistintamente de que se pueda discutir la naturaleza del dolo de cada uno de los intervinientes, los grados de perfeccionamiento del tipo penal, el *iter criminis*, y la penalidad en cada caso.

### A) ¿Exigencia con dolo eventual?

En primer lugar, se debe delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente), sealando al respecto ROXIN<sup>720</sup> que la diferencia

---

<sup>717</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pág. 50.

<sup>718</sup> JAKOBS, Günther, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, op. cit., pág.32.

<sup>719</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 20.

<sup>720</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, op. cit., págs. 1109 y sgts.

entre la imprudencia consciente con el *dolus eventualis* explica que la realización del tipo con imprudencia consciente o no es en absoluto punible o lo es en mucha menor medida que la dolosa.

El dolo eventual se presenta como decisión por la posible lesión del bien jurídico, mientras que el sujeto que actúa con imprudencia consciente confía en la no producción del resultado, pese a crear un peligro no permitido. Entre el dolo eventual y la imprudencia consciente existe una diferencia de injusto y culpabilidad que justifica la diferencia de punibilidad y supone por tanto una negación de todas las concepciones que asimilan la imprudencia consciente al dolo eventual. La diferencia material que existe entre dolo e imprudencia, se caracteriza en que el dolo es realización del plan, mientras que la imprudencia consciente es sólo negligencia o ligereza. El dolo se presenta, desde un punto de vista negativo, al no actuar los sujetos activos de manera descuidada e irreflexiva, sino que al darse perfecta cuenta de que su actuación podría conducir fácilmente al fin deseado y precisamente por eso renunciaron a ese plan. Cuando después, al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original, se arriesgaron conscientemente que el final, en un principio desechado se consume, por muy desagradable que les resultara tal consecuencia la “Incluyeron en su cálculo delictivo” el eventual desenlace (acto consumativo sancionado penalmente), la hicieron parte integrante de su plan y, en esa medida, la “quisieron<sup>721</sup>”, y por tanto existe una eventualidad de ocurrencia del delito, que se ha proyectado mentalmente de manera previa, y aun así luego de renunciar en una primera fase posteriormente, sin querer el resultado previsto, realizan el acto cuya previsión ya existió y por tanto se avizora la posibilidad de consumación.

Como hemos visto, el elemento subjetivo del delito de cohecho requiere para su configuración un dolo directo, por lo tanto, ahora es importante dilucidar si también admite la comisión por medio del dolo eventual. La no sanción penal expresa de los delitos de cohecho culposos y la propia estructura

---

<sup>721</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*. Tomo I, *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, op. cit., págs. 424 y sgts.

subjetiva de las infracciones admiten sólo la realización dolosa, aun en la modalidad de dolo eventual<sup>722</sup>.

Así, se estima la comisión del cohecho con dolo eventual, al entenderse<sup>723</sup> que el delito de cohecho puede cometerse dolosamente, con dolo directo o dolo eventual, en concordancia con el elemento subjetivo del injusto en la expresión “en provecho propio o de un tercero”. Si el funcionario se dejase corromper en la creencia errónea de que el acto al que se comprometía a realizar sería conforme a los deberes de su cargo, no sería de aplicación este delito al faltar el dolo, pero sí el tipo penal del art. 420 del CP, que constituye un tipo básico o de recogida del cohecho pasivo (cohecho impropio)<sup>724</sup>.

Cabe hacer mención al interesante planteamiento del delito provocado, ejemplificando su posición con un agente provocador, que ante la sospecha de que un funcionario es corrupto, y para comprobarlo, le ofrece a éste una dádiva o retribución para cometer un acto constitutivo de delito dentro del ejercicio del cargo, el funcionario oferente no cometerá ningún delito de cohecho activo por falta del elemento subjetivo “en provecho propio o de un tercero”, pero es discutible la calificación de la conducta del sujeto receptor que admite la dádiva para cometer un acto constitutivo de delito del ejercicio del cargo<sup>725</sup>. En el mismo sentido, aunque formalmente el autor cometería un delito consumado de cohecho del art. 419 del CP, podría negarse su punibilidad aplicando su construcción del “delito provocado”. En jurisprudencia, la STS del año 1991<sup>726</sup>, absuelve al funcionario provocado por actuar engañado por el agente, actuando sin libertad, entendiéndose que se trata de una inducción engañosa que no sirve como prueba.

---

<sup>722</sup> Vid. RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 253.

<sup>723</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Capítulo V. Del cohecho, op. cit., págs. 918 y sgts.

<sup>724</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en op. cit. pág. 919.

<sup>725</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en op. cit., págs. 918 y sgts.

<sup>726</sup> STS 21-9-91 (Rep. núm. 1635).



Asimismo, se estima<sup>727</sup> que todos los delitos de cohecho se sancionan sólo en su modalidad dolosa, siendo imposible la punición de la forma imprudente, al no existir norma expresa que permite la sanción penal de los delitos culposos que así lo prevea, conforme a la exigencia del art. 12 del CP. Además, todos ellos contienen expresas referencias a las finalidades específicas que se persiguen con la realización de la conducta típica, lo que excluye también la comisión del ilícito con dolo eventual. Este punto nos parece del todo decidor, referido a las referencias específicas de finalidades concretas, que desenlazan con la concreción de la conducta regulada penalmente, lo que por sí misma excluye la ejecución con dolo eventual.

En sentido disidente se estima<sup>728</sup> la exclusiva posibilidad de comisión del delito de cohecho en la modalidad de dolo eventual, ratificando que el delito sólo es posible su comisión en la modalidad dolosa directa, teniendo presente que el funcionario público debe ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o promesa y querer actuar a pesar de ello. Es indiferente el móvil que le impulse, o, como se dice expresamente en los art. 419 y 420 del CP, que actúe “en provecho propio o de un tercero”. Se señala<sup>729</sup> que es dudoso que pueda darse el dolo eventual, pues si no existió pacto previo será solamente probable que se pueda influir en otro a conseguir beneficio. La doctrina absolutamente mayoritaria, con fundamentos a nuestro parecer contundentes, acepta que la comisión del delito de cohecho exige dolo del autgor, debatiéndose si ha de tratarse de dolo directo o si es suficiente el dolo eventual.

## **B) ¿Comisión culposa del tipo de cohecho?**

En este apartado analizaremos si es posible o no la comisión culposa del delito de cohecho, pero es previo un análisis sobre la evolución de las fórmulas de tipificación de los delitos contra la Administración Pública en el

---

<sup>727</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen, en VV.AA., *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex Editorial, Madrid, 2015, pág. 748.

<sup>728</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 306 y sgts.

<sup>729</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, op. cit., pág. 234.

CP, si la vía escogida es tipificar una gran cantidad de delitos culposos o, si es mejor preferir únicamente la incriminación de los delitos dolosos.

Una de las características de los delitos contra la Administración pública en el CP de 1995, es una marcada destipificación de las conductas culposas, limitando la responsabilidad penal de los funcionarios públicos dentro del nuevo marco penal de incriminación selectiva y restrictiva caso por caso de los delitos y faltas imprudentes<sup>730</sup> de manera que no se encuentran en este ámbito delitos culposos<sup>731</sup>.

En este sentido, bien sea por la incriminación directa de conductas punibles imprudentes o bien a través de la existencia de cláusulas de extensión de la responsabilidad, o bien por medio de la aplicación de una teoría del delito en la cual la culpa y el dolo eran elementos de la culpabilidad, la imprudencia era la forma de tipificación preferida respecto de los delitos contra la Administración pública en los Códigos penales españoles hasta la promulgación del CP de 1995, en el que, no sólo no se han abolido los delitos imprudentes contra la Administración pública, sino que además en la mayoría de los tipos del título XIX del CP se exigen elementos subjetivos especiales.

La nomenclatura utilizada por el legislador penal está claramente orientada a despenalizar los tipos culposos contra la administración pública. A modo ejemplar podemos citar: a sabiendas de la injusticia en la prevaricación, art. 404 del CP, a sabiendas de la ilegalidad en los nombramientos ilegales, previsto en el art. 405 del CP, el propósito de no impedir o no perseguir los delitos comprendidos en los títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV, como el abandono de destino previsto en el art. 407 del CP, dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos *ex* art. 408 del CP, a sabiendas en la infidelidad en la custodia de documentos *ex* art. 413 del CP, a sabiendas del art. 414 del CP, a sabiendas del art. 415 del CP, realizar en el ejercicio de su

---

<sup>730</sup> Artículo 12 del CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

<sup>731</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *Corrupción y delitos contra la Administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español*, op. cit., pág. 167.

cargo una acción u omisión constitutivas de delito *ex art.* 419 del CP, ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito previsto en el art. 420 del CP, la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo del art. 421 del CP, realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado del art. 425 del CP, en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente del art. 426 del CP, conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, previstos en los arts. 428 y 429 del CP, ánimo de lucro del art. 432 del CP, ánimo de lucro propio o ajeno del art. 434 del CP, defraudar a cualquier ente público del art. 436 del CP, forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, del art. 439 del CP, ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, del art. 442 del CP.

En el cohecho pasivo propio, se incluyó un elemento 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<sup>732</sup>, en el cohecho pasivo impropio, la expresión “para realizar un acto propio de su cargo”, y en el cohecho activo, la frase “para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función”<sup>733</sup>. Como hemos podido advertir, la Política criminal del legislador, con respecto a los delitos contra la Administración pública, es la eliminación de los mismos, y agregando por vía legislativa e incluso jurisprudencial (variante), además del

---

<sup>732</sup> Artículo 419 del CP (LO 5/2010): “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”.

<sup>733</sup> Artículo 420 del CP (LO 5/2010): “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”.

dolo para su comisión, en diversos tipos se requiere además la configuración de una finalidad que va más allá de la comisión del mismo tipo penal<sup>734</sup> y que generalmente se relaciona con la corrupción<sup>735</sup>.

Como hemos señalado, el delito de cohecho se sanciona sólo en su modalidad dolosa, siendo imposible la punición de la forma imprudente<sup>736</sup>, en atención a que, como indican MORILLAS CUEVA<sup>737</sup>, SILVA SÁNCHEZ<sup>738</sup> y

---

<sup>734</sup> La exigencia doctrinaria y jurisprudencia de requerir una finalidad que va más allá de la comisión del mismo tipo penal, puede transformar el delito de cohecho en un tipo penal cortado por el resultado. Es así como ROXIN incorpora aquí a los delitos cortados de resultado, sin embargo, en ellos el tipo, para configurarse, no exige la presencia de ambas acciones, sino que con la primera alcanza para afirmar la tipicidad, siendo la segunda acción una circunstancia que genera la intención o la tendencia del sujeto a realizar la primera, caracterizándose entonces por esa relación entre el aspecto objetivo y el subjetivo y no por la necesidad de dos o más actos. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducido por Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 337.

<sup>735</sup> Apoyando la idea previamente expuesta, la STS 5-II-1996 (Tol 406155) consideró que no constituía delito de cohecho la conducta de la acusada consistente en solicitar a unos constructores una cantidad de dinero “destinada a sufragar los gastos de creación de una banda de música para la localidad de la que era Alcaldesa, a cambio de olvidar otras anomalías o irregularidades urbanísticas menores” y haber consentido diversas irregularidades urbanísticas en contraprestaciones a que por otro constructor se “procediese a reparar la casa del Conserje de las Escuelas Municipales propiedad del Ayuntamiento”. El argumento para casar la Sentencia impugnada fue que “en el presente caso, como resulta patente, no concurren los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran precisos para la existencia del delito de cohecho. La hoy recurrente, en ningún momento persiguió ningún beneficio personal, para sí ni para personas de su entorno o con las que mantuviese determinada relación de tipo particular, sino que (.....) lo único que se desprende del relato de hechos probados de la sentencia recurrida es que la acusada solamente persiguió beneficios para la cosa pública, concretamente para el Ayuntamiento”. Por el contrario, en la STS 16-III-1998 (Tol 77839), en un supuesto en que la dádiva obtenida a cambio de facilitar datos personales de los paciente fue invertida en el equipamiento científico del departamento de Endocrinología del hospital en el que trabajaba el funcionario, se consideró irrelevante dicha circunstancias argumentando “que las ventajas obtenidas no hayan sido incorporadas al propio patrimonio no excluye el delito de cohecho, pues éste no requiere enriquecimiento del autor”. Del mismo modo, también se ha sostenido la atipicidad de aquellos supuestos, mucho más discutibles, en los que el tercero está perfectamente singularizado y determinado, pero asume la totalidad del beneficio sin que este aproveche en modo alguno al funcionario, como son las prestaciones en favor de asociaciones benéficas. Incluso dentro de estos últimos supuestos se afirma que las prestaciones en favor de un partido político sólo serían constitutivas de cohecho cuando quede acreditado que el autor obtuvo alguna ventaja económicamente evaluable.

<sup>736</sup> *Vid.* infra apartado sobre Modalidades comisivas del delito de cohecho.

<sup>737</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español, Parte especial*, op. cit., pág. 957.

LAMARCA PÉREZ<sup>739</sup>, entre otros, no existe norma expresa que permita la sanción penal de los delitos culposos conforme a la exigencia del art. 12 del CP, antes bien las modalidades comisivas del cohecho contienen expresas referencias a las finalidades específicas que se persiguen con la realización de la conducta típica, lo que ha permitido entender que se excluye también la comisión con dolo eventual del cohecho<sup>740</sup>.

### III.- Supuestos de error (prohibición y de tipo)

Como introducción al tema, debemos recordar que es imprescindible la necesaria presencia del elemento dolo para configurar el tipo penal de cohecho, sin perjuicio de algunos alcances que desarrollaremos durante la consecución del presente apartado. Al ser necesaria una conducta dolosa en el delito de cohecho, es importante la actividad del sujeto activo, la cual debe reunir elementos subjetivos, como es el saber y conocer el carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente, y querer actuar a pesar de ello<sup>741</sup>. La configuración dolosa del cohecho requiere, por tanto, que el actor tenga consciencia del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente y quiera actuar a pesar de ello<sup>742</sup>.

Bajo el mismo orden de ideas, al ser exigencia que el cohecho sea cometido con dolo directo, el error adquiere un significado especial<sup>743</sup>. En este sentido, si el funcionario erradamente acepta una dádiva por realizar un acto que no le está prohibido legalmente y en realidad el acto objetivamente valorado es un acto injusto o constitutivo de delito, no puede responder por un

<sup>738</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Delitos contra la Administración pública*, en *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., págs. 933 y sgts.

<sup>739</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen / ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina / MESTRE DELGADO, Esteban / RODRÍGUEZ NUEZ, Alicia, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex Editorial, Madrid, 2015, pág. 748.

<sup>740</sup> LAMARCA PÉREZ, en op. cit., *ibidem*.

<sup>741</sup> MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, op. cit., pág. 919.

<sup>742</sup> GIMENO LAHOZ, Ramón / CORBELLA HERREROS, Teresa, *Delitos contra la Administración pública*, Título XIX, en *Delitos contra la Administración pública; contra la Administración de justicia y contra la Constitución*, op. cit., pág. 79.

<sup>743</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., págs. 955 y sgts.

cohecho pasivo impropio consumado, porque éste, en realidad, no ha llegado a producirse, cabe todo lo más que responda por una tentativa inidónea de cohecho pasivo impropio. Igualmente, si el funcionario acepta la dádiva bajo la convicción de que es para la realización de un acto propio de sus funciones no incurrirá en cohecho propio sino en cohecho impropio<sup>744</sup>. El acto ejecutado por error ha de valorarse teniendo en consideración la objetividad, futura o actual, en el momento de comisión del delito y no a la representación que de él tenía cada uno de los sujetos intervinientes en el momento de su consumación.

Otra problemática que presenta el error para ser aplicado, en especial en los delitos contra la administración pública, es que previamente se debe hacer una distinción entre el error de prohibición y el error del tipo, y si estos últimos son vencibles o invencibles (excusable o inexcusable)<sup>745</sup>.

El error de prohibición se basa en el reproche de culpabilidad y la posibilidad de actuar en forma disímil: si el sujeto activo se ve enfrentado a la falta de conocimiento de los efectos y consecuencias jurídico-penales de su acción, que en caso de reunir los elementos para su configuración conlleva la atenuación o exclusión de responsabilidad penal, por desconocimiento de la naturaleza fáctica al actuar, nos encontramos ante el denominado error de tipo, o por no comprender la ilicitud de acto cometido, nos hallamos ante el error de prohibición<sup>746</sup>.

La distinción entre la invencibilidad o no de ambos es importante, en atención a que a que en el primer caso se excluye el dolo, y en el caso de errores vencibles subsiste la culpa. Siguiendo de esta manera a la teoría de la culpabilidad, que atribuye al error de prohibición un carácter excluyente de la culpa y no así del dolo, por su parte como previamente se expresó, el error de tipo se refiere a que el autor es quien desconoce o tiene un falso concepto de

---

<sup>744</sup> MIR PUIG, Santiago, en VV.AA., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, op. cit., pág. 919.

<sup>745</sup> No haremos referencia al error vencible o excusable, por no tener una relación directa con el presente trabajo.

<sup>746</sup> POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno*, 2ª ed., op. cit., pág. 323.

los elementos del tipo penal<sup>747</sup>. El error vencible de tipo excluye el dolo y determina la responsabilidad a título de culpa, pero requiere necesariamente que exista descripción normativa a nivel de culpa, puesto que, en caso de no existir tipo culposo, será impune la acción. Debiendo tener presente que los supuestos que el código penal sanciona la culpa son excepcionales en la legislación penal<sup>748</sup>.

El error invencible exime de responsabilidad penal atendido a que excluye la culpa. Ante esta exclusión de culpabilidad del error invencible, es necesario tener presente que el error se refiere a disposiciones de aplicación general, las leyes, tanto en exigencia de sometimiento por todos, por lo que el error requiere un tratamiento singular en el ámbito penal<sup>749</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay autores que expresan voces contrarias a la aplicación del error de prohibición en el delito de cohecho, como QUERALT JIMÉNEZ, quien es categórico al señalar que al ser el cohecho claramente un delito que requiere la comisión dolosa no es posible el error de prohibición, por recaer en un ámbito profesional propio, resulta inaceptable y, por tanto, irrelevante<sup>750</sup>. Esta es una afirmación que no compartimos, en atención especialmente a las distintas modalidades de intervención en el delito, que perfectamente permiten esgrimir el error de prohibición en determinados casos, especialmente el del particular.

Queda de manifiesto que los elementos subjetivos del cohecho, excluyen la responsabilidad del agente provocador y la del funcionario provocado, tal como señaló el TS, en el año 1991, cuando absolvió a un funcionario que había sido inducido engañosamente a recibir un soborno, sin perjuicio como ya hemos visto de impedir imputación culposa, limita la

---

<sup>747</sup> POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno*, 2ª ed., op. cit., pág. 322 y sgts.

<sup>748</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, T. II, segunda edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 200.

<sup>749</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, T. II, segunda edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 200.

<sup>750</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 418.

amplitud de la parte objetiva y distingue entre las diversas modalidades de cohecho<sup>751</sup>.

### **A) Error sobre el carácter ilícito del acto del funcionario**

La estrecha relación existente entre el error sobre la ilicitud del acto ejecutado y la forma de ejecución imperfecta que conlleva la tentativa inidónea es casi indisoluble, atendido a que el funcionario público al realizar una determinada conducta que estima, por un error de concepción de la ilicitud del acto, que aquel no es sancionable penalmente, estaría enfrentando una tentativa inidónea de cohecho<sup>752</sup>.

En estos supuestos deberían aplicarse las reglas previstas en el artículo 62 CP<sup>753</sup>. Un ejemplo de una de estas situaciones lo encontramos en la conducta del particular que ofrece una dádiva a un funcionario para obtener de él un acto público, siendo el empleado público incompetente para ello. Podría plantearse el caso del funcionario que es el solicitante, a una persona que no tiene relación con el acto a realizar o abstenerse de realizar, como por ejemplo a la empresa que no participó en una licitación<sup>754</sup>.

### **B) Error sobre el objeto de la contrapartida de la dádiva**

Ahora bien, es necesario revisar el error de tipo que recae sobre el carácter del injusto en contrapartida de la dádiva. En otras palabras, si la acción u omisión, efectuada por el funcionario público con una retribución por la realización de un acto propio del cargo, donde por una parte cree que el acto es delictual y no lo es, y, por otro lado, está el caso del funcionario cree que su

---

<sup>751</sup> MIR PUIG, Santiago, en VV.AA., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Editorial Tirant lo Blanch Colección: Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales, 1ª edición, 02/2011, pág. 919.

<sup>752</sup> El error debe ser invencible para que pueda configurarse una tentativa inidónea de comisión de cohecho.

<sup>753</sup> Artículo 62 del CP. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

<sup>754</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 258.



accionar es sólo es injusto, pero sí es configurativo de delito. En ambos casos el error recae sobre elementos normativos del tipo penal<sup>755</sup>.

El camino jurídico a seguir es diverso dependiendo del tipo de error. En el caso del error que recae sobre un acto injusto delictual, en contrapartida a la contraprestación, seguimos la solución planteada por MORALES PRATS<sup>756</sup>, que al caso en comento le es aplicable el artículo 65.2 del CP, que en síntesis es la agravación o atenuación de la sanción y que dependerá de la ejecución material, los medios empleados, según haya o no tenido conocimiento al momento de su participación<sup>757</sup>. En cambio, el error que recae sobre un acto exclusivamente injusto y no delictual hará posible la aplicación del artículo 14.2 del CP<sup>758</sup>, excluyéndose la causa de agravación del tipo penal, sobre la que el funcionario público sufrió el error, siendo irrelevante si el error es vencible o invencible<sup>759</sup>. Finalmente, si el error recae sobre la acción de solicitud de contraprestación por parte del funcionario, que cree que su requerimiento es lícito, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 14 del CP.

#### IV.- Síntesis

A iniciar el presente capítulo se avizoró el análisis de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad, en su respectiva trascendencia dogmática en la teoría del delito. Asimismo, el examen de la imputación subjetiva dirigida a la culpabilidad personal, que es el reproche normativo que el ordenamiento jurídico hace al autor del injusto típico asignándole responsabilidad correspondiente a la infracción de la norma, y por su parte la culpabilidad que

---

<sup>755</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, op. cit., pág. 254.

<sup>756</sup> Artículo 65 del CP: “(...) 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

<sup>757</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 255, citando a MORALES PRAT, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, art. 14 del CP, 9ª edición, op. cit., pag.10.

<sup>758</sup> Artículo 14 del CP: “(...) 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación (...)”.

<sup>759</sup> MORALES PRAT, Fermín, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, art. 14 del CP, 9ª edición, op. cit., pág. 10.

presupone la capacidad del sujeto, y tiene estricta naturaleza jurídica en cuanto a juicio de reproche normativo o reproche de responsabilidad.

Ahora bien, se ha revisado los tipos penales relativos al delito de cohecho, y en especial las cláusulas normativas que incluyen excusas legales, semiexcusa, atenuantes, agravantes de penalidad, y en especial, las normas que establecen una interrelación penal entre las mismas, o también denominadas cláusulas de reenvío, como también normas de concreción del sustrato fáctico de las mismas. Asimismo, se revisaron las distintas posibilidades comisivas del injusto, desde el punto de vista subjetivo.

En el transcurso de este examen, vemos que muchas instituciones no tienen zanjadas del todo las discusiones, como es el caso de la comisión del cohecho mediante la modalidad de dolo eventual, que si bien encuentro interesantes sus postulados y que defiende dicha postura, no la compartimos, atendido a que el cohecho en sus distintas dimensiones requieren necesariamente de dolo directo, no sólo por texto expreso de ley, sino por las implicancias jurídicas que traería especialmente en la participación personas que no reúnen las características de funcionarios públicos, y de los funcionarios públicos de países extranjeros u oralismo internacionales distintos a España. En razón de lo expuesto, mantenemos nuestra postura especialmente referida a la exigencia de dolo para la comisión de este tipo de delito.

## CAPÍTULO VI

### PUNIBILIDAD. EL COHECHO EN RELACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS

#### I.- Sanción administrativa *versus* sanción penal

Es necesario detectar el límite de la acción del funcionario público, cuando es sancionable disciplinariamente y cuando lo es penalmente o ambas sanciones. Una respuesta rápida sería que el legislador penal determina cuándo la conducta que transgrede la norma jurídica tiene relevancia penal. Pero esta respuesta, al parecer sencilla, en materia de funcionarios públicos, no siempre la distinción es tan prístina. Se considera que esta última no es “un mero *minus* frente al injusto criminal”<sup>760</sup>, sino un *aliud* respecto del mismo<sup>761</sup>.

La finalidad de la sanción administrativa se distancia de los fines de la pena. La construcción que acumular sanción penal y medida disciplinaria y eludir la prohibición del doble castigo resulta frágil ya por el hecho de que tampoco se puede concebir la pena como retribución. Debemos hacer un análisis primario sobre si la falta cometida dentro de una organización o de una profesión (ejercicio de función pública) afecta tanto a la comunidad que hay que reaccionar contra ella con una pena criminal, o si se puede resolver

---

<sup>760</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, trad. Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 74.

<sup>761</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I citando a MAURACH (“Cfr. por todos MAURACH / ZIPF, AT/1\*\*, 1/17 s.”), op. cit., pág. 75.

con los medios más benignos de la disciplina interna: de esta forma, si se afecta en mayor o menor grado los intereses comunitarios, será una base para delimitar la sanción penal o administrativa del funcionario corruptor.

El Derecho disciplinario, a diferencia del Derecho penal, renuncia en gran medida a tipos exactamente descritos, está “orientado al autor”<sup>762</sup> y establece regulaciones o principios cuya trasgresión no constituye la conducta descrita con la exactitud que requeriría un tipo penal. Y ello sin perjuicio de la función de la medida disciplinaria, que entre otros destinos sirve unilateralmente para incidir sobre el autor, mientras que la pena criminal pretende esencialmente también la incidencia sobre la generalidad. Recuerda ROXIN que en el Derecho alemán se pueden imponer cumulativamente penas y medidas disciplinarias, ya que el art. 103 III GG solamente prohíbe que una conducta sea “castigada más de una vez con base en las leyes penales generales”<sup>763</sup>. Ello es insatisfactorio en muchos aspectos, porque la verdad es que materialmente acaba llevando a una doble sanción<sup>764</sup>. Al menos una privación de libertad disciplinaria (el arresto disciplinario para los soldados y militares) debe computarse a una pena de prisión.

El art. 419 CP<sup>765</sup> se refiere al caso en que acepta o propone realizar “un acto contrario a los deberes inherentes al mismo (al cargo)” o “no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”, y el art. 420 del CP<sup>766</sup> a

---

<sup>762</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, op. cit., pág. 75.

<sup>763</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos*, op. cit., pág. 75.

<sup>764</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos* (BVerfGE 21, 379 ss.) op. cit., pág. 75.

<sup>765</sup> Art. 419 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 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”.

<sup>766</sup> 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

“realizar un acto propio de su cargo”. En la diferencia entre hechos constitutivos de sanción penal y administrativa, debemos agregar que el instrumento de la corrupción u objeto material no ha de tener un exclusivo contenido económico, pero el cohecho precisa que el funcionario o autoridad obren con la finalidad de obtener un beneficio personal, propio o de tercero.

## **II.- Problemática de la relevancia de la excusa absolutoria**

### **A) Excusa legal absolutoria**

La regla general es que un hecho típico, antijurídico debe ser además culpable, y debe ser seguido, naturalmente, por una sanción atendido al reproche penal que conlleva. Sin embargo, la regla no es absoluta, y podemos ver varios casos en que las normas sustantivas, en definitiva, no surten su efecto sancionador de la conducta, aunque se den todos los presupuestos para ello, normas de indulgencia que el legislador entrega basándose en diversos fundamentos, ya sean de eficacia normativa de utilidad social, consideraciones político- criminales, etc<sup>767</sup>.

La regla general es la punición de las conductas tipificadas penalmente, cuando se dan todos los elementos constitutivos del delito, la no punición de la conducta es una situación excepcional, porque la imposición de un castigo penal causaría mayor estrago a la convivencia social, y se ven expuestas en la legislación positiva por razones eminentemente utilitarias al resguardo social.

### **B) Excusa absolutoria en el cohecho activo**

El cohecho activo, desde la reforma del CP introducida por la LO 5/2010, es objeto de descripción en varias modalidades: un tipo básico<sup>768</sup>, uno

---

especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años”.

<sup>767</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 7ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, págs. 468 y 469.

<sup>768</sup> *Vid.* Art. 19 y sgts. del CP.

específico agravado, y uno atenuado<sup>769</sup>, a lo que se une una excusa absolutoria concreta<sup>770</sup>. Respecto del cohecho activo, y para fomentar la persecución del pasivo, el art. 426 del CP establece una excusa absolutoria, conforme a la que queda exento de pena el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de la dádiva o retribución realizada por la autoridad o el funcionario público, y denuncie la situación en el correspondiente procedimiento y siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los acontecimientos<sup>771</sup>. Ahora cabe hacerse una pregunta: ¿qué ocurre en el caso de que el particular denuncie antes de la apertura del correspondiente procedimiento, pero no se den el resto de los requisitos exigidos por este precepto? Pues sólo será posible la aplicación de la circunstancia atenuante de confesión<sup>772</sup> del art. 21.4. del CP<sup>773</sup>.

Esta especie de delación compensada no es aplicable lisa y llanamente, toda vez que debe cumplir con los requisitos que establece la norma sustantiva para aplicar la excusa legal absolutoria, que conforme se ha destacado en la doctrina<sup>774</sup> exige la concurrencia de una serie de requisitos copulativos requeridos para su aplicación: a) Que sea un particular el receptor de la solicitud. En este sentido, se debe tener presente que la conducta de quien acepta la solicitud de dádiva con la exclusiva intención de obtener pruebas para denunciar el delito no incurre en delito de cohecho activo, por

---

<sup>769</sup> Vid. Art. 419 y sgts. del 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.

<sup>770</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 961.

<sup>771</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen, en VV.AA., *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex Editorial, Madrid, 2015, pág. 748.

<sup>772</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Capítulo V. Del cohecho, op. cit., pág. 929.

<sup>773</sup> Artículo 21.4 del CP: “Son circunstancias atenuantes: 4ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

<sup>774</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pág. 138.

inexistencia del tipo subjetivo<sup>775</sup>. b) Necesariamente la acción del particular al recibir la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público debe ser ocasional. c) Debe denunciar el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación. Significa que antes de proceder a su averiguación, dicha denuncia se haya efectuado antes de la apertura del correspondiente procedimiento (debe entenderse procedimiento judicial). No basta el mero auto de incoación de diligencias previas, si el mismo no se dirige ya contra el particular. La apertura del procedimiento debe referirse al particular que hubiere atendido la solicitud del funcionario, y la denuncia debe haberse efectuado antes de que se dicte el correspondiente auto, dirigiéndose el procedimiento contra el indicado particular y se le notifique dicha resolución y, por ello, antes de que el particular haya sido llamado a declarar formalmente<sup>776</sup>. d) Que emana del requisito anterior, esto es, desde la ocurrencia de los hechos a la fecha de la denuncia, no hayan transcurrido más de dos meses, es decir, el plazo de dos meses debe contarse desde la fecha que atendió la solicitud del funcionario (sin tal aceptación no hay excusa absolutoria que aplicar), plazo que es sensiblemente superior al de diez días que fijaba el anterior art. 427 del CP.

En relación al último requisito, por el que el art. 426 del CP condiciona la excusa absolutoria a que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos, estimamos que la limitación cronológica que establece la norma sustantiva es una clara barrera al aprovechamiento de la misma que podría llegar a darse por parte de un particular, e incluso en concomitancia con otros intervinientes.

Aun más estricta es la exigencia que estima POLAINO NAVARRETE, quien manifiesta que el término “ocasional” en este ámbito típico equivale a realización de la conducta de aceptación de la solicitud “en una ocasión”, de forma que si el particular reitera la ejecución de las acciones típicas de

---

<sup>775</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 929.

<sup>776</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), op. cit., pág. 929.

cohecho no podrá acogerse a la exención de responsabilidad por la excusa absolutoria previa legalmente<sup>777</sup>.

Ahora bien, hay doctrina que considera que carece de sentido castigar al particular que se limita a aceptar la solicitud del funcionario, el problema consiste en que con él se puede atrapar a algún funcionario corrupto, pero se deja impune al gran corrupto (empresario importante, o a intermedios profesionales, etc.) que puede utilizarlo cuando le convenga o como venganza contra el funcionario que le pide más de la cuenta cuyo apoyo ya no le interesa o simplemente como una forma de evadir su responsabilidad cuando vea que el hecho va ser descubierto<sup>778</sup>.

A nuestro parecer, si bien concordamos con la desviación que puede acarrear la cláusula de exclusión de penalidad, dejando como se mencionó previamente impune al empresario importante, o profesionales, etc., quien pueden utilizar dolosamente y alejada de los fines para los que fue concebida la exención legal, accionado de una forma utilitarista cuando le convenga como una forma de evadir su responsabilidad penal cuando vea que el hecho va ser descubierto, no es menos cierto que las posibilidades procesales y sociales de pesquisar funcionarios corruptos dentro de la administración pública supera las eventualidades de abuso de la norma, teniéndose además presente que deben concurrir los demás requisitos previamente expuesto.

### **C) Semiexcusa o tipo privilegiado**

Esta semiexcusa o tipo privilegiado del art. 425 del CP se incluyó con la reforma por la LO 5/2010, que incorporó una especie de favorecimiento penal en atención a las específicas relaciones familiares de cónyuge o persona a la que se el autor halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, que mitiga manifiestamente la responsabilidad

---

<sup>777</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, op. cit., pág. 138.

<sup>778</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 444.



penal, basándose tal causa de atenuación legal en el principio de la no exigibilidad de otra conducta.

La situación de conflicto entre intereses contrapuestos se resuelve a favor del mantenimiento de la tipicidad de la conducta lesiva del correcto ejercicio de la función pública y de la incorruptibilidad de la misma<sup>779</sup>, pero reduciéndose sensiblemente la punibilidad de la misma. Asimismo, el suprimir la originaria pena de multa de 3 a 6 meses, substituyéndola por la mucho más grave pena que se introduce de prisión de 6 meses a un año, es una acción legislativa que ha sido calificada como una “exasperación punitiva”<sup>780</sup>.

Finalmente, la propia norma penal establece los requisitos precisos para su aplicación, que pueden inferirse<sup>781</sup> en las siguientes exigencias legales: a) Por una parte, debe mediar el soborno en causa criminal, es decir debe haber causa criminal. b) Debe ser además de causa criminal en favor del reo. c) A los requisitos expuestos, se ha de añadir que el cohechador debe tener la relación parental o emocional que la norma explicita.

### III.- La responsabilidad de las personas jurídicas

Las diversas modificaciones al Código Penal, es especial desde el año 2010 con la LO 5/2010, de 22 de junio, y posteriormente con la reforma mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha reglamentado las responsabilidades penales de las personas jurídicas y en especial el cohecho internacional, cuando intervinientes como sujetos activos estos entes jurídicos.

La relevancia que trajo la reforma del año 2010, en especial al art. 129<sup>782</sup> del CP, con las llamadas “consecuencias accesorias”, estriba en que, si

---

<sup>779</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, Ediciones digitales, Sevilla, 2012, pág. 137.

<sup>780</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), *Derecho penal de la Administración pública*, op. cit., pág. 138.

<sup>781</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), *Derecho penal de la Administración pública*, op. cit., pág. 138 y sgt.

<sup>782</sup> Artículo 129. CP: “1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el

bien son denominadas por el legislador como consecuencias y además confiriéndolas un carácter de accesorias, su real naturaleza jurídica es la de ser verdaderas sanciones penales, con una clara entidad coactiva y represiva<sup>783</sup>, en que, si bien para el juez son eminentemente facultativas, no es menos cierto que es una sanción penal. Asimismo, es relevante la dicotomía que se presente entre su nomenclatura y sus efectos, atendido a que por una parte se les denomina consecuencias accesorias, que son presentadas por el legislador como un presunto fin preventivo, pero como ya dijimos su naturaleza de represión penal es clara<sup>784</sup>.

En este punto debemos referirnos sucintamente prevención general negativa de la pena, dentro de las llamadas teorías relativas, entre cuyos primeros representantes figura FEUERBACH, quien sostuvo que era “una preocupación del Estado que se hace necesaria por el fin de la sociedad que aquel que tenga tendencias antijurídicas, sea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias”<sup>785</sup>. La pena cumple con una función de coacción psicológica, a efecto de inhibir a los ciudadanos de la comisión de delitos<sup>786</sup>. Porqué nos hemos referido exclusivamente a la prevención general negativa de la pena, fundamentalmente por la naturaleza de la legislación del

---

artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

<sup>783</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 50.

<sup>784</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 51.

<sup>785</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general Exposición referida a los Derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*, tercera reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996, citando a FEUERBACH (*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1979, pág. 43), pág. 13.

<sup>786</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo I, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, pág. 42.

año 2015, en referencia a la tipología penal del cohecho en relación con la persona jurídica, responde a la necesidad de contemplar la problemática de la corrupción nacional e internacional en este ámbito. Veremos además que una de las críticas más ácidas que se dirigen a esta teoría alude a que “adopta una fundamentación utilitarista de la pena, en que los ciudadanos deben saber que los delitos no merecen la pena, esto es que los inconvenientes son mayores que las ventajas”<sup>787</sup>.

### A) Concepto de persona jurídica para efectos penales

En España, para determinar la personalidad jurídica, habrá que estarse a la legislación nacional que les sea propia, es así como lo establece en nuestra legislación el art. 9.11 del Código Civil<sup>788</sup>. Asimismo, la Ley de Sociedades de Capital<sup>789</sup>, en sus arts. 8, 9 y 11, abordan el tema<sup>790</sup>. En el art. 8 se señala que serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido (teoría de la sede)<sup>791</sup>. De acuerdo con el art. 8 de la

---

<sup>787</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo I, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, pág. 42.

<sup>788</sup> Art. 9 núm. 11 del CC: “La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”.

<sup>789</sup> Ley de Sociedades de Capital (LSC). Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en BOE núm. 161, de 03/07/2010. Entrada en Vigo el 01/09/2010.

<sup>790</sup> Artículo 8. *Nacionalidad*. Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido. Artículo 9. *Domicilio*. 1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España. Artículo 11. *Sucursales*. 1. Las sociedades de capital podrán abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero. 2. Salvo disposición contraria de los estatutos, el órgano de administración será competente para acordar la creación, la supresión o el traslado de las sucursales.

<sup>791</sup> En síntesis, la teoría de la sede, se refiere que, para determinar la personalidad jurídica, debemos necesariamente dirigirnos a la legislación nacional que lea propia y desde un punto de vista histórico es por regla general donde se ha constituido la persona jurídica, sin perjuicio que dada la actualización de relaciones comerciales el intercambio económico, muchas de estas personas crean filiales, sedes o simplemente constituyen personas jurídicas en los países destinatarios. (art. 9.11 del Código Civil). También se ocupan de este aspecto los arts. 8, 9 y 11 de

LSC únicamente serán reconocidas en España como auténticas sociedades extranjeras las que tengan en el país una actividad comercial esporádica o un establecimiento secundario (oficina, agencia o sucursal)<sup>792</sup>.

Antes de adentrarnos en la responsabilidad de las personas jurídicas tanto nacionales como a nivel internacional, es necesario repasar sucintamente el régimen establecido en el artículo 31<sup>793</sup> del CP, referido especialmente a quien actúa por otro. Actuar por otro no tiene límite en cuanto a la naturaleza de la persona que acciona como el representado, pudiendo ser natural o jurídica<sup>794</sup>, asimismo el actuar por otro, significa actuar como si fuera este otro, tomando decisiones que afectan y mediante una ficción es como si los hubiese tomado el representado directamente, y el representante no es quien se radicaría los efectos de sus decisiones tomadas a nombre del otro. Sobre el punto es interesante la precisión que hace POLAINO NAVARRETE en relación a recurrir a superfluas referencias de administración o representación, atendido a que la actividad propia del representante, no obstante en materia penal quien actúa no reúne la cualidad condición o requisitos para ser sujeto activo del delito, pero la norma prevé que al actuar como si fuera el representado responderá como si efectivamente él fuera el sujeto suplantado<sup>795</sup>, sin olvidar que se requiere que necesariamente el representante mantenga las facultades de actuar a nombre de otro.

El fundamento de la punición estriba en intentar evitar por parte del legislador penal lagunas de impunidad, y al efectuar un concepto extensivo el

---

la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, en España, se rigen fundamentalmente por el art. 8 de la Ley de Sociedades de Capital, que instituye que serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en *Comentario a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, 2015, op. cit., pág. 1134

<sup>792</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit., pág. 1134.

<sup>793</sup> Artículo 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

<sup>794</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 51.

<sup>795</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 52.

sujeto “ficto” integra un sujeto que se constituye jurídicamente en el lugar y en la condición que corresponde a otro sujeto activo al que es normativamente equiparado por razones de justicia material<sup>796</sup>.

Sobre la problemática recién expuesta, referida a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en función de su domicilio, debemos estar a la normativa vigente tanto española como internacional sobre las responsabilidades civiles y penales de los miembros naturales de los entes jurídicos, y las personas jurídicas en sí mismas.

## **B) Responsabilidad de la persona jurídica post reforma de la LO 1/2015**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema bastante novedoso en la legislación hispánica, cuya génesis penal esta en la reforma del Código penal por la LO 5/2010, que estableció lo siguiente: los arts. 31 bis a 33.7<sup>797</sup> del CP establecieron el régimen de penalidad de las personas jurídicas

---

<sup>796</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 52.

<sup>797</sup> Artículo 33. 7 del CP: “7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas las consideraciones de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) 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, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o

siendo a los cuatro años de vigencia reformados junto con el art. 66 del CP. El art. 52<sup>798</sup> por su parte fijó la forma de imponer la pena de multa. El art. 66<sup>799</sup> bis fijó la determinación de la pena aplicable. El art. 116,3 instauró el sistema

establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

<sup>798</sup> Artículo 52 del CP: “1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. 2. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable. 3. Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen. 4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: a) Multa de dos a cinco años, 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, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”.

<sup>799</sup> Artículo 66 bis del CP: “En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

de responsabilidad civil, y el art. 130 CP previó supuestos de transformación y fusión de sociedades.

Con la reforma de la LO 1/2015, existe un crecimiento exponencial de hipótesis de control jurídico, referida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasando de un solo artículo a cuatro. La actual geografía del Código se dispersa en cuatro preceptos sucesivos: arts. 31 bis, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. Sin embargo, este incremento de normas no se ha traducido en una totalidad de modificación del contenido regulatorio, y es así que no significa en todos los casos una transformación de contenidos. Es decir, junto a las modificaciones sustantivas de la regulación del año 2010, también nos encontramos con simples cambios de los guarismos que reproducen literalmente el texto anterior. Así, el artículo 31 bis, en la nueva redacción, modifica sustancialmente el contenido del apartado 1º original de 2010, y al que incorpora toda una serie de nuevas previsiones para la delimitación del concepto de «debido control»<sup>800</sup>. Es así que esta nueva redacción del artículo 31 bis.1 la persona jurídica pasa a ser imputable por medio de la institución del denominado “autor societario”, en los tipos penales que se prevé responsabilidad de las personas jurídicas, siempre y cuando se den ciertas condiciones y sean cometidos por determinados agentes<sup>801802</sup>; y los nuevos artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies, en los que se recoge el contenido de los apartados 2, 3, 4 y 5 del vigente artículo 31 bis, con la modificación relativa a la responsabilidad penal de las Sociedades Mercantiles Estatales<sup>803</sup>.

El art. 31 ter del CP, modificado el año 2015, reproduce literalmente los apartados 2º y 3º del texto de 2010, relativo a reglas de persecución penal, estableciendo la responsabilidad autónoma penal de las personas jurídicas respecto de sus miembros. Esta norma es criticada por POLAINO

---

<sup>800</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 142.

<sup>801</sup> En el apartado correspondiente se tratará con detalle el denominado *Compliance Officer*.

<sup>802</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 53.

<sup>803</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, op. cit., pág. 142.

NAVARRETE<sup>804</sup>, a nuestro juicio muy acertadamente, en atención a que, al introducir el concepto de responsabilidad penal autónoma en este artículo, lo hace en forma imprecisa e incluso incorrecta, exigiendo la responsabilidad penal siempre que se constate que un “delito que haya tenido que cometerse”, por los controladores o con poder decisorio de la persona jurídica, basando la imputación de responsabilidad en un ficción legal y no en la efectiva comisión de un delito. En necesario tener presente que la responsabilidad autónoma de la persona jurídica nono es un sistema vicarial ni un sistema funcionalista, sino un sistema de imputación directa autónoma e independiente de la persona jurídica respecto de la responsabilidad de las personas naturales, que actuando como sujetos activos cometieron el hecho punible<sup>805</sup>.

El nuevo art. 31 quater<sup>806</sup> del CP también mantiene idéntica redacción del apartado 4º del art. 31 bis original, en relación a las circunstancias atenuantes específicas, cuya característica especial es la de concurrir con posterioridad a la comisión del hecho ilícito, encontrando así: por una parte, el arrepentimiento, que consiste en que antes que se inicie el procedimiento judicial en su contra, concurra ante las autoridades y confiese su infracción<sup>807</sup>; la colaboración, la exclusión de responsabilidad establecida en el nuevo art. 31 quinquies<sup>808</sup>, que introduce cambios respecto al apartado 5º del art. 31 bis, que

---

<sup>804</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 61.

<sup>805</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 61.

<sup>806</sup> Artículo 31 quater del CP: “1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

<sup>807</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 62.

<sup>808</sup> Artículo 31 quinquies CP: “1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades



a su vez ya ha sido reformado desde 2010 por la LO 7/2012, en relación a los partidos políticos y sindicatos como sujetos ahora no excluidos. El nuevo texto amplía el ámbito de aplicación, que se extiende a las Sociedades Mercantiles Estatales. El sistema establecido por esta norma, como señala POLAINO NAVARRETE<sup>809</sup>, encuentra un doble sentido de manifestación legal. Por una parte, en relación al privilegio punitivo en el ámbito, una total impunidad, o indemnidad absoluta, referido a determinados entes corporativos como el Estado, las Agencias estatales, Entidades públicas empresariales, etc., lo expuesto sin perjuicio de la responsabilidad penal personal, de los funcionarios o autoridades pública, por los actos punibles que efectuaren, incluyendo los delitos especiales propios. Por otra parte, existe la impunidad o indemnidad parcial, referido a sociedades mercantiles privadas pero que cuentan con aportes de fondos fiscales, y su manifestación se traduce en que le son exclusivamente aplicables a estas personas jurídicas, las sanciones establecidas en las letras a) y letra g) del Art. 33 .7 del CP. La exclusión de sanción no es una institución que actúe *sine qua non* en todo caso en que se cumplan a lo menos formalmente los requisitos establecidos en la norma, toda vez, que el juez aprecie que existieron una fórmula jurídica creada por personas naturales integrantes de la persona jurídica y con poder decisorio dentro de la misma, ser la propia constitución de la sociedad una asociación ilícita, los actos delictivos cometidos con la actuación de la misma, no podrán asilarse en la exclusión parcial sancionatoria establecida para las sociedades mercantiles públicas<sup>810</sup>.

Finalmente, en cuanto a su génesis y posterior tramitación, las modificaciones del art. 31 bis hacen presumir, atendido a que se han franqueado principios del derecho penal, que intereses foráneos se han hecho

---

públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

<sup>809</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 62.

<sup>810</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2º Edición corregida y actualizada, op., pág. 63.

presente en la reforma del año 2015 al CP. Por una parte, las enmiendas al articulado expresan la importancia económica, empresarial y jurídica de la materia. La segunda crítica acentúa la anterior. Por otra parte, la dicotomía, que si bien siempre existe entre los anteproyectos y las normas definitivas, en este caso se acentúan de manera elocuente con la introducción de varias modificaciones no contempladas en las diferentes versiones del Anteproyecto de 2012 y del Proyecto de abril de 2013. Entre estas modificaciones se encuentra la relativa al art. 31 bis. Así pues, la original iniciativa del Gobierno, plasmada en el Anteproyecto de 2012 y el Proyecto de 2013, no se incluía la reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas con el alcance, contenido y redacción del texto finalmente aprobado. Sin embargo, en la versión última y definitiva, entre otras, se contiene la relativa al art. 31 bis. en la que se percibe la inexistencia de los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. Ambas instituciones emitieron sus informes respecto a un texto que después ha sido profundamente modificado. Por tanto, en ésta como en otras materias.

### **C) Soborno de funcionario público extranjero**

Una vez determinados los destinatarios de las normas penales para las personas jurídicas, debemos indicar que la esencia del soborno dirigido a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, es de estimar que el fin fundamental en las mismas es obtener un beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, lo que nos lleva a revisar la naturaleza jurídica y la denominación de cohecho internacional de la figura del artículo 286 *ter* del CP, como ilícito de cohecho<sup>811</sup>.

---

<sup>811</sup> Artículo 286 *ter* del CP: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector

En el mencionado art. 286 *ter*, al hacer referencia a la solicitud o aceptación que provenga de un particular también puede dar lugar a una figura delictiva distinta. La modalidad correspondiente a corrupción activa se contempla como un delito autónomo en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado español con la firma del Convenio de la OCDE<sup>812</sup>. No obstante, si bien es el fundamento directo los compromisos adquiridos, no es el único instrumento internacional que sirve de base para la inclusión del cohecho internacional, y es así como encontramos el Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa<sup>813</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos del año 2000<sup>814</sup>; la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC), aprobada por la OEA<sup>815</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos<sup>816</sup>; el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>817</sup>. Y en el mismo sentido, cabe destacar el Convenio de la UE. 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<sup>818</sup>.

El legislador en el año 2010 al modificar el art. 286 *ter*, pasa a sancionar tanto la proposición del particular, como también a los funcionarios

---

público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

<sup>812</sup> Convenio para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Fue firmada en Francia el 17/12/ 1997, y entró en vigor el 26 de julio de 1999, publicándose el Instrumento de ratificación en el BOE de 22 de febrero de 2002.

<sup>813</sup> Publicado en España en el BOE N° 182, de 28 de julio de 2010.

<sup>814</sup> La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. año 2000, fue publicado en BOE núm. 233 de 29 de septiembre de 2003, y entro en vigencia desde 29 de septiembre de 2003.

<sup>815</sup> Suscrita en Caracas, el 29 de marzo de 1996.

<sup>816</sup> Firmado en Nueva York el año 2004.

<sup>817</sup> Firmado en Nueva York el año 2004.

<sup>818</sup> Firmado en Bruselas el 26 de mayo de 1997. Publicado en BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1998, entrada en vigencia desde 09 de marzo de 1998.

cohechados, y además estableció una nueva nomenclatura para la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II pasando a denominarse “Delitos de corrupción en los negocios”. La modificación penal viene a sancionar la intermediación ilícita -la que pueda ser realizada- ya sea por el particular o a través de terceros, cuyos efectos e incluso las preeminencias o las ganancias devengadas ilícitamente, no sólo pueden beneficiarlo directamente, sino también a un tercero distinto del funcionario cohechado.

Nos parece importante volver a recalcar las diferencias sancionatorias entre el art. 424 en relación al art. 420 del CP, que tiene una sanción prevista de 2 a 4 años de prisión y la aplicación de una multa de 12 a 24 meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 5 a 9 años, que al analizarlo en relación al art. 286 *ter*, que contempla una pena base mayor de 3 a 6 años de prisión, y una multa de 12 a 24 meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Esta diferencia de penalidad que establece el modificado art. 286 *ter*, desarma la equiparada relación penal que existía entre las penas previstas para el funcionario y el particular, pues la conducta que realiza el particular buscando una decisión administrativa favorable, que tiene un elemento economicista, comercial o financiero internacional, la pena resultante coincide con la que corresponde a la modalidad más grave del delito de cohecho del art. 419 del CP. En este sentido, las penas del particular son fijas, ya no en relación a las establecidas para el funcionario. Ahora bien, como se ha señalado, debemos tener presente que siempre que hay elemento extranjero se considera que entra en juego la cantidad de pena prevista para la modalidad más grave de cohecho (art. 419 CP) independientemente de que su calificación normativa pudiera serlo con arreglo al tipo penal más indulgente, esto es el art. 420 CP, por lo que en algunos supuestos pudiera resultar un tratamiento más riguroso para el particular del que emanó la iniciativa<sup>819</sup>.

---

<sup>819</sup> *Vid.* VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, Capítulo VII sobre la modalidad de cohecho activo en las actividades económicas internacionales, en *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, op., pág. 1131.

Sin perjuicio de lo dicho al inicio del presente apartado, es necesario referirnos al fundamento penológico requerido para sancionar los casos de obtención de beneficios ilícitos, lo cual no es del todo pacífico. Por una parte, estimo que el fundamento es estar dirigido a conseguir o conservar un contrato, negocio o ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, y por otra mantener el mercado internacional libre de distorsiones ajenas a los propios vaivenes de los negocios que impidan una libre circulación de los bienes<sup>820</sup>. Se ha entendido que la primera finalidad, a diferencia de las establecidas en otras modalidades de cohecho, se encuentra en la incorporación al tipo penal la expresión, finalidad que expresamente ha incorporado el legislador, la cual presenta diversos significados: por una parte, limita considerablemente el ámbito de lo prohibido haciendo que el art. 286 *ter* sólo pueda activarse cuando quede probado que el particular corrompe al agente con el objeto de lograr una ventaja de orden económico en un contexto muy definido: las actividades económicas internacionales; por otra parte, determina al intérprete el sentido de su cometido, poniéndolo en contacto con el objeto jurídico tutelado por el precepto, de clara raigambre socioeconómica<sup>821</sup>.

Como expresamos previamente, una de las finalidades de la creación de las normas, que se refiere a mantener el mercado internacional libre de distorsiones ajenas a los propios vaivenes de los negocios que impidan una libre circulación de los bienes, caracteriza al delito desde el punto de vista de los contenidos, vinculándolo a la tutela de las condiciones de libre competencia en el ámbito internacional, al tiempo que establece una clara distancia respecto de los delitos contra la Administración Pública. En este sentido, siempre debe tenerse en cuenta la idoneidad, quantum de la dádiva, sus características, naturaleza, etc. deben ser objetivamente idóneos para influir en el proceso de toma de decisiones, dependiendo si, de elementos subjetivos y objetivos referidos al destinatario de la dádiva o regalo.

---

<sup>820</sup> Esta propuesta corresponde a la posición del suscrito, basado en los fundamentos de la incorporación de la norma jurídica en el ordenamiento penal, por parte del legislador español.

<sup>821</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, op. cit, pág. 1130.

Respecto a la competencia del funcionario para realizar la contraprestación esperada, en el caso del art. 286 *ter* se indica que la cualidad de autoridad o funcionario en los términos descritos del art. 427 del CP, será relevante en la medida que el sujeto actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, en los arts. 419 y 420 del CP señala que la contraprestación aceptada o solicitada es para realizar un acto propio de su cargo o una omisión, retardo injustificado o un acto contrario a los deberes del mismo. En ambos casos estimó que la expresión “en relación con el ejercicio de funciones públicas” significativa que el agente público actué como tal para que su conducta sea típica.

El art. 286 *ter* también contempla una explícita referencia concursal pues señala que la pena se impone sin perjuicio de que se pueda aplicar el delito que comporte una pena más grave, por lo que está mirando a un posible concurso de normas a resolver por la infracción más gravemente penada. Desarrollo que será visto en el capítulo referido a los concursos penales<sup>822</sup>.

No se puede dejar de mencionar que hay autores cuyas críticas van dirigidas a la inclusión del cohecho en el CP dentro de los delitos contra la Administración pública<sup>823</sup>, debiendo incluirlo en los delitos contra el mercado y los consumidores<sup>824</sup>, especialmente basado en el fundamento, repercusiones, objetivos etc., de la regulación y sanciones a personas jurídicas y funcionarios internacionales.

Como hemos podido apreciar desde la reforma penal de la LO 5/2010, que introdujo la letra b apartado 1 del art. 31 *bis* del CP<sup>825</sup>, y que según

---

<sup>822</sup> *Vid. supra*

<sup>823</sup> PUENTE ABA, Luz María, *Corrupción en las transacciones económicas internacionales*, en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 886 y sgts.

<sup>824</sup> *Vid.* asertos que fueron criticados en su oportunidad, en apartado del cohecho de facilitación.

<sup>825</sup> Artículo 31 *bis* modificado por la LO 1/2015: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: (...) b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior,

dispone el art. 427.b)<sup>826</sup> del CP<sup>827</sup>, a quienes es aplicable la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, normativa por medio de la cual las personas jurídicas responderán penalmente, imponiéndoseles además las penas de multa que establece en sus epígrafes a), b) y c), y además, atendidas las reglas establecidas en el art. 66 *bis* del CP<sup>828</sup>, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g)

---

han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

<sup>826</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, op. cit., pág. 930, donde expone que el art. 427 recoge lo dispuesto en el 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, de 26-5-1997, y que entró en vigor en España el 28-9-2005 (BOE 8-3-2005).

<sup>827</sup> Art. 427 CP modificado por la LO 1/2015: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

<sup>828</sup> Artículo 66 bis del CP: “En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengán establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

art. 33.7 del CP<sup>829</sup>, que incluye multa por cuotas o proporcional, disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales por plazo que no podrá exceder de cinco años, etc.<sup>830</sup>. 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 supuesto anterior o bien, en fin, 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<sup>831</sup>.

Por su parte, otros autores entienden que, para hacer efectiva la responsabilidad penal, deben concurrir determinados requisitos<sup>832</sup>, entre los que podemos citar las siguientes condiciones: a) que el delito se cometa en provecho a nombre y/o por cuenta de la persona jurídica, por sus

---

<sup>829</sup> Art. 33.7 del CP: “7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) 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, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

<sup>830</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Capítulo V. Del cohecho, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 927.

<sup>831</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, op., pág. 1170.

<sup>832</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pág. 396 y sgt.



representantes legales y administradores de hecho o de derecho, y b) que el delito haya sido cometido en el ejercicio de actividades societarias, por cuenta y en provecho de las personas jurídicas, y por quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales, administradores de hecho o de derecho, hayan cometido el hecho por no haberse ejercido el debido control sobre ellos.

En el año 2012, se suprimió el art. 31 *bis* del CP<sup>833</sup>, que luego fue modificado por la LO 1/2015, que para estos efectos debe tenerse en cuenta que en la forma operada por la LO 7/2012<sup>834</sup>, si bien se ha suprimido como persona jurídica excluidas de la responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos, sin embargo, se mantuvo la exclusión de las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, así como la Sociedad mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presente servicios de interés económico general, lo que a juicio nuestro y del legislador, carecía de una argumentación sería para su exclusión, por lo que con la modificación de 2015, se eliminaron estas exclusiones. De esta manera el año 2015 se estableció un listado de supuestos en que las personas jurídicas son responsables penalmente<sup>835</sup>.

Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, debemos retrotraernos a la Convención de la ONU<sup>836</sup>, que en su art. 26.1, establece que los firmantes deberán adoptar las medidas (legislativas y administrativas), a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas en los ilícitos

---

<sup>833</sup> Art. 31 bis del CP, que le fue modificado por LO 7/2012, en su párrafo primero del apartado 5, que luego fue nuevamente modificado por la LO 1/2015, cuya modificación del año 2012 quedó redactado como sigue: «5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

<sup>834</sup> LO 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social, publicada en BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

<sup>835</sup> *Vid.*, sobre este punto, POLAINO NAVARRTE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 55.

<sup>836</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción., CONUCC. (Oficina de Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito. Viena), Nueva York, 2004.

descritos en su cuerpo<sup>837</sup>. Luego, destaca el art. 26.2 que, “con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”. Por su parte, el art. 18 del CPSC<sup>838</sup> es conteste con el Convenio de la ONU<sup>839</sup>, que también dispone la necesidad de que se adopten medidas legislativas para garantizar que se puedan hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción, incidiendo el art. 19 del CPSC en que deben ser objeto de “sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias”.

Atendido a lo expuesto previamente, vemos que no existió una obligación directa al Estado español para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante se han incluido en las distintas modificaciones a la legislación que han agregado su penalización en determinados tipos penales, a lo que se une en el ámbito de los delitos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, los órganos de control de la OCDE siempre considerando un incumplimiento que no se estableciera este tipo de responsabilidad, una vez que se ha regulado la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta adecuando que se extienda a los delitos de cohecho<sup>840</sup>.

---

<sup>837</sup> CONUCC Artículo 26. Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley 1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a: a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como: i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados; iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer; b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

<sup>838</sup> Convenio Penal sobre la Corrupción (Nº 173 Unión Europea) del Consejo de Europa. Estrasburgo, 27 de enero de 1999, publicado en España BOE Nº 182, de 28 de julio de 2010, entrada en vigencia en España 01/08/2010.

<sup>839</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción., CONUCC.

<sup>840</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 397.

## D) Fundamento jurídico de la responsabilidad de la persona jurídica

La responsabilidad penal es un tema del sumo trascendente, pero no obstante y sin perjuicio de las indemnizaciones civiles a la que podría acarrear una persona jurídica por haber sido sujeto activo en el delito de cohecho, es necesario revisar otros tipos de responsabilidad civil que emanan del acto cohechador, y ello sin perjuicio de las responsabilidades de la persona natural que materialmente efectuó la acción reprochable penalmente.

El TS en una sentencia del año 2007, establece una jurisprudencia relevante frente a la responsabilidad de la empresa y nos entrega la aplicación de las normas legales al caso concreto, al indicar que “la responsabilidad civil subsidiaria del criminalmente responsable exige, cuando se trata de empresas de la que aquél es dependiente, que la acción criminal se desenvuelva dentro del ámbito funcional de la relación entre ambos”<sup>841</sup>. Se sentado que como único motivo de casación que alegó el recurrente, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM)<sup>842</sup>, en relación con el art. 120.4 del CP<sup>843</sup>, señalando que los actos imputados al haberlo declarado

---

<sup>841</sup> STS N° 1069/2007. ROJ 8852/2007. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Luciano VARELA CASTRO. N° Recurso: 10708/2007. Fecha: 28/12/2007. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>842</sup> Artículo 849 LECrim: “Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal. 2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.”

<sup>843</sup> Artículo 120 del CP: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. 2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212. 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con

criminally responsable, según se describen en los hechos probados, no mantienen “ninguna relación, ni directa ni indirecta entre mi patrocinado y el procesado”. Resulta llamativo el escaso esfuerzo dedicado en la sentencia recurrida a justificar la condena de este recurrente. Tras establecer en los hechos probados que el recurrente contrató al penado para que le sustituyera en sus labores de vigilancia de la obra en los fines de semana, no hace otra cosa que citar el precepto cuya indebida aplicación se discute en el recurso. Por ende, vemos lo relevante que resulta la acreditación de una relación directa o indirecta entre la persona natural que efectivamente efectuó el acto repudiado penalmente, y la persona jurídica a la representa o pertenece, y directa o indirectamente en su favor se realizó el acto ilícito.

La Jurisprudencia del TS ha mantenido una línea de expansión del ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por razón de los hechos del dependiente con un carácter general, como recuerda la STS de 2005, que exige como requisitos “a) que entre el infractor y el responsable civil se haya dado un vínculo jurídico o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la dependencia del segundo, o al menos, la actividad desarrollada por el haya contado con su anuencia o conformidad”; b) que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación”<sup>844</sup>.

El fundamento de la responsabilidad no se circunscribe a la culpa, a veces es confundido con el de responsabilidad por riesgo, llegando a aplicar la responsabilidad civil subsidiaria incluso cuando aquél a quien se le exige no ha obtenido ningún beneficio por la actuación penalmente castigada. O, como recuerda la STS del año 2007 (y en las allí citada de 23 de junio de 2005) se

---

el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. 4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios. 5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas”.

<sup>844</sup> STS 23-6-2005 N.º Sentencia: 822/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA. En el mismo sentido las sentencias citadas en la misma de fecha 16-5-88; 15-11-89, y 16-9-92.

ha llegado a exigir la responsabilidad “aunque la actividad desarrollada por el autor del delito suponga un ejercicio anormal de sus funciones”<sup>845</sup>.

En el mismo sentido, también se declara la responsabilidad por riesgo, sin exigir que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto ni menos aún, que se corresponda con una determinada categoría de negocios, pudiendo ser de carácter gratuito; y se admite que es irrelevante el que tal relación sea más o menos estable, pues basta incluso la meramente transitoria u ocasional”, según indica la STS de 2006<sup>846</sup>. Como ya mencionamos, dentro de los requisitos para dar cabida a la responsabilidad civil subsidiaria, es necesario que la dependencia se encuentre sujeta a la actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma, doctrina reiterada por TS el año 2006<sup>847</sup>. En segundo lugar, en la STS del mismo año, se exige que el hecho fundamento de la condena penal venga constituido por actividades, “relacionadas de algún modo con la actividad punible”<sup>848</sup>. La STS 1096/2003 se pronunció en referencia a que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación.

En Sentencia de 2005, el TS concluyó que, por muy laxa que sea la exigencia de los requisitos antes citados, “siempre se deberá dar el requisito de que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de la órbita o relación de servicios que comprende su función laboral y ello, aunque no deba quedar exonerada de esa responsabilidad las simples extralimitaciones o variaciones en el ejercicio del servicio encomendado”<sup>849</sup>. Como se puede apreciar, hay una

---

<sup>845</sup> STS N° 627/2007. ROJ 5440/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Siro Francisco GARCIA PEREZ. N° Recurso: 2264/2006. Fecha: 04/06/2007. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>846</sup> STS 26-1-2006 N° Sentencia: 47/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA.

<sup>847</sup> STS 15-12-2006 N° Sentencia: 1226/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

<sup>848</sup> STS 26-01-2006 N° Sentencia: 47/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA.

<sup>849</sup> STS 23-09-2005 N° Sentencia: 1155/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Gregorio GARCIA ANCOS.

total diferenciación entre las acciones ejecutadas por el acusado y su labor dentro de la empresa, y ello aunque se produjeran dentro del lugar de trabajo.

## 1. La prohibición de contratar

Una de las repercusiones más gravosas económicas para las personas jurídicas emanadas del delito de cohecho, es la que dice relación con la prohibición de actos o contratos con la administración pública, atendido a que la severidad pecuniaria que puede acarrear esta prohibición puede incluso llegar a hacer desaparecer a la persona jurídica por ejemplo por insolvencia, y sin perjuicio que las repercusiones mediáticas del mercado pueden acarrear en su contra, teniendo siempre presente que la mayoría de los mercados y transacciones económicas se mueven por estudios de mercado, pero a la vez sensaciones mercantiles, que pueden llevar a tomar la decisión de no contratar con una persona que haya sido sancionada, no por un tema ético o moral, sino que por las propias limitaciones que presenta la empresa.

En el BOE de 2/10/2015 se publicó la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Su disposición final novena modifica el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, normas que se relacionan forma previa con el art. 127 bis del CP, que establece como bienes decomisables los instrumentos y ganancias, lo que debe siempre analizarse de forma estrechamente ligada con otros efectos civiles de vital importancia, como es la prohibición de contratar del art. 60 LCSP<sup>850</sup> (antiguo art. 49 de la Misma Ley<sup>851</sup>), que establece que la prohibición de contratar alcanzará a las

---

<sup>850</sup> Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Publicada en BOE núm. 276, de 16 de/11/2011.

<sup>851</sup> LCSP, Artículo 60 Letra A del numeral 1º y el numeral 3º: Prohibiciones de contratar. 1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, fraudes, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del

personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquéllas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado, y los efectos que esta prohibición de contratar se encuentran en el artículo 61<sup>852</sup> y 61 *bis* N°3<sup>853</sup>, de la Ley de contratos con el sector público (LCSP).

---

territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquéllas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado. 3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas. (Se modifica por la disposición final 9,1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10566.).

<sup>852</sup> Artículo 61 LCSP. Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento. (...)2. La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; en los casos de la letra e) del apartado primero del artículo anterior; y en los supuestos contemplados en el apartado segundo, también del artículo anterior, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo. 3. La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en el caso de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior, en los casos en que no figure en la correspondiente sentencia o resolución, y la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en el caso de la letra e) del apartado primero del artículo anterior respecto de la obligación de comunicar la información prevista en materia de clasificación y respecto del registro de licitadores y empresas clasificadas, corresponderá al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada. A efectos de poder dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior, el órgano judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa deberá remitir de oficio testimonio de aquélla o copia de ésta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sin perjuicio de que por parte de éste órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron. (...) 6. En los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma. En los casos en los que ésta no haya establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme. En el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de tres años, para cuyo cómputo se estará a lo establecido en el apartado tercero del artículo 61 bis. 7. En el caso de la letra a) del apartado 1 del artículo anterior, el procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena, y en el caso de la letra b) del apartado 2 del mismo artículo, si hubiesen transcurrido más de tres meses desde que se produjo la adjudicación. En

El art. 60 en su letra a) LCSP establece la prohibición de contratación con el ente público, la de haber sido condenada mediante sentencia firme y para el caso que nos convoca por el delito de cohecho. Asimismo, contempla el alcance de esta exclusión de contratar a las personas jurídicas, requiriendo, eso sí, que sean que sean declaradas penalmente responsables, y aquellas cuyos administradores o representantes lo sean. Como podemos apreciar, la nueva normativa hace desaparecer la distinción previa entre las prohibiciones de convenir aplicables a la contratación de todo el sector público o solo a la contratación de las Administraciones públicas en sentido estricto. Como consecuencia, se extienden ahora a cualquier contrato del sector público.

El art. 61 de LCSP mantiene la distinción entre prohibiciones de contratar directamente apreciables por los órganos de contratación; y causas de prohibición que precisan una declaración previa. El apartado 2 del artículo 61, a su vez añade como prohibiciones directamente apreciables por el órgano de contratación aquéllas en las que la prohibición resulte de resolución sancionadora firme siempre que la propia resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre el alcance y duración de la prohibición. En el resto de causas de prohibiciones de contratar (incluidos los casos en que la sentencia o la resolución administrativa no contenga pronunciamiento sobre el

---

los restantes supuestos previstos en dicho artículo, el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años contados a partir de las siguientes fechas: (...) d) En los casos previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior, desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el apartado segundo del artículo 151 (...).

<sup>853</sup> Art. 61 *bis* LCSP. Efectos de la declaración de prohibición de contratar: (...) 3. Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 60 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquélla o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 60 en los casos en que los efectos de la prohibición de contratar se produzcan desde la inscripción en el correspondiente registro, podrán adoptarse, en su caso, por parte del órgano competente para resolver el procedimiento de determinación del alcance y duración de la prohibición, de oficio, o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse (...).



alcance o duración de la prohibición), la prohibición y su alcance deberán determinarse mediante procedimiento instruido al efecto.

Las modificaciones alcanzan también a la duración de la prohibición. En los casos en que la sentencia penal firme no se pronuncie expresamente sobre la duración de la prohibición, esta no podrá exceder los cinco años (anteriormente eran ocho); para el resto de supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de tres años. Finalmente, la forma de hacer efectiva estas prohibiciones, es mediante lo establecido en el art. 61 *bis*<sup>854</sup>, que dispone la inscripción de todas las prohibiciones de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, excepto las relativas a la declaración de concurso, no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, y de incompatibilidades o conflictos de intereses.

## **2. Cláusula de exención de responsabilidad**

El año 2015 al reintroducirse el art. 31 *bis* del CP además de establecer un catálogo de los supuestos en que las personas jurídicas son responsables penalmente, estableció una causa de excepción de responsabilidad penal de las mismas en su numeral 2 que hace un reenvío al número 1 letra a) para la determinación de los sujetos que le es posible aplicar. Es así cómo dentro de los requisitos para hacer aplicable la excepción penal se encuentran: *a)* que el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado primero del artículo 31 *bis* del CP, esto es, que la persona natural que comete el delito debe haberlo efectuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto de ésta, o por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; *b)* que el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión

---

<sup>854</sup> Art. 61 *bis* LCSP establece los efectos de la declaración de prohibición de contratar del art. anterior.

que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión<sup>855</sup>; c) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica<sup>856</sup>; d) que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención<sup>857</sup>; e) que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª del art. 31 *bis*.

Como se puede apreciar, es indispensable para la determinación de la exención de responsabilidad, la acreditación de la efectividad de los mecanismos de control internos. Como hemos podido apreciar la afectación atendido a los requisitos establecidos por la norma, afectan tanto a la persona jurídica como a los autores individuales, al requerir respecto de la persona jurídica modelos de organización y gestión que la implementación modelos de organización y gestión que incorporan medidas de prevención criminal<sup>858</sup>, además de la exigencia explícita del deber de confianza en un órgano autónomo de supervisión de la persona jurídica de tales modelos, como la verificación de que efectivamente de este dando un cumplimiento fiel a las funciones de control.<sup>859</sup> Finalmente al sujeto activo persona natural, exige necesariamente que en la comisión del delito los autores lo hagan mediante la evasión embaucadora de los modelos de organización y prevención<sup>860</sup>.

---

<sup>855</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 55 N° 1.

<sup>856</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 55 N° 2.

<sup>857</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª Edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 55 N° 23.

<sup>858</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 55.

<sup>859</sup> *Vid.* en el presente capítulo la materia referida al *Compliance Officer*.

<sup>860</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, op. cit., pág. 55.

### 3. Tratamiento de las pequeñas personas jurídicas

El apartado 3º del art. 31 *bis* del CP establece la manera en que las pequeñas personas jurídicas podrán dar cumplimiento a las exigencias legales para eximirse de responsabilidad penal, cuando se algunos de los supuestos establecidos en las normas, de esta manera las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2º podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. La norma en comento define lo que se entiende por persona jurídica de pequeñas dimensiones para efectos penal, y señala expresamente “(...) que son todas aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”<sup>861</sup>.

Donde se presenta una problemática mayor son los casos que establece el apartado 5º del art. 31 *bis*, o en otras palabras las que no puedan ser consideradas personas jurídicas de pequeñas dimensiones, y para los casos de la letra b) del apartado 1º, deben necesariamente cumplir los requisitos explayados en los párrafos anteriores. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2º del art 31 *bis*. Para cumplir con estos requisitos en las medianas y grandes personas jurídicas, debemos necesariamente mencionar la figura del *Compliance Officer* o director de cumplimiento normativo, que será tratado a continuación.

### 4. *Compliance Officer*

El *Compliance Officer* u oficial de cumplimiento es una figura nueva en la legislación española, que nace a la vida jurídica con el advenimiento de la LO 1/2015, que introduce esta figura en la legislación nacional. Como se ha señalado<sup>862</sup>, existe una novedosa cultura corporativa emanada de los tratados

---

<sup>861</sup> Art. 31 bis.3 del CP: “En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

<sup>862</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, op. cit., págs. 165 y sgts.

bilaterales, multilaterales, convenios internacionales, etc., que han hecho necesaria prevenir lo ocurrencia de ciertos delitos dentro de las personas jurídicas, en especial el cohecho. No obstante, estimo de lo suyo relevante la creación del oficial de cumplimiento, la forma de regulación puede ser objeto de críticas. Por una parte, debemos tener presente que el oficial de cumplimiento no es un ente represor dentro de las instituciones jurídicas, sino que su labor esta dirigidas esencialmente a minimizar los riesgos de comisión de delitos dentro de la empresa, reduciéndolos a su mínima expresión, por medio de la creación y concreción de un modelo destinado a la prevención de la comisión de delitos en su interior<sup>863</sup>. Hasta el 15 de abril del año 2015, no existía en España una norma UNE-ISO<sup>864</sup> sobre *Compliance Officer*, ni de alcance general ni en el ámbito concreto de la prevención penal. Por otra parte, debiendo ceñirnos a las normas internacionales, a finales del año 2015 el Organismo Internacional sobre Normalización (ISO) publicó la versión final de la ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems (CMS)* basado en el sistema británico<sup>865</sup>. Esta norma internacional se ha transformado en el modelo más actual de las empleadas exclusivamente a la gestión del cumplimiento; pero no obstante ello, se encuentra presente la norma la ISO WD 37001 sobre *Anti-Bribery Management Systems*, basado en el esquema

---

<sup>863</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV. AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, op. cit., pág. 166.

<sup>864</sup> UNE-ISO normas UNE (Una Norma Española) son un conjunto unificado de normas tecnológicas creadas por los Comités Técnicos de Normalización (CTN), de los que forman parte todas las entidades y agentes implicados e interesados en los trabajos del comité. Por regla general, estos comités suelen estar formados por AENOR, fabricantes, consumidores y usuarios, administración, laboratorios y centros de investigación, asociaciones y colegios profesionales y agentes sociales. Las Normas UNE EN son la versión oficial en español de las normas europeas, que son adoptadas tras la aprobación de un órgano específico dentro de la estructura de normalización nacional de AENORISO, Organismo Internacional sobre Normalización (*International Organization for Standardization*) es el organismo encargado de promover el desarrollo de normas internacionales de fabricación, comercio y comunicación para distintos sectores industriales y comerciales. La ISO está formada por diversos institutos de normalización nacionales de 160 países, sobre la base de un instituto por país, coordinados desde una Secretaría Central. Las normas internacionales de este organismo se conocen como normas ISO y su finalidad es la coordinación de las normas nacionales con el objeto de facilitar el comercio, el intercambio de información y contribuir con normas comunes al desarrollo y a la transferencia de tecnologías. Las normas ISO son voluntarias, comprendiendo que ISO es un organismo no gubernamental y no depende de ningún otro organismo internacional, por lo tanto, no tiene autoridad para imponer sus normas a ningún país.

<sup>865</sup> Norma UNE-ISO 19600:2015 Sistemas de gestión de compliance. Directrices. (Compliance management systems. Guidelines). Fecha de edición 2015-04-15.

australiano<sup>866</sup>. Ahora bien, debemos dejar claro que en España sólo existen certificaciones basadas en especificaciones o requisitos de carácter privado, con las limitaciones inherentes a dichas aproximaciones.

El cumplimiento normativo consiste en establecer las políticas, los procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa - incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados- cumplen con el marco normativo aplicable. Dentro de ese marco normativo no han de considerarse únicamente las normas legales, como leyes y reglamentos, sino que también deberían incluirse en el mismo a las políticas internas, los compromisos con clientes, proveedores o terceros, y especialmente los códigos éticos que la empresa se haya comprometido a respetar.

El desarrollo explosivo del oficial de cumplimiento normativo, es coexistente a razón de ser de la de la reforma del Código penal del año 2010, que introdujo en el ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto, básicamente significa que las personas jurídicas se convierten en penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta por sus representantes legales y administradores, pero también por quienes estando sometidos a su autoridad hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Hasta antes del año 2015, una empresa no sólo debía enfrentarse a las sanciones, generalmente de gran importancia económica que las distintas regulaciones sectoriales establecen, sino que también debía enfrentarse a la responsabilidad por la comisión de un delito, sin que existiera una causal de exculpación especial. La reforma del año 2015 al CP, introdujo una modificación al respecto de esta responsabilidad penal, en virtud de la cual la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad cuando haya adoptado y ejecutado, antes de la comisión del delito, medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; la supervisión de esas medidas quede encomendada a un órgano interno con una cierta autonomía (salvo en el caso de las pequeñas empresas); el delito se haya

---

<sup>866</sup> Cfr., en esta línea, ISO WD 37001 sobre Anti-Bribery Management Systems, [https://www.standard.no/Global/PDF/Standardisering%20-%20nye%20prosjekter/CL\\_NWIP\\_Anti-bribery\\_management\\_system\\_Requirements.pdf](https://www.standard.no/Global/PDF/Standardisering%20-%20nye%20prosjekter/CL_NWIP_Anti-bribery_management_system_Requirements.pdf)

cometido eludiendo por los autores tales medidas; y no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de control<sup>867</sup>.

La responsabilidad personal del *Compliance Officer* ha quedado bastante más prístina con la publicación de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado español<sup>868</sup> que le atribuye al oficial de cumplimiento, un ámbito equivalente al de cualquier directivo. Desde luego no es una cuestión pacífica equiparar de que quienes están en disposición de adoptar decisiones con las de aquellos otros que se limitan a ejercer funciones de supervisión (que es, literalmente, la atribución que realiza el CP<sup>869</sup>). En cualquier caso, este debate técnico-jurídico descuida el rol de esta figura para la política criminal pretendida al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos<sup>870</sup>. Cabe destacar que la Circular equipara los modelos de organización y gestión que regula el CP con los “programas de cumplimiento normativo” o “*Compliance guides*”. Para evitar dudas, señala que “la empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no sólo con ella”<sup>871</sup>, reprochando el extremado reduccionismo del CP cuando limita sus exigencias al *Compliance* penal para prevenir delitos de la misma naturaleza de los que se cometieron. Asimismo remarca que los modelos de organización y gestión deben ceñirse a las circunstancias de cada organización, refiriéndose expresamente a las “necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la

---

<sup>867</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, op. cit., págs. 136 y sgts.

<sup>868</sup> Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP por LO 1/2015, consultada en línea vía web el 26.11.2016:

[https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/home/ut/p/a1/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFszcDBzdPYOdTD08jINdjYAKIoEKDHAARwNC-sP1o\\_ApsQgygSrAY0VBboRBpqOiIgD-HNNY/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/home/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFszcDBzdPYOdTD08jINdjYAKIoEKDHAARwNC-sP1o_ApsQgygSrAY0VBboRBpqOiIgD-HNNY/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/).

<sup>869</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, págs. 161 y sgts.

<sup>870</sup> Cfr., sobre este punto, BOLEA BARDON, Carolina, *Deberes del administrador y prácticas de kick-back*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos, ISSN 1695-0194. RECPC 17-17 (2015) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194

<sup>871</sup> Circular 1/2016 de la fiscalía general del estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, cit., pág. 39.

persona jurídica”<sup>872</sup>, incorporando así referencias prácticamente explícitas al principio de proporcionalidad, además de rechazar el principio de seguridad absoluta de los modelos de *Compliance*, al manifestar que la comisión de un “delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implantado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta”<sup>873</sup>.

#### **IV.- El comiso y en especial el comiso ampliado**

El decomiso<sup>874</sup> es una pena y/o una medida ordenada por un tribunal como consecuencia de una infracción penal, que consiste, en el caso de pena, en la privación permanente de un bien relacionado con el delito, ya sea el arma, efectos, instrumentos, medios de transporte empleados para su comisión o las ganancias obtenidas con el mismo, y una medida transitoria ordenada por el tribunal para diversos fines, como por ejemplo asegurar las responsabilidades pecuniarias mientras se sustancia el procedimiento<sup>875</sup>.

---

<sup>872</sup> Conclusión N° 17 de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley orgánica 1/2015, cit., pág. 62.

<sup>873</sup> Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley orgánica 1/2015, cit., pág. 44.

<sup>874</sup> Artículo 127 del CP: “1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. 2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. 3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”.

<sup>875</sup> Cfr. Decisión marco del Consejo de La Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo 2002/475/JAI. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. Asimismo, se faculta a los jueces y tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.

Existe una normativa general y especial que regula el comiso en el caso del delito de cohecho, y por una parte, encontramos la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), que en su art. 334,<sup>876</sup> norma que le fueron introducidas modificaciones del año 2015, establece que se recogerán armas, instrumentos o efectos relacionados con el delito que se hallen en la escena del crimen o en poder del reo, el comiso que se acuerda en sentencia no es más que la ratificación de esa ocupación realizada durante la fase de instrucción con la finalidad de evitar que sigan en poder del condenado, ya por su carácter ilícito, ya porque aun siendo lícitos, no le corresponde quedárselos<sup>877</sup>. Sumado a lo expuesto hay una expresa referencia en Circular 1/2016 de la fiscalía general del estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, sobre el decomiso “El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará

---

<sup>876</sup> Art. 334 de la LECrim: “El Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida. El Secretario judicial extenderá diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo.

La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos.

La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción. Este recurso no requerirá de la intervención de abogado cuando sea presentado por terceras personas diferentes del imputado. El recurso se entenderá interpuesto cuando la persona afectada por la medida o un familiar suyo mayor de edad hubieran expresado su disconformidad en el momento de la misma.

Los efectos que pertenecieran a la víctima del delito serán restituidos inmediatamente a la misma, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible. Los efectos serán también restituidos inmediatamente cuando deban ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, pero su conservación pueda garantizarse imponiendo al propietario el deber de mantenerlos a disposición del Juez o Tribunal. La víctima podrá, en todo caso, recurrir esta decisión conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior”.

<sup>877</sup> Los párrafos tercero y cuarto, añadidos por la disposición final 1.10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril. Ref. BOE-A-2015-4606., entran en vigor el 28 de octubre de 2015, según la disposición final 6 de la citada Ley.



todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales”<sup>878</sup>.

Continuando con este análisis, cabe señalar que una consecuencia directa es el comiso de especies de las personas partícipes del cohecho. No obstante, un elemento trascendente que ha surgido con el antiguo art. 445 del CP, que castigaba un real cohecho activo del particular que corrompe o intenta corromper, ya sea ofreciendo una prestación indebida, o ya sea en retribución por un acto ya realizado, que a su vez se relaciona con el actualmente denominado cohecho de facilitación del art. 422 del CP, cuya búsqueda es el provecho del funcionario público, sin ligadura con acto alguno<sup>879</sup>.

Respecto a la naturaleza jurídica del comiso existe importante jurisprudencia que se pronuncia, al respecto se pronuncia el TS en el año 2002, resolviendo que el comiso tiene una naturaleza análoga a las medidas de seguridad o de carácter administrativo. No siendo pena en si misma sino una consecuencia de un hecho delictivo, tanto exista responsabilidad penal, o no<sup>880</sup>. Como un elemento que debemos considerar, es el comiso de la retribución o dadiva. Esta sanción no puede en ningún caso, aplicarse ni a satisfacer en todo o en parte la responsabilidad civil ni la multa<sup>881</sup>.

En forma específica, el art. 127 *bis* del CP establece el decomiso ampliado<sup>882</sup>, que se caracteriza precisamente porque los bienes o efectos

---

<sup>878</sup> Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley orgánica 1/2015, cit., pág. 27.

<sup>879</sup> PUENTE ABA, Luz María, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 886 y sgts.

<sup>880</sup> STS 29-7-2002 N° Sentencia: 867/2002. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: José Antonio MARTIN PALLIN.

<sup>881</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier. Barcelona, 2010, pág. 1164.

<sup>882</sup> Artículo 127 bis del CP: “1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: a) Delitos de trata de seres humanos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. c) Delitos informáticos de los apartados 2

decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena<sup>883</sup>. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. En otras palabras, es una institución procesal por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto.

El artículo 127 *bis* del CP viene a introducir la institución del decomiso ampliado para el delito de cohecho, entre otros<sup>884</sup>, incorporado en el

---

y 3 del artículo 197 y artículo 264. d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia. e) Delitos relativos a las insolvencias punibles. f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. g) Delitos de corrupción en los negocios. h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298. i) Delitos de blanqueo de capitales. j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313. l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373. n) Delitos de falsificación de moneda. o) Delitos de cohecho. p) Delitos de malversación. q) Delitos de terrorismo. r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”.

<sup>883</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 373 y sgts.

<sup>884</sup> Art. 127 bis: “1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: a) Delitos de trata de seres humanos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264. d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia. e) Delitos relativos a las insolvencias punibles. f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. g) Delitos de corrupción en los negocios. h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298. i) Delitos de blanqueo de capitales. j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313. l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373. n) Delitos de falsificación de moneda. o) Delitos de cohecho. p) Delitos de malversación. q) Delitos de terrorismo. r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. 2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: 1.º La desproporción entre el valor

ordenamiento jurídico por la LO 1/2015, para determinados delitos; de esta manera se daba cumplimiento a la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo<sup>885</sup>. En aquella ocasión el legislador nacional excedió las disposiciones de obligada incorporación e idéntico proceder y se mantiene ahora respecto de la Directiva Europea 2014/42/UE<sup>886</sup>, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea<sup>887</sup>.

Siguiendo con las características del decomiso ampliado, encontramos que los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. En otras palabras, es una institución procesal por medio de la cual se pone fin a la situación

---

de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. 3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior. 4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento. 5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”. (Artículo 127 bis introducido por el número sesenta y dos del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015).

<sup>885</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPERA. Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

<sup>886</sup> DIRECTIVA 2014/42/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

<sup>887</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 376 y sgts.

patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva<sup>888</sup>. Su fundamento tiene naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto, y con el artículo 127 *bis* del CP se introduce esta institución para los delitos de cohecho, entre otros.

La norma establece como bienes decomisables los instrumentos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos que establece el mismo Código incluyendo el cohecho, cuando los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito son decomisables. Además, es de aplicación con efectos civiles la prohibición de contratar del art. 60 LCSP<sup>889</sup> (antiguo art. 49 de la Ley)<sup>890</sup>, y sus efectos en el art. 61<sup>891</sup> de LCSP.

## V.- Síntesis

Se ha revisado la responsabilidad de las personas jurídicas especialmente post reforma de la LO 1/2015, las diversas incorporaciones de

---

<sup>888</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), en VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 378 y sgts.

<sup>889</sup> Ley de Contratos del Sector Público. Artículo 60. Comprobación de los elementos de la clasificación. Los órganos competentes en materia de clasificación podrán solicitar en cualquier momento de las empresas clasificadas o pendientes de clasificación los documentos que estimen necesarios para comprobar las declaraciones y hechos manifestados por las mismas en los expedientes que tramiten, así como pedir informe a cualquier órgano de las Administraciones públicas sobre estos extremos.

<sup>890</sup> Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Publicada en BOE núm. 276, de 16 de/11/2011. Modificado y añadido por la disposición final 9.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10566.

<sup>891</sup> Ley de contratos del Sector Público (LCSP). Artículo 61. Acreditación de la capacidad de obrar. 1. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate. 2. La capacidad de obrar de los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se acreditará por su inscripción en el registro precedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación. 3. Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa.

títulos de imputación, si como la regulación de normas eximentes y eximentes incompletas referidas a los entes jurídicos, los que a su vez se ha relacionados con la fundamentación jurídica de la responsabilidad civil subsidiaria de la personas jurídicas, y su efectos como es; La prohibición de contratar; El comiso, en especial el comiso ampliado; La cláusula de exención de responsabilidad, y el Tratamiento de las pequeñas personas jurídicas.

También pudimos apreciar los sistemas introducidos por las nuevas modificaciones de prevención de la actividad delictual en la empresa, por la novedosa institución dentro de la legislación nacional del *Compliance Officer*, u oficial de cumplimiento. De esta manera estamos en condiciones que si bien existen varias modificaciones referidas a la responsabilidad de las personas jurídicas, y normas de prevención delictual, estimó que hay mucha legislación que debe estar en una constante evaluación, a fin de evitar posibles atisbos de regulación interesada en un determinado ámbito, dejando de lado un real regulación general, basada en principios formativos del Derecho penal.



## CAPÍTULO VII

### *ITER CRIMINIS*

#### I.- Planteamiento

El delito de cohecho es considerado por la mayoría de la doctrina como un delito de mera actividad, que en síntesis corresponde a la calificación de delitos que no requieren la producción de un resultado material, lo que no implica que no tengan un resultado típico o jurídico, como tienen todos los delitos, es decir, la lesión propiamente tal del bien jurídico o la puesta en peligro del mismo<sup>892</sup>. Una vez determinada la naturaleza jurídica del delito de cohecho, podremos revisar los efectos sancionatorios especialmente en sus distintas etapas de producción delictual, o en otras palabras en el camino del delito o *iter criminis*.

El *iter criminis* es una institución compuesta por dos elementos, uno interno y uno externo. La faz interna que está constituida por las actividades mentales de voluntariedad interna<sup>893</sup> que no se manifiestan en el mundo exterior, no tienen trascendencia social y por tanto carecen de valoración en el mundo jurídico, y son integradas por la ideación e incluso la planeación delictual, pero teniendo únicamente significación moral<sup>894</sup>. Estos actos mentales sólo pasan a tener relevancia cuando se exteriorizan con significado comunicativo en el mundo social, correspondiendo a actos externos ejecutivos o excepcionalmente, al menos, preparatorios de la ejecución de un delito.

---

<sup>892</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 131.

<sup>893</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 237.

<sup>894</sup> Una frase citada por el maestro POLAINO NAVARRETE parece resumir toda esta fase interna: “el pensamiento no delinque”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 237.

Sin perjuicio de lo expresado previamente, existen legislaciones<sup>895</sup> en que el principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” es seriamente afectado o al menos la frontera entre el pensamiento exteriorizado y la comisión de un delito es bastante tenue. En general hablamos de los delitos que tiene una serie restricción a la verbalización de pensamientos, como delitos de apología de ciertos ideales políticos por estimar que inducen a la violencia y otros. Si bien es discutible que, una vez exteriorizados los pensamientos, pasan a ser del mundo real y que afectan bienes jurídicos, caso de injurias y calumnias, no es menos cierto que son una restricción de la libertad de expresión, derecho que es limitado cuando esta libertad de expresión afecta a terceros.

## 2. Actos preparatorios

La faz externa del delito está compuesta por dos niveles, los actos preparativos y los actos ejecutivos. Los actos preparatorios son por regla general impunes, tanto en su ideación como en su preparación, los que se sancionan exclusivamente cuando el legislador en forma expresa así lo determina y sólo para delitos excluyendo las faltas<sup>896</sup>.

### A) Actos preparativos generales

Dentro de los actos preparativos el legislador establece dos clases, los generales y los específicos. Dentro de los primeros en determinados delitos son objeto de sanción la conspiración, la proposición, la provocación, y la apología<sup>897</sup>.

---

<sup>895</sup> *Vid.* Art. 357 del Código Penal Chileno, sobre la inducción de menor de edad, pero mayor de 10 años, a abandonar la casa de sus padres. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>896</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 131., op., pág. 239.

<sup>897</sup> Artículo 17 CP: “1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él. 3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley”.

Artículo 18 CP: “1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este



## 1. Conspiración

La conspiración es un acto preparatorio de sujeto activo plural, en que existe un acuerdo en conjunto, sobre la resolución y ejecución de una actividad criminal, por tanto, se da la conspiración como acto preparatorio cuando existe un concierto de los conspiradores para la comisión de un delito, aunque posteriormente no lo cometan<sup>898</sup>.

Como expresa el profesor POLAINO NAVARRETE<sup>899</sup>, es necesario tener presente que la sola simple iniciativa de la deliberación criminal no es suficiente para que sea punible la conspiración, sino que necesariamente requiere la conjunta decisión de la comisión del hecho delictual, siendo suficiente este concierto para que se configure la conspiración, sin que efectivamente el delito conspirado sea efectivamente ejecutado.

## 2. La proposición

La proposición existe como refiere el art. 17.2 del CP cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él. Es necesaria para que exista proposición una resolución individual, consistente en una invitación criminal para la comisión de un delito, que por parte del proponente se haya resuelto cometer el delito<sup>900</sup> y se efectuó invitación a ejecutarlo.

---

Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

<sup>898</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op., cit., pág. 240.

<sup>899</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op., cit., pág. 240.

<sup>900</sup> POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno*, tomo I, 2ª ed., Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 2003, op. cit., pág. 383.

### 3. La provocación

La provocación se encuentra descrita y regulada en el artículo 18.1 del CP, que consiste en la incitación directa a la comisión de un delito, pero como incitación general, a diferencia de la inducción que es una incitación particular.

La provocación, a diferencia de la relación restringida con conspiración y la proposición, exige que el medio empleado para ejecutarla sea de eficacia idónea, por cualquier medio, como imprenta, radiodifusión o realización ante grupo de personas, pues el medio simplemente hace la diferencia si es provocación colectiva o pública, siendo, a juicio de POLAINO NAVARRETE<sup>901</sup> perfectamente imaginable el desistimiento, basado en el principio de analogía pro reo y la jurisprudencia.

Por otra parte, la transmutación que se produce cuando se comete el delito determina que la provocación se transforma en inducción, que no es fase ejecutiva del delito sino una forma de participación criminal<sup>902</sup>.

### 4. Apología

Es la defensa de un delincuente o de un crimen, que se desarrolla en forma oral o escrita, y para que tenga relevancia penal debe referir específicamente a un acto delictivo o a su perpetrador, “cuando se hace como forma de provocación, y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”<sup>903</sup>. No es suficiente que la apología se refiera en términos pretéritos a un acto ilícito realizado por un determinado

---

<sup>901</sup> POLAINO NAVARRETE (citando a QUINTANO RIPOLLÉS, FERRER SAMA), *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 242.

<sup>902</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 241.

<sup>903</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 242.

autor, sino que debe ser una incitación directa a la comisión de un acto ilícito posterior.

La apología es un claro ejemplo de punición de actos preparativos generales, que, si bien puede tener basamento en necesidades político-criminales en un momento determinado, tal como refiere POLAINO NAVARRETE<sup>904</sup>, desde un punto de vista dogmático penal conlleva diversas dudas de legitimación, bastando escarbar un poco en su estructura y génesis para inferir que no existe acción exterior sin que afecte a una incidencia típica en un bien jurídico protegido.

## **B) Actos preparativos específicos**

En la regulación de determinadas conductas el legislador pasa a sancionar como delitos consumados actos que sólo alcanzan el grado de preparatorios, adelantando de esta manera la barrera de la punición.

Razones de política criminal requieren que en ciertos tipos sean regulados específicamente estos preparatorios, por la especial gravedad del hecho punible involucrado, o la necesidad de penar autónomamente un acto previo para prevenir un grave delito ulterior<sup>905</sup>. Es así como el legislador fija penalidad con delitos que afectan en general bienes colectivos<sup>906</sup>.

---

<sup>904</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 242.

<sup>905</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 242.

<sup>906</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 243, cita algunos ejemplos de tipos penales que se ha adelantado la punición como, por ejemplo, el delito de apología al genocidio (art. 607.2 CP) o el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo o terroristas, que para algunos autores constituye una modalidad de apología al terrorismo (art. 578 CP). A lo que suma ejemplos de tipos penales que a la vez de ser actos preparatorios especiales sancionadas autónomamente además pueden constituir tipos penales de conspiración o delitos provocación, como son: el delito de alteración de precios (art. 262, inciso 3°) el delito de conspiración a la traición (art. 581, inciso 2°) y dentro de la provocación el delito de discriminación personal (art. 510.1) o el delito de traición (art. 581, inciso 1°).

### III.- Actos ejecutivos

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas mantiene la distinción en la fase ejecutiva del delito en tres etapas o estadios: el delito tentado, el delito frustrado y el consumado, agregando algunos autores en el delito consumado el denominado delito agotado<sup>907</sup>. El Código penal español de 1995, por el contrario, ha simplificado la nomenclatura al unificar las fases imperfectas de comisión delictual en la tentativa, que junto a la consumación constituyen los actos ejecutivos del delito.

#### A) La tentativa

La tentativa se encuentra regulada en el art. 16.1 CP<sup>908</sup>. Indica ROXIN<sup>909</sup> que en un delito consumado no es posible que desaparezca el dolo del tipo, toda vez que al existir dentro de la etapa tentada del ilícito en que el dolo pertenece al tipo siendo imposible que posteriormente el dolo que desaparezca de su ubicación en el tipo, agregando que, si bien es cierto que la etapa imperfecta de ejecución es una extensión de la punibilidad del delito

---

<sup>907</sup> Vid. MATUS, Jean Pierre, en VV.AA., *Lecciones de Derecho penal chileno*, tomo I, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2003, págs. 370 y 371. El delito agotado en definitiva se refiere exclusivamente a una intensificación del hecho ilícito ya consumado, razón por la cual este segundo acto no sería punible independiente y quedaría consumido por el hecho precedente, salvo en los casos en que la ley expresamente pena, ya sea con una agravación de la sanción o con una pena especial, el agotamiento en determinados delitos.

<sup>908</sup> Artículo 16 del CP: “1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

<sup>909</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducido por Diego Manuel LUZÓN-PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 308.

consumado, requiere necesariamente del dolo como elemento adjunto del injusto típico, lo que coincide con el modo natural de ver las cosas en que la tentativa sólo se distingue de la consumación por la falta del resultado<sup>910</sup>.

La tentativa en síntesis consiste en iniciar la ejecución de un delito y en no darle un final, lo que naturalmente requiere que sea un acto exterior susceptible de ser percibido por los sentidos, pero que avanza más allá de los actos preparativos, toda vez que se ingresa en el campo de ejecución delictual<sup>911</sup>. En la nomenclatura del Código penal de 1995, la tentativa se divide en tentativa acabada -antigua fase de la frustración- y tentativa inacabada, diferenciándose en que en la primera se han ejecutado todos los actos ejecutivos, y en la segunda uno o más actos, pero sin completar la totalidad de actos ejecutivos.

Como expone POLAINO NAVARRETE, el fundamento de la punibilidad de las etapas imperfectas de consumación se reduce a dos planteamientos teóricos, sustentados por las teorías subjetivas y las objetivas<sup>912</sup>.

### 1. Teorías objetivas

Las teorías objetivas expresan que para que la tentativa sea punible se requiere que exista un comienzo de ejecución del acto con efectos objetivos objeto de desvaloración. Teoría desarrollada por CARRARA<sup>913</sup>, sostiene que la tentativa se pena por el peligro corrido por el bien jurídico protegido. Los actos ejecutivos tienen que ser idóneos y típicos. Por lo demás, la pena es menor que la que le corresponde al delito consumado por una razón de cuantía penal. Los primeros sustentadores de la teoría objetiva entendían que se debía examinar el peligro con posterioridad a la realización de la conducta, y de esta

---

<sup>910</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, op. cit., pág. 308.

<sup>911</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., cit., pág. 244.

<sup>912</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., cit., pág. 244.

<sup>913</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal, Parte general*, tomo I, editorial Temis, Bogotá, 1956, págs. 239 y sgts.

manera poder distinguir entre la idoneidad de las tentativas. Por su parte, los continuadores sustentaban que la peligrosidad para el bien jurídico, y teniendo presente los conocimientos concretos del autor, y de la observación del momento previos a la ejecución delictual, se divisaba como probable de ejecutar y de esta manera la acción era considerada como apta hipotéticamente para producir un daño determinado al bien jurídico<sup>914</sup>.

## 2. Teorías subjetivas

Las teorías subjetivas ponderan cualquier acto que sea revelador de una intención criminal del sujeto que da inicio a la ejecución del acto. En esta tendencia se sostiene que el fundamento de punición y la medida de la sanción se encuentran en la peligrosidad del autor<sup>915</sup>.

Para POLAINO NAVARRETE<sup>916</sup>, estas teorías son rechazables, al estimar que el delito no es lo que quiere que sea el autor, sino que es lo que naturalmente es, en razón al entorno social tenga el sentido normativo en un momento histórico determinado: esto es, *ex tunc*, en el momento mismo de la ejecución.

El análisis *ex ante* o *ex post* queda naturalmente superado, atendido que el análisis *ex post* carece de efecto, toda vez que del análisis posterior a la comisión de un delito siempre resultará la tentativa inidónea. Por su parte, la valoración *ex ante* no podrá ser una valoración exacta o precisa, toda vez que el sentido del análisis efectuado antes de la ejecución delictual dependerá de múltiples factores que puedan hacer variar el resultado final<sup>917</sup>.

---

<sup>914</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 245.

<sup>915</sup> GERMÁN HASSEL, Guillermo Eduardo. *La tentativa*, op. cit., pág. 2. Consultada online 20/11/2016: <http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-enaltentativa/derecho-penal-tentativa-2.shtml#ixzz4RVwOC bGB>

<sup>916</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 246.

<sup>917</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 246.

## B) Tentativa inidónea y delito imposible

No podemos dejar de revisar, a lo menos someramente, la tentativa inidónea, la tentativa de delito imposible. Consiste en una conducta que, analizada *ex post*, después de que ocurrió (viendo la actividad en retrospectiva) en que se pretende si la conducta causó o alarma suficiente, en caso de que así no fuese, no merece desencadenar la imposición de una pena<sup>918</sup>. Ej.: tratar de matar a alguien con brujería, con veneno insuficiente o disparar donde se cree que está la víctima y no está. Después de observar todo el hecho, se puede afirmar que era imposible realizarlo. En la realidad no podemos apreciar los planos simultáneamente, por eso lo que hay que analizar es la conducta del autor y meterse en la cabeza del autor conforme al juicio medio para determinar todo el análisis del delito. Lo que ocurre es que la imputación depende sobre todo de lo que hizo el autor o de lo que podía conocer hasta el momento en que actuó porque todo lo que viene después es accidental. Por eso el juicio o la imputación de hecho sólo puede hacerse en el momento en que la persona efectivamente actuó<sup>919</sup>.

## IV.- Fases de la realización delictiva en el cohecho

Como hemos visto previamente, el cohecho pasivo es un delito de mera conducta o mera actividad<sup>920</sup>, toda vez que se perfecciona con la simple ejecución de una conducta (ej., ofrecer dádiva a un funcionario público para realizar o abstenerse de realizar un determinado acto), sin exigirse para su consumación que se produzca un resultado material unido por relación de

---

<sup>918</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., cit., pág. 246.

<sup>919</sup> Cfr. MATUS, Jean Pierre, en VV.AA., *Lecciones de Derecho penal chileno*, 2ª ed., op. cit., pág. 374, quien refiere que, luego de efectuar el juicio *ex ante*, colocándose el juzgado en el momento de la acción y tomando en cuenta las acciones concretas y todos los elementos que habían podido estar en conocimiento del agente, se concluye que respecto al hecho en concreto de que se trata, falta o es inexistente el objeto de la acción, el medio empleado es absolutamente ineficaz para conseguir el fin al que se le destina, o falta en el sujeto activo una característica personal establecida en la ley (ejemplo de la prevaricación del juez).

<sup>920</sup> Cfr. Cap. referido a las clasificaciones del delito de cohecho.

causalidad e imputación objetiva con el comportamiento. Nos parece del todo interesante la distinción que hace Profesor POLAINO NAVARRETE<sup>921</sup>, respecto de la modalidad pasiva de recibir retribución, que configura un tipo de delito de resultado material, por cuanto exige la producción de la transferencia de un bien de cometido económico desde la esfera patrimonial de un sujeto a otro. Al concordar con esta posición, nos parece esta disgregación de participación necesaria para la determinación de responsabilidad penal del sujeto interviniente, aunque el delito mirado en su totalidad no parece de simple actividad, debido a que, si bien la recepción de la dádiva permitiría agravar la situación sancionatoria del funcionario, la simple aceptación de recepción de la retribución, a nuestro juicio, es suficiente para concretar el delito, sin perjuicio del particular dispuesto a la entrega de la retribución, respecto del cual no tenemos dudas de la consumación.

Se sustenta en diversa doctrina y jurisprudencia del TS que el recibimiento de la retribución con la mera solicitud, por lo que el momento de recepción de la dádiva puede ser anterior o posterior a la realización del hecho del funcionario a la que se requiere la realización de un acto, la omisión del mismo que debía realizar, o en definitivas acciones que no están dentro de sus obligaciones legales en el ejercicio de su cargo<sup>922</sup>.

El TS se ha pronunciado al respecto en diversas ocasiones, y en este sentido podemos mencionar la Sentencia de 1979 que señala: “(...) el delito de cohecho es un delito formal o de mera actividad que se perfecciona en cuanto el agente realiza la acción típica, con independencia de que se produzca o no

---

<sup>921</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, Ediciones digitales, Sevilla, 2012, op. cit., pág. 125 y sgts.

<sup>922</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, pág. 94. En el mismo sentido, CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, ob. cit., pág. 210; OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 258; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1161.



el resultado finalísticamente perseguido”<sup>923</sup>. En la misma sentencia, el TS se refirió al momento consumativo del cohecho, afirmando que “es aquel en el que, como queda dicho, se produce la lesión del bien jurídico protegido, o sea, el acto demostrativo de la falta de honestidad del funcionario o de la intención del particular de corromperle o atentar a su integridad, siendo irrelevante para que la consumación se produzca el que tenga lugar o no la aceptación por parte de la persona a quien va dirigida la declaración de voluntad receptiva y cuya sola emisión constituye la actividad delictiva; que en caso de pacto o contrato ilícito, las partes cumplan o dejen de cumplir las prestaciones a las que respectivamente se hubiesen obligado como son la entrega de la dádiva o retribución indebida o la realización del acto o la omisión prometida”<sup>924</sup>. Como se advierte en la precitada sentencia, queda de manifiesto que desde hace ya varias décadas, el delito de cohecho es considerado un delito de mera actividad, y que requiere un resultado para que se perfeccione, además agrega como uno de los bienes jurídico protegidos, la falta de honestidad del funcionario o de la intención del particular de corromperle o atentar a su integridad, en este último caso vemos que dicha concepción ha sido ampliada y discutida en la doctrina moderna.

Siguiendo con la línea argumentativa del TS, destaca que ha mantenido su posición señalando que el cohecho es un delito de mera actividad, consumándose con la simple solicitud de la dádiva, que legislativamente tiene su correlato a modo ejemplar en el art. 419 CP<sup>925</sup>, por parte del funcionario para realizar, en el ejercicio de su cargo, una acción u omisión constitutivas de delito<sup>926</sup>, como en este caso en el que el recurrente vinculaba tal solicitud al

---

<sup>923</sup> STS 16.XI.1979. 1979/ 4504. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Manuel GARCIA MIGUEL. Fecha: 05/11/1979.

<sup>924</sup> STS 16.XI.1979. 1979/4504. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL. Fecha: 05/11/1979.

<sup>925</sup> Art. 419 del 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 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”.

<sup>926</sup> Debe entenderse adecuado a la nueva nomenclatura del precepto.

improcedente, y por ello prevaricador, archivo de un expediente tributario, que él mismo tramitaba y que es lo que se relata como probado, en la Sentencia de la primera instancia<sup>927</sup>.

La citada STS 16.XI.1979. 1979/4504 no viene sino a reafirmar lo expuesto en reiteradas ocasiones por el TS: así, en el año 2007<sup>928</sup>, señaló: “El otro elemento necesario varía en cada uno de los tipos y consiste precisamente en ese comportamiento ilícito, siendo en el caso del art. 419 del CP, el realizar una acción u omisión constitutiva de delito, bien entendido que la consumación en el tipo delictivo de cohecho pasivo propio se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa”. En definitiva, como recuerda la STS 776/2001, un delito unilateral que se consume por la mera solicitud de la dádiva, por lo que no requiere para su consumación, ni la aceptación, ni el abono, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación que, caso de realizarse, se sancionaría separadamente en concurso con el cohecho, y hay una correcta equiparación entre aquellos supuestos en los que el objeto del cohecho y una acción constitutiva de delito con los que el referido delito es una omisión, también constitutiva de delito. Así, la conducta del funcionario que por precio se compromete a abstenerse de llevar a cabo una conducta propia de su cargo.

Como vemos, la jurisprudencia ha sido prístina en determinar que la consumación del ilícito se produce al momento que se hace el ofrecimiento y este es recogido por el receptor, o cuando existe acuerdo en la realización o abstención de la conducta, aunque todavía no se produzca la determinación del agasajo a recibir<sup>929</sup>.

---

<sup>927</sup> STS 6/6/2008. N° 334/2008 RJ 2959/2008. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: José Manuel MAZA MARTIN.

<sup>928</sup> STS 7.II.2007. N° 77/2007 ROJ 793/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

<sup>929</sup> STS 361/1998. ROJ 1743/1998. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. Fecha: 16/03/1998.

De lo expuesto se colige la irrelevancia de quien tome la iniciativa en el ofrecimiento o requerimiento de la dádiva<sup>930</sup>. En este sentido, se castigan tanto las conductas del funcionario público a propia iniciativa, como aquellas que requieren una actividad de terceros; ya sea proponiendo o aceptando (sea una conducta agotada, como es la recepción de la dádiva), o sólo consumada por la aceptación de la dádiva, sin que todavía se haya verificado<sup>931</sup>.

Con las modificaciones del CP, el legislador penal ha mantenido su postura de considerar el cohecho como un delito de mera actividad, en que basta para su consumación la simple acción de solicitar, aceptar o recibir la dádiva, delito en que además dándose los presupuestos legales, ya sea por medio de algún concurso penal o simplemente en forma directa, puede llegar a responder adicionalmente por otros delitos como prevaricación o revelación de secretos u otro delito. La mera actividad como concepción debe ser naturalmente engarzada con ser un delito plurisubjetivo referido a participación e *iter criminis*, en atención a que de esta forma se puede establecer con mayor precisión la responsabilidad individual de los intervinientes en el delito.

### **A) Tentativa en el delito de cohecho**

Controvertida resulta la posibilidad de admitir la tentativa en el delito de cohecho, en casos en los cuales, por ejemplo, el ofrecimiento se realiza a través de una carta que no llega a su destinatario, evento en el cual MIR PUIG considera que es posible tanto la tentativa como el desistimiento voluntario<sup>932</sup>.

---

<sup>930</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, op. cit., pág. 75.

<sup>931</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español*, en: Red Latinoamericana de Información y Documentación en Educación RDUC (Managua– Nicaragua), N° 7, 2004, op., pág. 162.

<sup>932</sup> MIR PUIG, Santiago, en VV.AA, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Editorial Tirant lo Blanch, Colección: Tratados, Comentarios y Prácticas procesales, 1ª edición, Valencia, 02/2011, pág. 919.

Como se ha mencionado, en la jurisprudencia existe una clara uniformidad al considerar al cohecho como un delito unilateral, de mera actividad que se consuma con la solicitud del funcionario, o con el simple ofrecimiento del particular, lo que en definitiva conlleva a que se perfeccione con la realización de una conducta, sin exigir para su consumación que se produzca un resultado material, unido por relación de causalidad e imputación con el comportamiento. En consecuencia, se hace casi imposible concebir este delito en grado de ejecución imperfecto, pues si el individuo ejecuta todos los actos que la Ley pone de su cargo, el cohecho ya se habrá consumado.

Ahora bien, lo expuesto anteriormente no obsta a análisis efectuados por diversos autores, que sí conciben etapas imperfectas de comisión<sup>933</sup>, entre ellos RODRÍGUEZ PUERTA<sup>934</sup>, quien parte de la premisa de que técnicamente no hay impedimento para el delito de cohecho en sus formas imperfectas. No obstante, hace la necesaria distinción que expresa equiparación normativa entre comportamientos que, desde la perspectiva del bien jurídico, integran una puesta en peligro con aquellos otros que suponen su efectiva lesión o conculcación, impide que en la mayor parte de los casos pueda apreciarse la tentativa<sup>935</sup>. Conclusión que concordamos atendido a que el legislador penal, al tratar los ilícito de mera actividad, adelanta un juicio valorico penal, transformando etapas imperfectas, e incluso actos preparativos, elevando la acción al tipo penal consumado.

Al analizar un tipo penal de mera actividad, nos enfrentamos siempre a la disyuntiva de si concurren o no las etapas imperfectas de ejecución. La respuesta que hemos analizado, no es unívoca, atendido a que debe hacerse una pregunta preliminar antes de responder, esto es, ¿las acciones que comprenden el tipo penal, son fraccionables en el tiempo, o no?

---

<sup>933</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, págs. 239 y sgts.

<sup>934</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi, S.A., 1ª ed., Pamplona, 04/1999, págs. 257 y sgts.

<sup>935</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., págs. 257 y sgts.

Por una parte, vemos que los comportamientos consistentes en solicitar, en el caso del cohecho del funcionario, y en ofrecer, en el caso del cohecho del particular<sup>936</sup>, son susceptibles de fraccionarse mentalmente en diferentes períodos. Por ejemplo, la redacción de una carta en la que el funcionario solicita, o es el privado quien ofrece al funcionario, un beneficio irregular, mediante el mecanismo de carta, misiva que entrega en las oficinas de correos, para lo cual debe trasladarse hasta la dependencia de correos, y su posterior remisión y recepción por parte del destinatario. Hasta que esta última etapa no tenga lugar, no puede decirse que el empleado público haya solicitado a alguien un beneficio económico ni que el particular se lo haya ofrecido a un funcionario, por lo que el cohecho no estará consumado, sino sólo tentado. Solicitar algo de alguien supone que el mensaje se emita y se reciba<sup>937</sup>, no obstante haber diversas voces disonantes respecto a existencia de etapas imperfectas, como la de quienes estiman que “la consumación se reputa producida en cuanto se emite la petición”<sup>938</sup>. Ahora bien, ofrecer algo a alguien implica que la propuesta llegue a conocimiento del destinatario. Imaginemos el caso en que para el traslado de la carta que contiene la solicitud o el ofrecimiento de un beneficio económico se recurre a un intermediario, quien, tras imponerse de su contenido, denuncia el hecho o destruye el documento. O bien, el caso en que la carta enviada se pierde en el camino. En situaciones como éstas, estarán satisfechas las exigencias literales del tipo de tentativa de la figura de cohecho que corresponda. Las conductas consistentes en aceptar, en el cohecho del empleado, y en consentir en dar, en el cohecho del particular, en cuanto también suponen la recepción del mensaje, admiten fraccionamiento y cabe apreciar respecto de ellas la tentativa.

Una cosa es aceptar la existencia de una etapa imperfecta, y por tanto punible del delito de cohecho, versus el análisis de si la tentativa de cohecho presenta un desvalor tal que justifique su castigo. En otras palabras, si la

---

<sup>936</sup> Sin perjuicio la posibilidad ya vista de que sea otro funcionario el perpetrador oferente de dádiva y el receptor sea otro funcionario público, y en provecho propio o de un tercero.

<sup>937</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, pág. 240.

<sup>938</sup> GIMENO LAHOZ, Ramón/CORBELLA HERREROS, Teresa, *Delitos contra la Administración pública*. Título XIX. Delitos contra la Administración pública; contra la Administración de justicia y contra la Constitución, Bosch Icasa editorial, Barcelona, 1998, pág. 76.

tentativa tiene un grado de lesividad suficiente para el bien jurídico que se quiere proteger con la regulación del delito de cohecho. En relación con este tema, algunos autores han señalado, acertadamente a nuestro juicio, que la tentativa de cohecho, si bien puede conceptualmente admitirse, no debería ser sancionada, por encontrarse demasiado alejada del bien jurídico tutelado. Así, OLAIZOLA NOGALES manifiesta que, si bien puede afirmarse que el cohecho es un delito en que se consideran consumadas las conductas desde que los principios generales del Derecho penal suponen una tentativa (como la conducta de solicitar o la conducta de intentar corromper en el delito de cohecho activo), y que por lo tanto quedan ya bastante alejadas del bien jurídico protegido las conductas que supongan a su vez una tentativa<sup>939</sup>, éstas no tendrán el suficiente desvalor para ser castigadas en virtud del principio de fragmentariedad del Derecho Penal<sup>940</sup>.

Quizás pudiera afirmarse que dichas conductas no suponen un ataque del bien jurídico lo suficientemente grave para ser considerado penalmente relevante, partiendo del reconocimiento de la existencia de etapas imperfectas de elección del ilícito, sin que ello implique un análisis jurídico- penal, desde un punto de vista de los principios del Derecho, sobre si se debe sancionar estas conductas, por el ya vasto alejamiento de manto de resguardo que debiera otorgar el bien jurídico protegido en el delito de cohecho.

Interesante es la referencia a la doctrina alemana que hace RODRÍGUEZ PUERTA sobre la tentativa en el cohecho, al mencionar el ejemplo de la carta que envía el funcionario por correo de la solicitud de ventaja, y que es interceptada antes que sea conocida por su destinatario<sup>941</sup>, para lo cual cita a JESCHECK, quien indica que no obstante para apreciar una tentativa de cohecho en estos supuestos será necesario que por lo menos el funcionario haya mando

---

<sup>939</sup> En este caso interpretando a la autora, entendemos que sancionar la tentativa de cohecho, sería aplicar una sanción penal a una tentativa de una tentativa elevada al grado de consumado por disposición legal, lo que la alejaría en demasía la conducta del bien jurídico que se intenta proteger con este tipo penal.

<sup>940</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 406.

<sup>941</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal*, op. cit., págs. 257 y sgts.

-dirigido- la solicitud a su destinatario, esto es, que haya salido de su ámbito de disponibilidad, pues de no ser así no habría una puesta en peligro suficiente ni siquiera para apreciar la tentativa<sup>942</sup>. Asimismo, menciona que la solución propuesta por la doctrina alemana, es la de castigar al funcionario por una tentativa de cohecho, con las limitaciones antes indicadas<sup>943</sup>. A su vez, advierte que el Código penal alemán (StGB) sólo castiga la tentativa de cohecho respecto a las modalidades más graves, esto es, cuando el cohecho tiene por objeto un acto contrario a los deberes del cargo en los supuestos en que afecta la actividad jurisdiccional<sup>944</sup>.

Como ya hemos indicado, el cohecho pasivo es un delito de mera conducta o actividad<sup>945</sup>, en el cual se equiparan la recepción a la solicitud<sup>946</sup>, en que el momento para su percepción puede ser anterior o posterior a la realización del hecho del funcionario que se le requiere y este hecho ha de ser un acto (de distinta especie, según las modalidades) “relativo al ejercicio de su cargo”<sup>947</sup>, o sea, propio de su ámbito de competencia, aunque se interpreta esta competencia como genérica y no específica (salvo tal vez en la tercera de las modalidades, la de abstención de un acto debido)<sup>948</sup>. Sobre este aspecto el TS ya se había pronunciado en vigencia del CP 1944/73 en 1979, señalando que “el delito de cohecho es un delito formal o de mera actividad que se

---

<sup>942</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal*, op. cit., págs. 257. (Citando a JESCHECK en su comentario al art. 331 StGB, en LK, op. cit., pág. 15).

<sup>943</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal*, op. cit., págs. 257.

<sup>944</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal*, op. cit., págs. 257.

<sup>945</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pág. 94. En el mismo sentido, CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, op., pág. 210; OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 258; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 1161.

<sup>946</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pág. 77.

<sup>947</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El delito de tráfico de influencias, en delitos contra la Administración pública*, en ASÚA BATARRITA (coord.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 163.

<sup>948</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El delito de tráfico de influencias, en delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 163.

perfecciona en cuanto el agente realiza la acción típica, con independencia de que se produzca o no el resultado finalísticamente perseguido<sup>949</sup>.

Bajo el mismo orden de ideas, el TS se refirió al momento consumativo del cohecho, señalando que “es aquel en el que se produce la lesión del bien jurídico protegido, o sea, el acto demostrativo de la falta de honestidad del funcionario o de la intención del particular de corromperle o atentar a su integridad, siendo irrelevante para que la consumación se produzca el que tenga lugar o no la aceptación por parte de la persona a quien va dirigida la declaración de voluntad receptiva y cuya sola emisión constituye la actividad delictiva; que en caso de pacto o contrato ilícito, las partes cumplan o dejen de cumplir las prestaciones a las que respectivamente se hubiesen obligado como son la entrega de la dádiva o retribución indebida o la realización del acto o la omisión prometida<sup>950</sup>.

El TS reafirma unos años después la postura antes expuesta al señalar que se trata de un delito formal, que encuentra su acción consumativa en cuanto el agente logra la realización de la acción típica, aun cuando no se haya producido en todos sus efectos el resultado apetecido o proyectado y que habida cuenta del bien jurídico protegido, de que se hizo mención, basta la declaración de voluntad de corromper o corromperse, aun cuando la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa no se hubieren aceptado, unido al dolo específico de corrupción del funcionario<sup>951</sup>.

En el mismo sentido, el TS ha destacado que “la dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio, es un delito unilateral, de mera actividad que se consume 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

---

<sup>949</sup> STS 16.XI.1979. ROJ 4504/1979 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL. Fecha: 16/11/1979.

<sup>950</sup> STS 16.XI.1979. ROJ 4504/1979 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL. Fecha: 16/11/1979.

<sup>951</sup> STS 16.XI.1981. ROJ 4799/1981. Sala de lo Penal. Ponente: Juan LATOUR BROTONS.



la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación (SS. 776/2001<sup>952</sup> 1114/2002.<sup>953</sup>) 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<sup>954</sup>.

En relación con este último aspecto, la jurisprudencia más reciente ha señalado lo siguiente: “en cuanto que la infracción enjuiciada se comete y consume con la simple solicitud de la dádiva (vid. art. 419 CP) por parte del funcionario para realizar, en el ejercicio de su cargo, una acción u omisión constitutivas de delito, como en este caso en el que el recurrente vinculaba tal solicitud al improcedente, y por ello prevaricador, archivo de un expediente tributario, que él mismo tramitaba y que es lo que se relata, como probado, en la Sentencia de la primera instancia<sup>955</sup>”.

En el mismo sentido, el TS afirma que “el otro elemento necesario varía en cada uno de los tipos y consiste precisamente en ese comportamiento ilícito, siendo en el caso del art. 419 realizar una acción u omisión constitutiva de delito, bien entendido que la consumación en el tipo delictivo de cohecho pasivo propio se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa. En definitiva, como recuerda la STS 776/2001, un delito unilateral que se consume por la mera solicitud de la dádiva, por lo que no requiere para su consumación, ni la aceptación, ni el abono, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación que, caso de realizarse, se sancionaría separadamente en concurso con el cohecho,

---

<sup>952</sup> STS 776/2001 ROJ 3750/2001. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. de Fecha: 08/05/2001.

<sup>953</sup> STS 1114/2002 ROJ 4287/2002. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA. De Fecha: 12/06/2002.

<sup>954</sup> STS 16.XI.2006. Nº 1096/2006 ROJ 7838/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

<sup>955</sup> STS 7/2/2007. Nº 77/2007 ROJ 793/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

y hay una correcta equiparación entre aquellos supuestos en los que el objeto del cohecho y una acción constitutiva de delito con los que el referido delito es una omisión, también constitutiva de delito. Así se clasifica la conducta del funcionario que por precio se compromete a abstenerse de llevar a cabo una conducta propia de su cargo<sup>956</sup>.

Como se ha visto en toda la jurisprudencia existente a lo largo de las últimas décadas, queda claramente asentado que es independiente quien tome la iniciativa<sup>957</sup>, castigándose las conductas del funcionario a iniciativa del propio funcionario (solicitar) y otras que presuponen una actividad de terceros (recibir, aceptar), conductas que unas veces implican una entrega más próxima (recibir dádiva, regalo o retribución) y otras más remota (aceptar promesa)<sup>958</sup>.

La consumación se produce, siguiendo a MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, 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 particular, aunque por ejemplo no se haya concretado definitivamente el quantum de la dádiva o la precisa forma que va a revestir la acción u omisión objeto del cohecho<sup>959</sup>. En la reforma al CP de 2010, esta situación no se modificó y por ello el cohecho sigue siendo un delito de mera conducta que se consume con el simple hecho de solicitar, aceptar o recibir la dádiva, por lo cual, el funcionario deberá responder también por el delito cometido como prevaricación o revelación de secretos u otro delito<sup>960</sup>.

---

<sup>956</sup> STS 7/2/2007. Nº 77/2007 ROJ 793/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

<sup>957</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, pág. 75.

<sup>958</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código penal de 2007*, en ARANGÜENA FANEGO, Coral / SANZ MORÁN, Ángel José (Coordinadores), *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, op. cit., pág.162.

<sup>959</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1229. *Vid.* STS 16.III.1998.

<sup>960</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1229.

Más controvertida resulta la posibilidad de admitir la tentativa en el delito de cohecho, en casos en los cuales, por ejemplo, el ofrecimiento se realiza a través de una carta que no llega a su destinatario, evento en el que MIR PUIG considera que es posible tanto la tentativa como el desistimiento voluntario, por lo que teniendo presente el carácter unilateral del delito de cohecho determina el momento consumativo de esta conducta punible, pues siendo un delito de mera conducta no requiere un acuerdo, sino que basta incluso solamente con el intento de corromper al funcionario público para consumir este delito, sin que sea necesaria la aceptación de este último<sup>961</sup>.

Al castigarse autónomamente una forma de consumación anticipada como el intento de corromper, es difícil concebir formas de imperfecta ejecución<sup>962</sup>. Se estima que el delito se consuma con el simple ofrecimiento dirigido a corromper al funcionario, siempre y cuando el ofrecimiento llegue a conocimiento del funcionario, pues en caso negativo se configurará solamente una tentativa.

En relación con este tema, existe un pronunciamiento del TS en el que señala que “por ello debe entenderse que tanto el art. 425 como el art. 426 del CP, tipifican conductas consideradas como cohecho pasivo impropio que no ostentan la condición del delito necesariamente bilateral (SS. 2215/93 de 7.10, 692/97 de 7.11), 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”<sup>963</sup>.

La AP de Madrid ha afirmado: “la nueva ubicación sistemática del art. 423 CP (1995) respecto del anterior art. 391 CP (1973), tras las modalidades agravadas de cohecho (arts. 419, 420 y 421 CP (1995), ha sido interpretada por un relevante sector doctrinal en el sentido de que el art. 423 CP(1995), que

---

<sup>961</sup> MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 919 - 926.

<sup>962</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *Corrupción y delitos contra la Administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español*, op. cit., pág. 168.

<sup>963</sup> STS de 8-VI-2006. Nº 636/2006 ROJ 3642/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

contempla el cohecho del particular, sólo es proyectable a las modalidades que lo preceden, excluyendo, por tanto, su aplicación respecto de los tipos de cohecho impropios tipificados en los arts. 425 y 426 CP (1995)<sup>964</sup>.

No obstante, no cualquier oferta puede llegar a consumar el delito de cohecho, sino que es necesario que la misma sea clara, determinada y dirigida a un funcionario concreto. En este sentido, no basta una oferta vaga y confusa o simplemente que realice el acto material de ofrecer o prometer; es necesario que sea consciente de que el funcionario ha advertido y comprendido el alcance del aludido ofrecimiento<sup>965</sup>. La simple aceptación de la oferta por parte del destinatario, es suficiente para la consumación del delito, toda vez que, para ser funcionario o autoridad pública, es un mínimo requerido que éste entienda las obligaciones y retribuciones que trae aparejado su cargo.

Interesante resulta la posibilidad de instigador que puede darse en el cohecho activo, que, al ser un delito de mera conducta, es posible que el partícipe cometa también como inductor el delito para el cual realizó el soborno, lo cual se deja más explícito en la reforma, específicamente en el núm. 1 del art. 424 CP, pues indica que la responsabilidad del particular por el delito de cohecho se establece sin perjuicio de su responsabilidad como inductor en el delito que eventualmente cometa la autoridad o funcionario. Tomada esa decisión, probablemente lo coherente habría sido la mención también en el núm. 2 de la responsabilidad como cooperador<sup>966</sup>.

## **B) Consumación delictiva**

El delito está consumado cuando el autor realizó con su actividad todas las exigencias del tipo penal, esto es, cuando el bien jurídico tutelado se ha

---

<sup>964</sup> SAP Madrid 10.VII.2007. N° 97/2007 ROJ 12900/2007. Audiencia Provincial. de Madrid N° Recurso: 44/2001. Fecha: 10/07/2007.

<sup>965</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, págs. 122 a 123.

<sup>966</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código penal de 2007*, en ARANGÜENA FANEGO, Coral / SANZ MORÁN, Ángel José (Coordinadores), *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, op. cit., pág. 192.

menoscabado o puesto en peligro lo suficiente, más el resultado material, aunque el agente no haya conseguido los eventuales propósitos que perseguía con la perpetración del delito, o tipo penal agotado<sup>967</sup>. O desde otro punto de vista cuando el sujeto no sólo infringe la norma, realiza todos los actos que producen resultado, sino que además éste tiene lugar<sup>968</sup>.

Es relevante relacionar el dato del agotamiento del delito no en cuanto a determinación del *iter criminis*, sino en cuanto a la extensión de daño causado, a fin de ponderarse como un elemento relevante de cuantificación penal en concreto a aplicar, y las repercusiones civiles que además puede traer aparejada por las indemnizaciones que estas mismas pueden conllevar.

---

<sup>967</sup> MATUS, Jean Pierre, en VV.AA., *Lecciones de Derecho penal chileno*, 2ª ed., op. cit., pág. 370.

<sup>968</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, op. cit., pág. 248.



## CAPÍTULO VIII

### LA INTERVENCIÓN DELICTIVA, CONCURSO Y PROPUESTAS POLÍTICO-CRIMINALES

#### I.- Sujetos activos del delito de cohecho y cualidades personales

##### A) Planteamiento

Las distintas modalidades de cohecho, tanto en lo que se refiere a la descripción del sujeto activo en los delitos de cohecho de funcionarios (art. 420 a 422 CP), como a la descripción del sujeto que recibe la oferta o entrega de la retribución en el cohecho de particulares (art. 424 CP), no quedan limitadas al concepto estricto que de autoridad o funcionario públicos delimitan los arts. 24 y 424 del CP. Se aplica también a otras personas: las previstas en el art. 423 CP, que amplía el círculo de autores que pueden cometer los delitos de cohecho de los arts. 419 a 422, como personas asimiladas a las autoridades y funcionarios públicos<sup>969</sup>, las descritas en el art. 427 CP, que establece como funcionario 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, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública, y finalmente cualquier funcionario o

---

<sup>969</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen / ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina / MESTRE DELGADO, Esteban / RODRÍGUEZ NUEZ, Alicia, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex Editorial, Madrid, 2015, pág. 749.

agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública. El art. 423 CP y el art. 427 CP inciden en una ampliación conceptual no de la noción de autoridad, sino de funcionario público<sup>970</sup>.

De esta manera, el art. 427.1 (redactado por la LO 1/2015) ha extendido la aplicación del delito a nivel internacional, y el art. 427 bis (igualmente incorporado al CP por la LO 1/2015) prevé que una persona jurídica pueda ser también autora de un delito de cohecho (debe entenderse en su forma activa, ya que, a tenor del art. 31 quinquies, las disposiciones relativas a las responsabilidades penales de las personas jurídicas no son aplicables al Estado ni a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, ni a los organismos reguladores, ni a las agencias y entidades públicas empresariales, ni a las organizaciones internacionales de derechos públicos, ni a cualquier otra que ejerza potestades públicas de soberanía o administrativas)<sup>971</sup>.

No obstante, la normativa que hace aplicable las penas del cohecho a los funcionarios de la UE o funcionarios de otros Estados miembro de la UE adopta la forma de ley penal en blanco, al remitirse en parte al Derecho de la UE y, en su caso, al de países de la UE. Como la multiplicidad de ordenamientos permite albergar diferencias conceptuales sobre un presupuesto de la pena, ha de entenderse esta remisión referida a quienes puedan ser catalogados a efectos penales como funcionarios. De esta forma permite coordinar, sin quiebra del principio legalidad constitucionalmente superior, el sujeto activo de este delito. Con los funcionarios europeos propiamente dichos (art. 427.1.1º) y los funcionarios ad hoc (art. 427.1.2º y 3º) esos requisitos se cumplen de inmediato. Como ello podría ser discutible respecto de los funcionarios nacionales de otro Estado miembro, se contiene una previsión, en el sentido apuntado, en Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha

---

<sup>970</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 389

<sup>971</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen / ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina / MESTRE DELGADO, Esteban / RODRÍGUEZ NUEZ, Alicia, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex Editorial, Madrid, 2015, pág. 749.



contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Comunidad europea o de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>972</sup>.

El cohecho un delito especial en que el sujeto activo viene especialmente determinado por la autoridad o funcionario público, pero con la particularidad de la cláusula extensiva respecto a los sujetos responsables prevista en el art. 423 del CP, que hace aplicable la regulación del cohecho a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, y cualquiera persona que participe en el ejercicio de la función pública. Se trata con ello de equiparar, a los solos efectos punitivos del delito de cohecho pasivo propio, en la consideración de funcionarios o autoridades a particulares que participen en el ejercicio de la función pública en atención a la especial cualificación o situación que tiene y a su necesidad para la propia Administración, previa habilitación legal<sup>973</sup>.

El delito de cohecho se consuma con la aceptación o recepción de la dádiva, y en el caso de concurrir el funcionario o autoridad, por un lado, y el particular, por otro, que actúan de manera complementaria, no participan técnicamente en la conducta de otro, uno solicitando uno y otro aceptando, o entregando uno y recibiendo el otro, y cada uno de los autores responde de un delito propio y específico, en el que otro no es partícipe. De esta manera, los particulares responden de los delitos de cohechos activos, en tanto que los funcionarios y autoridades responden de los delitos de cohecho pasivos. Todas estas figuras admiten la participación de otras terceras personas, sean o no funcionarios o autoridades, en los términos de los art. 28 y 29 del Código<sup>974</sup>.

Es también relevante la figura del tercero o *extraneus* que puede ser un sujeto ajeno a la función o un funcionario que no tiene poder de decisión sobre

---

<sup>972</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1161.

<sup>973</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo / DEL ROSAL BLASCO, Bernardo / GONZÁLEZ RUS, Juan José / PERIS RIERA, Jaime / SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José / OLMEDO CARDENETE, Miguel / BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 956.

<sup>974</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen / ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina / MESTRE DELGADO, Esteban / RODRÍGUEZ NUEZ, Alicia, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, Colex Editorial, Madrid, 2015, pág. 749.

el objeto materia del cohecho, y su función se circunscribe a coadyuvar a la consecución de los fines de corrupción. Al carecer del poder de decisión, en estos casos estaría actuando como cooperador necesario<sup>975</sup>, a diferencia del particular que mediante el soborno induce a la corrupción al funcionario y comete su propio delito de cohecho, en este caso de cohecho activo del art. 424 del CP<sup>976</sup>.

## **B) Delimitación del concepto típico de funcionario público**

De manera simplemente introductoria y tomando como único referente el tenor literal de las normas que regulan el ilícito de cohecho en sus distintas modalidades, los sujetos potencialmente intervinientes en este delito son: a) el particular susceptible de entregar la retribución y b) la autoridad o funcionario susceptible de ejecutar la contraprestación; y, de manera contingente: c) el beneficiario de la retribución, que pueda ser persona distinta al funcionario, y d) el solicitante o receptor de la retribución, que también pueda ser el propio funcionario o un tercero. Expresamente, no se incluye en el tenor literal de estos preceptos la concreta previsión de la concurrencia de otros sujetos, que también podrían estar presentes, como son, por un lado, e) un tercero que

---

<sup>975</sup> Vid. STS de 21-12-1999 (caso Roldán) N° Sentencia: 1493/1999. ROJ 8670/1999. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. N° Recurso: 1174/1998. Fecha: 21/12/1999. Tipo Resolución: Sentencia. En caso Roldán los hechos referentes al cohecho consistieron en que Luis Roldán, en su mandato como director general de la Guardia Civil, adulteró el mecanismo legalmente establecido para la contratación pública de las obras a realizar en dicho organismo, abusando del sistema de adjudicación directa que, por razones de seguridad y urgencia, establecía la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, hoy derogada. De esta forma decidía personalmente, con carácter previo a la formalización del expediente, las adjudicaciones de obras de la Guardia Civil, que se convertían así en una mera cobertura de una decisión ya adoptada de antemano, exigiendo a las empresas constructoras el pago de una comisión de un tanto por ciento del importe de la adjudicación, en unos casos, o de cantidades alzadas en otros, marginando el procedimiento legal de selección de empresas licitadoras, contando para ello con la eficaz colaboración del procesado Jorge Esparza Martín, quien, en unos casos, se encargaba directamente de percibir las comisiones, y, en otros, de presentar los talones emitidos por las empresas constructoras para su canje en la sucursal 4022 del BBV por cheques bancarios, que se fraccionaban y entrecruzaban con otros. y de 31-7-2006. N° Sentencia: 842/2006. ROJ 6187/2006. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Siro Francisco GARCIA PEREZ. N° Recurso: 409/2005. Fecha: 31/07/2006. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>976</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1161.

oferte o entregue la retribución en nombre del particular y, por otro, f) un eventual tercero beneficiario de la contra presentación de la autoridad o funcionario diferente al particular que entrega la retribución<sup>977</sup>.

El concepto de funcionario público<sup>978</sup>, en el aspecto subjetivo o personal, es determinado por la especial cualidad o condición que de entre los intervinientes corresponde al funcionario público, que es por antonomasia el protagonista de las relaciones administrativas, al ser un delegado que arbitra para relacionarse con el administrado, tomando la representación en forma física de una persona jurídica, como es la Administración Pública.

Siguiendo con la ilación del concepto de funcionario, el artículo 24 del CP<sup>979</sup> alude a un concepto positivo de funcionario público y de autoridad. Es así que se formula una frase absolutamente omnicomprendiva de esta postura: “No todos los funcionarios públicos son autoridad, pero todas las autoridades son funcionarios para efectos penales”<sup>980</sup>. La delimitación administrativa de funcionario (empleado) público la ofrece el art. 8 de la LFCE, que conceptualiza y determina las clases de empleados públicos<sup>981</sup>.

---

<sup>977</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 387.

<sup>978</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, Ediciones digitales, Sevilla, 2012, págs. 31 y sgts.

<sup>979</sup> Artículo 24 del CP: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

<sup>980</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *ibidem*.

<sup>981</sup> Art. 8 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado: 1. Son empleados públicos quienes 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. d) Personal eventual.

En el mismo sentido, citando jurisprudencia del TS, se señala<sup>982</sup> que entre los requisitos copulativos para configurar el cohecho, extraídos de la propia norma sustantiva se encuentran: a) la cualidad en el sujeto activo de la condición de autoridad o de funcionario público y el ejercicio de funciones públicas por parte del mismo; b) la aceptación por éste de regalo o dádiva; c) conexión causal entre la entrega de dicha dádiva o regalo y la función de autoridad o funcionario, pues la finalidad de la dádiva o regalo ha de ser en atención a su cargo o función (STS 362/2008, de 13 de junio, STS 478/2010, de 17 de mayo).

Vemos interesante la propuesta que manifiesta<sup>983</sup> que en el CP vigente para determinar la condición de funcionario público se atiende a diversas perspectivas, y no sólo para configurar tipos específicos de cuya autoría sólo puede ser responsable quien reúna dicha condición. Las cuestiones de la negligencia profesional, de la especial posición de garante de la indemnidad de determinados bienes jurídicos y de la agravación de pena en delitos comunes, por la mayor facilidad comisiva que tal condición puede implicar o por el mayor reproche que cabe hacer, cuando el delito se comete por quien está encargado de tutelar el correcto funcionamiento de la Administración o, al menos, de ayudar al mismo y no por un mero particular, son todos ellos aspectos que también el legislador tiene en cuenta.

Al hacer referencia a un delito especial, en que el sujeto activo viene especialmente determinado por ser autoridad o funcionario público, la legislación tradicional era limitante respecto del sujeto activo, pero actualmente, en la modalidad de cohecho pasivo propio, presenta la particularidad de la cláusula extensiva que con respecto a los sujetos responsables contiene el art. 423 del CP<sup>984</sup>, que amplía el ámbito de los sujetos

---

<sup>982</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo / DEL ROSAL BLASCO, Bernardo / GONZÁLEZ RUS, Juan José / PERIS RIERA, Jaime / SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José / OLMEDO CARDENETE, Miguel / BENÍTEZ ORTÚZAR Ignacio, *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, págs. 961 y sgts.

<sup>983</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *El funcionario público ante el Derecho penal*, en “Revista jurídica de Castilla y León”, ISSN 1696-6759, N.º. 20, enero de 2010, pág. 13.

<sup>984</sup> Artículo 423 del CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados

determinados por la LO 5/2010, aglutinando a cualquiera persona que participe en el ejercicio de la función pública.

No obstante lo expuesto, es necesario hacer una mención a la modificación introducida por la LO 5/2010, especialmente al art. 423 de CP, con la llamada inclusión de la cláusula de equiparación a funcionario públicos, que lo que hace es entender los efectos penales, en una regulación destinada primitivamente a exclusivamente funcionarios públicos en el cumplimiento de sus funciones, ahora aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualquier persona que participe en el ejercicio de la función.

En Derecho comparado el concepto tradicional de autoridad, funcionario público y empleado público también ha ido experimentando actualizaciones varias, atendido no sólo a la evolución interna de la dogmática sobre el punto, sino que adicionalmente a las cada vez más crecientes relaciones internacionales, sean comerciales, políticas sociales etc., que ha conllevado a que funcionarios de los Estados, participe cada vez con mayor intensidad de organismo internacionales como por ejemplo el Parlamento Europeo y otros, que veremos en la sección dedicada al cohecho internacional.

Desde un punto de vista jurisprudencial, también se ha tratado la cualidad de funcionario. Así, las Sentencias del TS de 2007<sup>985</sup> y 2011<sup>986</sup> señalan que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, no obstante esta problemática, quedó zanjado con la modificación por LO 1/2015, que estableció expresamente introduciendo un nuevo artículo 286 ter del CP, que para determinar la calidad de funcionario público deberá estarse a lo conceptualizado en los art. 24 y 427 del CP. Por una

---

judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.

<sup>985</sup> STS N° 1030/2007. ROJ 8289/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Ponente: Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA. N° Recurso: 759/2007. Fecha: 04/12/2007. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>986</sup> STS N° 1125/2011. ROJ 7290/2011. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. N° Recurso: 972/2011. Fecha: 02/11/2011. Tipo Resolución: Sentencia.

parte, el art. 24 hace una enumeración meramente indicativa, para posteriormente incluir una cláusula ampliada, muy similar a la del art. 424 entendiéndose como autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia, los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, los funcionarios del Ministerio Fiscal, y en definitiva 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. Por otra, el art. 424.1 del CP complementa la norma anterior al aludir, indistintamente de la denominación, a autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública. Vemos que el concepto se amplió al hacer referencia a la participación en funciones públicas, con independencia de requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, lo que es ratificado en diversas ocasiones en la vía jurisprudencial por el TS<sup>987</sup>, y aquella participación en las funciones públicas puede serlo -como expresa la STS 22-4-2003- tanto en el Estado, Entidades locales, Comunidades autónomas, e incluso en la llamada Administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que “cualquier actuación de estas entidades donde existe un interés público responde a este concepto amplio de función pública. Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso, en la categoría por modesta que fuera, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión, ni aún la estabilidad o temporalidad (STS 4.12.2001).

---

<sup>987</sup> STSS. Nº1292/2000. ROJ 1292/2000. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín GIMENEZ GARCIA. Nº Recurso: 2002/1998. Fecha: 10/07/2000. Tipo Resolución: Sentencia; STS Nº 68/2003. ROJ 403/2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA. Nº Recurso: 2625/2001 -- Fecha: 27/01/2003. Tipo Resolución: Sentencia; STS Nº 333/2003. ROJ 1354/2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Carlos GRANADOS PEREZ. Nº Recurso: 3208/2001 -- Fecha: 28/02/2003. Tipo Resolución: Sentencia, y STS Nº 663/2005. ROJ 3276/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Nº Recurso: 2428/2003. Fecha: 23/05/2005. Tipo Resolución: Sentencia.

Mencionaremos brevemente el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de concepto de funcionario público en Chile. El concepto de “empleado público” también debe entenderse en su acepción amplia de los conceptos vertidos en la norma sustantiva, esto es, funcionario y autoridad, contenidos en el artículo 260 del CPCH<sup>988</sup>, que requiere dos elementos constitutivos principales, por una parte, que debe ejercer un “cargo o función pública”, y que dicha tarea debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular.

A efectos del Código penal, es empleado público no sólo quien ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o transitorio, sino también quien ejerce una “función pública”. En efecto, si bien para el Estatuto Administrativo no son funcionarios públicos quienes se desempeñan sobre la base de honorarios, sí lo son para efectos penales, toda vez que la norma aludida extiende el concepto de “empleado público” a quienes ejercen una “función pública”, y no ya sólo a la Administración del Estado, sino también a otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado.

Como hemos podido apreciar, no sólo pueden cometer delitos ministeriales quienes ocupan un cargo público sino también quienes adscriben a una “función pública”, incluyendo a todos los que cumplen tareas en el sector público, con el sólo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, englobando la función pública legislativa, administrativa y judicial, resultando irrelevante que el empleado ocupe o no un cargo público, o que lo sirva a honorarios o incluso “*ad honorem*”<sup>989</sup>.

---

<sup>988</sup> Libro II. De los crímenes y simples delitos y sus penas, Título V. De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, Párrafo § 13. *Disposición general*. Art. 260. Del CPCH Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

<sup>989</sup> Rol N° 2.321-07 CORTE SUPREMA de Chile, 19 mayo de 2008. Caratulada “c/ Carlos Cruz Lorenzen y otros” [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).

No obstante, la opinión casi unánime de la jurisprudencia sobre la comunicabilidad de la función pública, en el fallo citado previamente, hubo votos disidentes, quienes estiman que, en los tipos calificados impropios las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico, no se comunican a quienes no reúnen la calidad de funcionario público. No obstante, a nuestro juicio no deja de ser interesante la posibilidad de comunicar al *extraneus* alguna cualidad personal del sujeto.

No obstante, el tribunal Supremo en las condiciones expuestas resuelve que no resulta comunicable a un particular la condición de empleado público de uno de los coautores, puesto que tal circunstancia es una condicionante de la culpabilidad inherente a la conducta del delito de fraude al fisco, razón por la cual el *extraneus* es autor del delito de estafa.

### **C) Concepto ampliado de funcionario público**

La modificación del CP establecida por la LO 1/2015 incluyó expresamente, al introducir un nuevo artículo 286 ter, la determinación de la calidad de funcionario público a efectos penales, debiendo estarse a lo dispuesto en los arts. 24 y 427 del Código.

Los arts. 420 al 424 CP se refieren a la descripción del sujeto activo, en los delitos de cohecho de funcionarios, así como a la descripción del sujeto que recibe la oferta o entrega de la retribución, en el delito de cohecho de particulares. Al ser una norma especial, no quedan sujetos a la limitación conceptual del art. 24 del CP<sup>990</sup>, que traía aparejada diversas limitaciones, por lo que el artículo 286 ter vino en ampliar aun más la conceptualización de funcionario al realizar no sólo un reenvío al art. 24 sino además una modificación del art. 424. De esta forma, al no quedar limitado el concepto a

---

<sup>990</sup> Artículo 24 del CP: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.



las normas generales, las figuras delictivas tratadas bajo el cohecho pueden ser aplicables a otros sujetos. Así, a modo de ejemplo, el artículo 423 del CP (modificado por Art. 123 LO 5/2010 y LO 1/2015) hace extensivo el singular estatus del sujeto activo de estos delitos a jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública<sup>991</sup>.

Esta cláusula extensiva ha sido calificada por algunos como “una desorbitada extensión de la fórmula legal de sujetos activos posibles del cohecho propio del funcionario público”<sup>992</sup>, advirtiendo que la condición de funcionario público no debe desvirtuarse extensivamente, por una pretendida proyección de funcionalidad programática, a toda persona que, por cualquier

---

<sup>991</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 391.

<sup>992</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, Ediciones digitales, Sevilla, 2012, pág. 133. El catedrático de Sevilla estima, al referir y hacer un acertada crítica, a nuestro juicio, a la ampliación del concepto de funcionario público, que la participación en el ejercicio de la función pública sin causa legal legitimadora para ello no sólo no confiere el carácter de funcionario público a quien así interviene, sino que incluso puede constituir una hipótesis de ilegítimo ejercicio de la función, susceptible de concretar un tipo usurpatorio de competencias funcionales (*v.gr.*, quien aparece ante la colectividad ocupando asiduamente un despacho oficial como si fuera funcionario sin serlo). La fórmula “o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública” por su mera proclamación formal no implica que se legitime la actuación de todos los sujetos que en algún modo y circunstancia intervengan en la función. Debe ser entendida en el sentido de presuponer que tal participación sea conforme a Derecho.

En la medida en que no puedan ser reconocidos al concepto de autoría quienes formal y materialmente se equiparan con fundamentos legitimadores de la legalidad de su intervención al servidor de la causa pública, se atentará contra los principios de certeza y seguridad jurídica y quedará comprometida la constitucionalidad del precepto incriminador en los extremos indicados (CASAS BARQUERO, *l.u.c.*). Una vez requeridas las condiciones legales, formal y materialmente legitimadores de la intervención en el ejercicio de la actividad de la función pública por parte de quienes *de facto* desempeñen una actividad de esta naturaleza para poder equipararse a los funcionarios públicos, mayor dificultad interpretativa sustenta –desde la óptica de las garantías legales de la titularidad de la función pública– la referencia a los árbitros, peritos y demás participantes en el ejercicio del oficio público. Los particulares quedan radiados de la esfera de los funcionarios, y no son subsumibles en ninguna de las hipótesis de legitimación para el desempeño de la función pública. La norma prevé una noción extensiva del funcionario público sólo para determinados sujetos que tienen cierta intervención en procedimientos a través de los que se articula la actividad de la Administración.

concepto y en cualquier situación, de algún modo tome parte en el desempeño de una actividad correspondiente al ejercicio de la causa pública.

Ahora bien, la concepción amplia que estamos analizando no queda circunscrita al ámbito nacional de España, como es el art. 427 CP, al hacer aplicable la figura de corrupción analizada 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, y aun ampliando más el concepto, al determinar su aplicación a cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública, y finalmente a cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública, tanto a los funcionarios de la Unión Europea como a los funcionarios de otro país miembro de la Unión Europea.

Sobre esta ampliación del concepto, la técnica legislativa empleada para incorporar los tipos penales antes descritos, atendida la ampliación del concepto general de funcionario público, no ha podido ser más desafortunada<sup>993</sup>. “Atendido a que, por una parte la relación con la extensión de este concepto a las personas que de cualquier modo participen en el ejercicio de la función pública, se ha utilizado una diferente vía para los delitos de cohecho ha utilizada ha sido la de incluir al final de la descripción de estos tipos sancionadores una cláusula de extensión del concepto en el art. 423 CP, que expresamente refiere esa ampliación sólo a “lo dispuesto en los artículos precedentes” y, por tanto, exclusivamente a los art. 420 a 422 CP, que son los delitos de cohecho de funcionarios. Sin embargo, en lo que se refiere al cohecho de particulares, la construcción técnica ha sido diferente, toda vez que se ha optado por incluir directamente junto al concepto de autoridad y funcionarios público, la de “persona que participe en el ejercicio de la función pública”. En segundo lugar, y en contraposición con lo anterior, la ampliación de la tipicidad a los funcionarios de la UE y del resto de Estado

---

<sup>993</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 392.

miembros de la UE se ha hecho mediante la cláusula general del art. 427.1 CP, en que se establece su aplicabilidad a ambos grupos de delitos mediante las referencias, para el cohecho de funcionarios, a “cuando los hechos sean imputados” y, para el cohecho de particulares, a “cuando los hechos (...) afecten a”. En todo caso, lo que sí ha quedado claro con la nueva reordenación de los delitos de cohecho producida por la LO 5/2010, es que esta eventual aplicación del concepto de funcionarios se aplica en relación con todas las modalidades de cohecho, despejando las dudas interpretativas planteadas antes de la citada reforma de que quedaba limitada su aplicación sólo al denominado cohecho propio como modalidad más grave de este delito”.

En el mismo sentido, se ha puesto de manifiesto<sup>994</sup> la equiparación, a los solos efectos punitivos del delito de cohecho pasivo propio, de la consideración de funcionarios o autoridades a particulares que participen en el ejercicio de la función pública en atención a la especial cualificación o situación que tiene y a su necesidad para la propia Administración, previa habilitación legal, sujeto pasivo del delito. En el primero de los casos se sanciona al particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase, a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, que contiene no exclusivamente los sujetos específicos del cohecho pasivo, sino también los comprendidos por la extensión que de ellos hace el art. 423 del CP.

Sobre la norma aludida la doctrina es casi unánime en establecer que el art. 423 del CP amplía el círculo de autores que pueden cometer los delitos de cohecho previstos en los arts. 419 a 422 del CP a personas asimiladas a las autoridades y funcionarios públicos, pues estima como tales, a estos efectos, a los cargos y personas que contempla la norma, y que el art. 427 del CP ha extendido la aplicación del delito a los funcionarios o agentes de la Unión Europea o de una organización internacional pública, y a las personas que ejercen una función pública u ostentan un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial, en un país de la Unión Europea o cualquier otro país

---

<sup>994</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 961.

extranjero, incluidos organismos públicos, empresas públicas y organizaciones internacionales públicas; y además el art. 427 bis del CP, incorporado por la LO 1/2015, prevé que una persona jurídica pueda ser también autora de un delito de cohecho (debe entenderse en su forma activa, ya que, conforme establece el art. 31 quinquies del CP, las disposiciones relativas a las responsabilidades penales de las personas jurídicas no son aplicables al Estado ni a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, ni a los organismos reguladores, ni a las agencias y entidades públicas empresariales, ni a las organizaciones internacionales de derechos públicos, ni a cualquier otra que ejerza potestades públicas de soberanía o administrativas<sup>995</sup> .

El concepto ampliado por la modificación de la LO 5/2010, incrementando el concepto de funcionario público, y que está erigida técnicamente sobre la base de incluir, unidas por una conjunción adversativa, una relación nominal cerrada de actividades singulares, como es el caso de jurado, árbitro etc., y una cláusula material abierta, al establecer cualquier otro participe de la función pública. En la forma prevista por la modificación se produce una diversificación de la disyuntiva interpretativa. En primer lugar, al considerar que estos dos grupos tienen una relativa autonomía conceptual, de modo tal que, con independencia de que respecto de alguna de las actividades singulares pueda afirmarse el ejercicio material de una función pública, no resultaría necesario que desarrollaran funciones públicas para estar dentro del ámbito de aplicación de estos delitos. Por otro lado, entender la concepción resultado de la ampliación de los intervinientes como sujetos participes en el ejercicio de la función pública y que la relación nominal no es más que una descripción singularizada y ejemplificadora de funciones públicas. Cualquiera de las dos posibilidades interpretativas plantea serias disfunciones. Es por ello que parece más adecuado sostener una tercera posibilidad interpretativa integradora del precepto conforme a la cual, asumiendo que la descripción nominal de actividades puede referirse con toda normalidad a funciones de carácter estrictamente privado, sólo resultan incluidas dentro del ámbito de aplicación del cohecho cuando, efectivamente supongan la participación en el

---

<sup>995</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen, en VV.AA., *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3ª edición, op. cit., pág. 749.

ejercicio de la función pública<sup>996</sup>. Con ello se asume la objeción inevitable de que una interpretación de esta característica hace a esta cláusula innecesaria por redundante, toda vez que no añadiría nada nuevo a la definición auténtica de funcionario público incluida en el art. 24.2 del CP. No obstante, la ampliación en términos generales sea considerado como algo positivo, la doctrina cuestiona frente a la reforma que no se haya consagrado también la aceptación del funcionario, reconociendo como positivo que en relación con el cohecho pasivo impropio también se hayan incluido a los sujetos contemplados en el artículo 423 del CP<sup>997</sup>.

En el análisis de esta normativa, se ha estimado<sup>998</sup> que el CP de 1995, al establecer que la cláusula de ampliación del artículo 422 del CP (hoy 423), lo hizo sin ser consciente de que empezaba a convivir con la genérica del art. 24 CP. Sin embargo, no puede descartarse esa posibilidad, toda vez que la inclusión de la mención de la mención en el entonces art. 423 a “que participen en el ejercicio de la función pública” no parece no conectarse en demasiado con la redacción utilizada en el art. 24.2<sup>999</sup> CP, a saber, “participe en el ejercicio de funciones públicas”, toda vez que hace convivir dos ideas contrapuesta con son las de función pública, que responde a un a conceptualización administrativa, y la de funciones públicas. que responde a una conceptualización más teleológica o relacionado con ella. Así pues, todavía sería posible sostener, como se mantiene aquí, que lo previsto en el art. 423 CP es redundante e innecesario con una recta comprensión del art. 24.2 del CP.

---

<sup>996</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 392.

<sup>997</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1168.

<sup>998</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 393.

<sup>999</sup> Artículo 24 del CP: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Respecto a la diferencia entre los conceptos establecidos por los arts. 22, 24, 42 y 423 del CP, en este punto vemos interesante referirnos al alcance de regulación de los 422 y 423 del CP, así como al artículo 22. 7 del CP, que trata de las agravantes, establece el “prevalerse” del carácter público que tenga el culpable, y al artículo 423 del CP, que alude a la autoridad o funcionario público reciba por sí mismo o tercero, dádiva, regalo o retribución que le fueren “ofrecidos en consideración” a su cargo o función. La básica conceptualización de los elementos rectores es importante, pues el artículo 22 del CP utiliza el verbo prevalerse, que viene de prevaler<sup>1000</sup>, cuyo significado es valerse o servirse de algo para ventaja o provecho propio. Por otra parte, el particular que efectúe una acción en consideración a la cortesía, urbanidad, demostración de respeto u obsequio<sup>1001</sup>.

Al referirnos al concepto utilizado por el articulado que agrava la penalidad, que hace una exigencia específica a para cometer un delito en particular, el sujeto activo debe, valerse o servirse de su calidad de funcionario público para agravar su responsabilidad. En otras palabras, no basta que un funcionario público cometa un delito en su calidad de tal, sino que además debe prevalerse de su calidad de funcionario para la comisión del mismo, lo que hace en definitiva que la modificatoria de penalidad, sea imposible su aplicación específica en el delito de cohecho, atendida la naturaleza del tipo penal, y los requisitos que exige para su consumación. Por su parte, el artículo 422<sup>1002</sup> del CP establece que la dádiva, regalo o retribución que le son ofrecidos en consideración a su cargo o función. Si bien a primera vista no existe una clara determinación por parte del legislador, igualando los conceptos para configurar ambas normas, entendemos que el prevalerse va implícito en el tipo penal del artículo 422 CP, toda que es en un elemento configurador del ilícito, por lo que no podría a la vez agravarse con la norma del art. 22 CP, por infringir el principio “*non bis in idem*”.

---

<sup>1000</sup> DICCIONARIO RAE, de la Real Academia Española. Ed. N° 23ª, año 2014.

<sup>1001</sup> DICCIONARIO RAE, de la Real Academia Española. Ed. N° 23ª, año 2014.

<sup>1002</sup> Artículo 422 del 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”.

La norma del art. 422 CP no puede configurarse sino es en base a la calidad de funcionario público, y dicho cargo sea determinante para exigir o aceptar la retribución ilícita, toda vez que si con su cargo puede influir en un toma de decisión, ya sea en forma personal o por intermedio de otro funcionario influenciado, ya sea favoreciendo cohechador o un tercero, o entregando un determinado bien o servicio a quien no tiene el mejor derecho y otras fórmulas, no se podría consumir el cohecho por ser un delito imposible.

El artículo 423<sup>1003</sup> del CP establece la aplicación a toda persona que participe en el ejercicio de la función pública, el art. 422 del CP utiliza el concepto en consideración a su cargo, el artículo 24.2 del CP concibe como funcionario público todo el que por disposición de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. Ante el intento legislativo del art. 423 del CP de dar un concepto preciso de la función pública o de funcionario, advertimos un concepto absolutamente omnicomprendido del sujeto activo que ejerce una función pública, por lo que es una redundancia que en nada afecta al concepto determinado por la norma más antigua.

El art. 427.1<sup>1004</sup> CP se refiere tanto a los funcionarios de la Unión Europea como a los nacionales de otros Estados miembro, aportando una definición auténtica a los únicos efectos de este delito, que no hace sino reproducir el art. 1 del Convenio de la Unión Europea<sup>1005</sup> (CUEK3), relativo a

---

<sup>1003</sup> Artículo 423 del CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.

<sup>1004</sup> Artículo 427 del CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

<sup>1005</sup> Artículo 1. Definiciones: “A los efectos del presente Convenio se entenderá por: a) «funcionario»: todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro; b) «funcionario comunitario»: - toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las

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, basado en el artículo K.3, apartado segundo letra c<sup>1006</sup>, que busca la adecuación y la compatibilización de las normas internas de los estados miembros, a fin de mejorar las normas de cooperación. Es de esta norma que nada la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación nace el CPSC<sup>1007</sup>, para tener un estatuto común, que previniera y combatiera los actos de corrupción entre los miembros de los estados europeos, las relaciones entre estos, las funciones de sus funcionarios en organismos internacionales, especialmente los creados con el advenimiento de la UE especialmente CPSC<sup>1008</sup>, y en general las relaciones internacionales

---

Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas; - toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas 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 las Comunidades Europeas. Se asimilarán a los funcionarios comunitarios 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 las Comunidades Europeas no les sea aplicable; c) «funcionario nacional»: el «funcionario» o el «empleado público» tal como se defina ese concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro. No obstante, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de «funcionario nacional» en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional”.

CONVENIO DE LA UE. 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. Hecho en Bruselas, el 26/05/1997.

<sup>1006</sup> TRATADO DE AMSTERDAM, por el que se modifican el tratado de la unión europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos. Firmado el 2 de octubre de 1997 en Ámsterdam. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997. Artículo K.3: La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá: LETRA (...) c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación.

<sup>1007</sup> Convenio Penal sobre la Corrupción (Nº 173 Unión Europea).

<sup>1008</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial*, op. cit., págs. 386 y sgts. El Convenio en su art. 1 es concluyentes en cuantos a la presentación de regular sólo los actos de corrupción en que estén implicados funcionarios de la UE o de sus Estados miembros. No obstante, su art. 4 también establece una obligación de asimilaciones tratamiento penal en la materia con el fin de que, en los casos en que el derecho nacional lo tenga así previsto para autoridades homologas, se tipifiquen también las conductas de cohecho en que estén implicados los miembros de la Comisión, del Parlamento Europeo, del



Tribunal de Justicia y del Tribunal de Cuentas de la UE. En ese sentido, había cuenta de que conforme a la definición de autoridad del 24.1 CP, no puede negarse dicha consideración a los efectos del delito de cohecho de los Ministros de Gobierno, los miembros de las asambleas legislativas, de los máximos órganos jurisdiccionales o del Tribunal de Cuentas, pero que sólo se incluyen expresamente a los Diputados del Parlamento europeo, en necesario todavía para dar estricto cumplimiento al deber de asimilación del citado art. 4 la ampliación del concepto de autoridad a efectos del delito de cohecho, al menos, de los miembros de la comisión, del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Cuentas de la UE. Esta objeción, solo podría ser salvada a partir de una interpretación de autoridad y de funcionarios del art. 24 CP que asuma que el Ordenamiento de la UE y sus estructuras institucionales forman parte esencial del propio Ordenamiento jurídico español. No ayuda a ello el hecho de que el art. 427.1 CP haga una ampliación expresa al concepto de funcionario público de la UE –dando a entender, a sensu contrario, que no está incluido en el art. 24.2 CP y no se haga lo propio con el de autoridad. Nuevamente, la actitud desidiosa del legislador ni permite salvar determinadas objeciones por vía interpretativa ni se dice a resolverlas con su capacidad normativa. En la medida en que el art. 427.1 CP se ha limitado a hacer una transposición acrítica del art. 1.b) del citado Convenio, es de interés para su interpretación acudir al informe explicativo que sobre dicho Convenio aprobó el Consejo el 3 de diciembre de 1998 (98/C 391/01). A esos efectos, y por lo que se refiere a los ordinales 1º y 2º del art. 427.1 CP, en el informe explicativo se destaca que “se incluye no solamente a los funcionarios permanentes stricto sensu, a los que se aplica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas, sino también a las distintas categorías de personal contratado con arreglo al régimen aplicable a los otros agentes. Este concepto incluye a los expertos nacionales destinados en las Comunidades Europeas para ejercer funciones equivalentes a las desempeñadas por funcionarios y otros agentes comunitarios”, advirtiendo, tal como ya se señaló anteriormente en relación con el concepto de autoridad, que 2(ojo están incluidos en la definición los miembros de las instituciones comunitarias -la Comisión, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas- a los que se refiere el artículo 4 del Convenio”. Así, cabe expresamente a lo dispuesto en el Estatuto de funcionarios de la UE, supone una directa asunción de su conceptualización administrativa con renuncia a establecer un concepto jurídico-penal de funcionario público de la UE, con lo que para determinar su ámbito de aplicaciones será obligado atender no sólo a lo dispuesto en el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) núm. 259/68 del Consejo de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios de la Comunidad Europea y el régimen aplicable a los agentes de esta Comunidades y por el que se establece medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión, sino a la propia Jurisprudencia que sobre el particular se dicte por el Tribunal de Justicia de la UE. Así, el alcance cuantitativo de esta sola ampliación sería, en los términos destacados en la Propuesta de modificación del estatuto de los funcionarios de 13 de diciembre de 2011 -COM (2011) 890 final-, de aproximadamente 55000 personas entre “funcionario y otros agentes empleados en más de cincuenta instituciones y agencias radicadas en diferentes lugares de distintos en la Unión Europea y en terceros países”.

Por su parte, en lo referido al art. 417.1.3º CP, para determinar los organismos comunitarios a los que no es de aplicación directa el citado Estatuto, resulta de interés volver a remitirse al citado informe explicativo en que se señala que, con carácter general, “se refiere al personal de los organismos existentes o futuros responsables en un sentido muy amplio de aplicar la legislación comunitaria, ya adoptada o todavía por adoptar en virtud de los tratados comunitarios”, y que en la actualidad estaría referida, por ejemplo, a multitud de Agencias europeas descentralizadas reguladoras, como son, en el ámbito sectorial, las de Cooperación de los reguladores de la Energía, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de Control de la Pesca, de Medicamentos, de Medio Ambiente, de Seguridad Aérea, de Seguridad de las Redes y de la Información, de Seguridad Marítima, de Sustancias y Preparados Químicos, FRONTEX -gestión de la cooperativa en las fronteras exteriores-, de Seguridad y la salud en el Trabajo, Ferroviaria Europea, de Seguridad

---

Alimentaria, Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea, para el Desarrollo de la Formación Profesional, o para la mejor de las Condiciones de Vida y de Trabajo, el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, el Observatorio Europeo de la Droga y la Toxicomanías, las Oficinas de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y modelos), Comunitaria de Variedades Vegetales o Europea de Apoyo al Asilo, o el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas. También las relativas a la política común de seguridad y defensa, -la Agencia Europea de Defensa, el Centro de satélites de la Unión Europea, o el Instituto de Estudio de Seguridad de la Unión Europea-; a la cooperación policial y judicial en materia penal -Escuela Europea de Policía, Oficina Europea de Policía, o Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea-; o las Autoridades de supervisión financiera y riesgo sistémico. Por último, en relación aportada de funcionario público de un Estado miembro de la UE llama la atención que el art. 427.1 CP se haya limitado a reenviar a la conceptualización jurídico penal que asuma la legislación de cada uno de los países. Este reenvió no sólo plantea problemas prácticos -habida cuenta de la variedad de las legislaciones y técnicas de tipificación, en muchos casos al órgano judicial español necesitará practicar pruebas sobre la legislación extranjera e incluso sobre la jurisprudencia en la materia- sino que, además, es inconstitucional por vulnerar la garantía material de certeza del principio de legalidad (art. 25.1 CE), ya que, sin perjuicio de lo discutible que puede resultar acudir en el Derecho penal a la técnica de la remisión al derecho extranjero, ello no garantiza la certeza necesaria en la comprensión de este elemento del tipo. Hay un importante sector de la doctrina (BLANCO CORDERO, MIR PUIG, MORALES PRAT, RODRIGUEZ PUERTA, ROCA AGAPITO) que ha reprochado al legislador que no se hubiera incluso en el art. 427.1 CP la previsión de que solo se podrá aplicar la definición de funcionario público del derecho extranjero cuando sea compatible con la recogida en el art 24.1 CP, considerando que, además, eso es lo establecido en el art. 1.c) II del Convenio de la Unión Europea. En sentido contrario, también se ha sostenido que el art. 427.1 CP si habría dado exacto cumplimiento a dicha obligación, ya que lo que venía a establecer era una opción entre remitir a la legislación del estado del funcionario o mantener la del estado de enjuiciamiento (ORTIZ DE URBINA GIMENO), Habiendo optado la LO 5/2010 por una de ellas. Pues bien, atendiendo a la propia literalidad del art. 1.c) del Convenio parece que, en efecto, se habría producida una defectuosa trasposición. El art.1.c) del Convenio, al establecer la definición de funcionario nacional, lo que hace en el párrafo primero es incluir dicha definición a los efectos del Derecho penal del Estado miembro del propio del propio funcionario público, en el sentido de que será funcionario público el que se defina en su propio Derecho nacional. Por el contrario, la regulación del concepto de funcionario público a los efectos del Derecho penal de un Estado miembro distinto al del funcionario se establece en el art. 1.c), II del Convenio, en los siguientes términos: “No obstante, cuando se trata de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de funcionario nacional en la medida en que esa definición sea compatible con su derecho nacional”. Parece que el uso de una expresión tan categórica como “sólo deberá aplicar” asociado a que sea compatible con su Derecho nacional, no parece dejar muchas dudas respecto del carácter imperativo de haber asumido esta previsión, sin embargo, acudiendo al ya citado informe explicativo de la Comisión, no quedan tan clara conclusión. En dicho informe explicativo lo que se afirma es que en estos casos “el Estado miembro en el que se incoan las diligencias debería normalmente aplicar la definición con arreglo al Derecho de aquel Estado. Ahora bien, si la persona de que se trate no tiene la condición de funcionario de conformidad con la legislación de ese estado, tal definición podría no ser decisiva. Esto se deduce claramente del párrafo segundo de la letra c), según el cual un Estado miembro no está obligado a aplicar la definición de “funcionario nacional” de otro Estado miembro, si ésta no es compatible con su Derecho nacional, y puede, por consiguientes, considerar que el concepto de actos de corrupción en que estén implicados funcionarios nacionales de otro Estado miembro se refiere únicamente a aquellos funcionarios cuya condición sea compatible con su propia definición de funcionarios nacionales”, concluyendo que” (s)i bien no hay obligación específica de

donde participen especialmente agentes de cada estado. Es así como los conceptos que nos entregan los convenios de la UE, recogen tanto la noción en sentido orgánico, como “toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europea o del régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea”, como el concepto funcional, “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”, además, de un concepto asimilado de miembros y personal de la administración institucional de la Unión Europea “los miembros de organismo creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dicho organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de la Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable”. Por su parte, la definición de funcionario de un Estado miembro de la UE se hace en base a una remisión a su conceptualización jurídico-penal en la legislación penal de Estado<sup>1009</sup>.

#### **D) La comunicabilidad del delito de cohecho**

La legislación pre-reforma de LO 5/2010 CP, que sancionaba con menor gravedad a quien realiza la acción de cohechar, de aquel que efectúa la acción de aceptar la dádiva, lo que convertía en “víctimas” del sistema a quienes colaboren con la corrupción. Por lo expuesto, la reforma de 2010 se hizo eco de esta situación sancionando con la misma pena a quien soborna y a quien es sobornado, lo que sin embargo ha generado cuestionamientos

---

hacerlo, un estado miembro podrá hacer una declaración en el sentido de que ha decidido hacer uso general de esta opción”. Obviando esta polémica, lo cierto es que la inclusión de una previsión en el sentido de que fuera necesaria la doble concurrencia de una definición jurídica-penal de funcionario tanto a los efectos del Estado de origen como de España hubiera sido suficiente para salvar la predicada inconstitucionalidad de este precepto, ya que, en tal caso, la remisión al derecho extranjero no lo sería a los efectos de sustentar autónomamente la aplicación del delito de cohecho con fundamento en una definición de funcionario ajena a la recogida en el CP, sino, al contrario para restringirla en los casos en que, a pesar de concurrir los elementos necesarios para considerar a esa persona funcionario conforme al Derecho penal español, no lo fuera conforme a su legislación.

<sup>1009</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 396.

doctrinales<sup>1010</sup> que señalan que debería ser menor la penalidad del particular que simplemente accede a la solicitud del funcionario, pues en este caso no hay una intención inicial de afectar la imparcialidad de la administración pública y además el particular puede actuar por temor al funcionario.

Sobre la crítica a la equiparación de penalidad<sup>1011</sup>, donde aparentemente se produce una más notable severidad de la respuesta penal frente al cohecho activo es precisamente en el caso en que la iniciativa parta del funcionario y el particular acceda a ella. Actualmente, a los particulares que “atendieren” a las solicitudes de las autoridades o funcionarios se les conmina en el artículo 423.2 del CP<sup>1012</sup>, con la pena inferior en grado a la del número anterior, es decir, con la inferior en grado a las de prisión y multa correspondientes a los funcionarios.

El artículo 424.2 del CP<sup>1013</sup> equiparó las penas de prisión y multa a las de las autoridades o funcionarios o asimilados. La cuestión es discutible, pero contradiría la opinión de quienes creen que la pena debe ser menor en este caso en atención a la situación de mayor presión que a menudo sufrirá el particular ante la solicitud del funcionario o, como es plausible, que la conducta del particular desempeña un papel menor en la afectación de la imparcialidad y atención a los intereses generales por parte de la autoridad o funcionario que, en definitiva, estaba ya corrompido. Esta modalidad específica de cohecho introducida en el ámbito de contratación, que se encuentra prevista en el artículo 424.3 del CP, referido a subvenciones o

---

<sup>1010</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código penal de 2007*, en ARANGÜENA FANEGO, Coral / SANZ MORÁN, Ángel José (Coordinadores), *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 193.; MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pág. 925; MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 1243.

<sup>1011</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código penal de 2007*, op. cit., pág. 193.

<sup>1012</sup> Artículo 432.2 del CP: “2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público”

<sup>1013</sup> Artículo 424.2 del CP: “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”.

subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, teniendo en cuenta que una dádiva afecta directamente la base de los principios de imparcialidad, no discriminación y transparencia consagrados en el art.123 de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas<sup>1014</sup>.

La génesis de la equiparación penal de la, según algunos autores<sup>1015</sup>, pareciera originarse en la convención de la OCDE que apunta a la necesidad de eliminar cualquier exclusión de la responsabilidad de los particulares por la comisión del delito de cohecho.

La falta de justificación de sancionar con la misma pena al servidor público y al particular al que se le solicita la retribución, pues el desvalor en este caso es distinto, pues el servidor público lesiona unos deberes adicionales que deben tener una pena mayor o en su caso que legitiman una pena menor para el particular, más aun si ha sido el propio servidor público quien ha realizado la solicitud, por tanto llama profundamente la atención de esta equiparación de respuesta penal, a actos diversos y ejecutados por personas, cuyas obligaciones y responsabilidades, por cierto son disímiles<sup>1016</sup>.

### **E) Responsabilidad del tercero partícipe ajeno a la función**

El articulado incriminador del cohecho en sus distintas modalidades, y en sus diversas modificaciones, no incluyó la precisa mención de la concurrencia de terceros intervinientes directos. No obstante la naturaleza del cohecho como delito de participación necesaria y/o pluripersonal en algunos de sus supuestos, no hay nada que impida apreciar cualquier forma de

---

<sup>1014</sup> POZUELO PEREZ, Laura, *Los delitos contra la Administración pública*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Civitas, Madrid, 2011, pág.596.

<sup>1015</sup> MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, op. cit., pág. 1243.

<sup>1016</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código penal de 2007*, en ARANGÜENA FANEGO, Coral / SANZ MORÁN, Ángel José (Coordinadores), *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 193.

participación de un tercero *extraneus* en la conducta típica del funcionario<sup>1017</sup>, por ejemplo, un tercero que oferte o entregue la retribución en nombre del particular, o que se beneficie de la actuación requerida diferente al particular que entrega la retribución<sup>1018</sup>.

El particular que efectúa el soborno o acepta efectuarlo responde del delito como coautor si lo idea y ejecuta conjuntamente con el funcionario por sí o por otro (caso laboratorio *Kendall*<sup>1019</sup>), como inductor si ha partido de él el

---

<sup>1017</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, op. cit., pág. 259.

<sup>1018</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 385.

<sup>1019</sup> STS N° 2052/2001. ROJ 868/2001. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. N° Recurso: 3782/1999. Fecha: 07/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia. Resumen: El ofrecimiento directo e indirecto de incentivos por un laboratorio farmacéutico a un médico para la prescripción de medicamentos, constituye una conducta legalmente prohibida. Cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en el art. 108.16 de la Ley del Medicamento. Cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a funcionarios públicos, integran un delito de cohecho. \* La "Injusticia" del acto en el art. 386 del Código Penal de 1973 y en el art. 420 del Código Penal de 1995 consiste meramente en una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico. La prescripción de medicamentos de un laboratorio concreto bajo la influencia de la percepción previa o prometida de incentivos económicos que pretenden incrementar ilegalmente dichas prescripciones, constituye un acto injusto a los efectos de aplicación del art. 386 del C.P. 73. Autoría en el cohecho.- En la figura de cohecho activo nada impide que la corrupción o entrega de la dádiva se lleve a cabo a través de un intermediario y no personalmente. Aplicación al cohecho de la doctrina jurisprudencial sobre coautoría por realización conjunta del hecho. El "cerebro" de una actuación delictiva, es decir quien planifica, organiza, prepara, dirige a distancia, y gestiona el aprovechamiento del delito es un coautor.- Principio acusatorio. Los términos fácticos pueden ser completados o aclarados con elementos accidentales o secundarios.- El delito de cohecho activo del art. 391 del CP 73 y 423 del CP 95, no es un delito especial propio de funcionarios, sino un delito cuyos sujetos activos son precisamente los particulares que corrompen, por lo que en estos casos no procede atenuación de responsabilidad alguna por una inexistente condición de "extraneus".- Falsedad de las recetas oficiales de la Seguridad Social, con participación del médico que las suscribe.- Las recetas oficiales de la Seguridad Social no solamente cumplen una función estrictamente terapéutica sino que también constituyen el soporte probatorio de un desplazamiento patrimonial. Por ello las recetas no constituyen una mera prescripción, sino que constituyen el reflejo documental de un acto médico.- Si se elaboran masivamente recetas (documentos oficiales) en las que se hace figurar a pacientes que no han sido atendidos ni controlados en absoluto, con la espuria finalidad de incrementar la facturación de un determinado medicamento, que dichos pacientes no necesitan, es claro que se está confeccionando documentos que van a constituir el soporte justificativo de un desplazamiento patrimonial y que adolecen de falsedad, pues se hace intervenir a personas en un acto que no lo han tenido, el acto médico del que la receta constituye el reflejo documentado.

soborno o si el cooperador necesario acepta efectuar la corrupción<sup>1020</sup>. El artículo 424.2 del CP equipara las penas de prisión y multa a las de los funcionarios o asimilados. La cuestión es discutible, pero contradiría la opinión de quienes creen que la pena debe ser menor en este caso en atención a la situación de mayor presión que a menudo sufrirá el particular ante la solicitud del funcionario o, como es plausible, que la conducta del particular desempeña un papel menor en la afectación de la imparcialidad y atención a los intereses generales por parte de la autoridad o funcionario (que en definitiva estaba ya corrompido). En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO aprecia falta de justificación en sancionar con la misma pena al servidor público y al particular al que se le solicita la dádiva, pues el desvalor es distinto, dado que el servidor público lesiona unos deberes adicionales que deben tener una pena mayor o en su caso que legitiman una pena menor para el particular, más aun si ha sido el propio servidor público quien ha realizado la solicitud<sup>1021</sup>.

La responsabilidad penal del tercero como beneficiario del delito de cohecho, no deriva tanto de la condición de merced recibida, como de conductas previas o concomitantes como, por ejemplo, la incitación al funcionario para que acepte o proponga el soborno, lo que permitiría su calificación como inductor del cohecho. En todo caso, el tercero podría aparecer en la dinámica delictiva con un absoluto desconocimiento de su intervención, ya que, conforme al tenor de esta previsión, lo único que se exige es que la prestación a recibir por la autoridad o funcionario pueda ser una retribución de cualquier clase a favor de ese tercero. Por ejemplo, cuando la retribución consistente en que se dé trabajo a un familiar del funcionario es independiente de que esa circunstancia sea conocida siquiera por el beneficiario. En todo caso, cualquier retribución del tercero, si consiste en

---

<sup>1020</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1167.

<sup>1021</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código penal de 2007*, en ARANGÜENA FANEGO, Coral / SANZ MORÁN, Ángel José (Coords.), *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 193.

dádiva, presente, regalo o retribución, será objeto de decomiso, en los términos del art. 431 CP<sup>1022</sup>, cuando su naturaleza lo permita.

Asimismo, en materia internacional existe una profusa preocupación por la responsabilidad del tercero, es así como los diferentes convenios internacionales en materia de corrupción han establecido fórmulas para el tratamiento del tercero, por ejemplo, en el art. 2.1 del CPSC de la UE<sup>1023</sup>, que se destaca la conducta del funcionario puede ser directamente o por medio de tercero. Lo mismo sucede en los art. 15, b) del Convenio de la ONU<sup>1024</sup> y del CPCC<sup>1025</sup>. En todos estos Instrumentos internacionales se utilizan expresiones como “en forma directa o indirectamente”, lo que deja abierta la posibilidad de participación de un tercero<sup>1026</sup>.

La formulación en el art. 424 del CP del denominado cohecho del particular ha sido criticada por defectuosa transposición de los compromisos internacionales, omitiéndose una enumeración de posibles intervinientes ajenos al particular y al funcionario. En efecto, el art. 3.1 del Convenio de la UE, dentro de la definición de corrupción activa, menciona como responsable a cualquier persona que prometa o dé la retribución “directamente o por medio de tercero” y de manera semejante se hace en el art. 15 a) del Convenio de ONU y en art. 2 del Convenio del Consejo de Europa, lo que no fue recogido

---

<sup>1022</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 387.

<sup>1023</sup> CONVENIO penal sobre la corrupción. N° 173 del Consejo de Europa. Estrasburgo, 27 de enero de 1999, publicado en España BOE N° 182, de 28 de julio de 2010, entra en vigencia 01/07/1999 entrada en vigencia en España 01/08/2010.

<sup>1024</sup> CONVENIO de las Naciones Unidas contra la corrupción. (*Oficina de Las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, Viena) NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2004.

<sup>1025</sup> CONVENIO DE LA UE. 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. Hecho en Bruselas, el 26/05/1997. No obstante, en el art. 3 del Convenio del consejo de Europa se omite la consideración en relación con la conducta del tercero de aceptar la oferta o promesa, pero no en el art. 2.1 del Convenio Penal sobre la Corrupción. N° 173 del Consejo de Europa. Estrasburgo, 27 de enero de 1999.

<sup>1026</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 388.



de la misma forma por el legislador español<sup>1027</sup>. Tal omisión no implica un incumplimiento de la normativa internacional ni resulta necesaria, pues el art. 28 del CP permite la sanción del particular que utiliza a un tercero, y este tercero que actúa como intermediario del particular podría responder como copartícipe, lo que sin embargo no deja de plantear serios problemas de agravios comparativos respecto del intermediario que actúa en favor del funcionario, pudiendo atenuarse la pena por su consideración de *extraneus* y la aplicabilidad de la atenuante analógica (art. 21.7 CP)<sup>1028</sup>.

Por su parte, el art. 424 del CP no requiere que la retribución pactada con el funcionario lo sea en provecho de un tercero, previsión que, sin embargo, se recoge expresamente en todos los textos internacionales, también al definirse el cohecho de particular. Lo que, no obstante, es abordable por la aplicación concordantes de la normativa, si bien hubiera sido preferible una previsión específica. La sanción del particular en el art. 286 ter del CP respecto a las relaciones internacionales depende exclusivamente de las acciones propias realizadas y no de la mayor o menor gravedad del comportamiento del funcionario público, presupuesta la consciencia del carácter público del agente con el que pacta y de las potestades que derivan de tal condición<sup>1029</sup>, concordando la pena prevista con la de la modalidad más grave del cohecho del art. 419 del CP.

El art. 286 ter.1 *in fine* del CP prevé una cláusula de aumento de la penalidad, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuya virtud la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 288. 1<sup>1030</sup> del CP sobre

---

<sup>1027</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 388.

<sup>1028</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 388.

<sup>1029</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, 2015, op. cit., pág. 1131.

<sup>1030</sup> Artículo 288 del CP: “(...) 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: (...) En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater: a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada,

la responsabilidad de las personas jurídicas, y siempre y cuando se cumplan con los requisitos del art. 31 bis del CP.

El art. 286 quater del CP incrementa la pena a los hechos a que se refieren los artículos de la corrupción de negocios que resultaran de especial gravedad, imponiéndose la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Pero a su vez exige diversos requisitos entre que la acción del autor no sea meramente ocasional, lo que suscita la cuestión de si, cuando no es habitual la conducta, pueda el particular beneficiarse de la excusa absolutoria de delación compensada de los arts. 426 y 427 del CP. No es un punto zanjado ni por doctrina ni por la jurisprudencia, habiendo los tribunales aplicado una especie de analogía *in bonam partem* para supuestos no expresamente previstos por la norma, como el parentesco en el art. 286<sup>1031</sup>.

#### **F) Co-sanción a personas físicas y jurídicas**

En los casos en que conforme a lo establecido en el art. 31 bis del Código, una persona jurídica sea responsable de estos delitos (cohecho), el art. 427 bis del CP impone pena de multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fue más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; o pena de multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista a dos años, o del triple del beneficio obtenido, si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Y los jueces y tribunales podrán imponer también las penas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 del CP<sup>1032</sup>, esto es, disolución de la

---

cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos”. Número 1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286 (...)

<sup>1031</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dirs.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, op. cit., pág. 1132.

<sup>1032</sup> Artículo 33.7 del CP: “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como

persona jurídica; suspensión de sus actividades por un plazo no superior a cinco años; prohibición de realizar en un futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de Seguridad Social por un plazo no superior a quince años; e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores por un plazo no superior a cinco años.

En síntesis, no obstante ser una de las “sub clasificaciones” más utilizadas, entendemos que carece de una certeza necesaria en la determinación de los reales alcances que efectivamente tiene los conceptos de propio o impropio, atendido a que como hemos visto, el requerimiento de realizar una conducta sea que nazca del funcionario o de un tercero, y esta conducta esté fuera del marco legal, reglamentario etc., o para efectuar una conducta dentro de las atribuciones legales y administrativas, pero favoreciendo a una persona o grupo de personas, ya sea ejecutando una acción, retrasando la misma, adjudicando una obra o servicio al que no

---

la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) 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, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

corresponde por antecedentes, ley o reglamento etc., igualmente comete una conducta reprochable penalmente.

## II.- Concurso de delitos en el cohecho

Cuando se hace referencia a los concursos penales, necesariamente debemos entremezclar su descripción, contenido y efectos con el principio *non bis in idem*, institución penal que tiene un doble significado, por una parte, procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, y por otro lado material, en virtud del que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta. El CP en los arts. 73 a 79 regula las acciones de un sujeto que con su actuar infringe una pluralidad de normas penales, configurando un sistema que dispone y sanciona como concurso de delitos, en tanto que el art. 8 del CP que regula el concurso de leyes<sup>1033</sup>, basado en criterios de prelación de las mismas normas.

La sentencia del Tribunal Constitucional 2/81, de 30 de enero<sup>1034</sup>, vincula este principio al de legalidad, reconociendo que no está expresamente recogido en la Constitución, pero justificando tal omisión en virtud de su íntima vinculación a los principios de legalidad y tipicidad. En virtud de esta sentencia, no corresponde aplicar una doble sanción, siempre que se den unidad de sujeto, de hecho, y de fundamento.

Es evidente que el respeto del principio *non bis in idem* obliga al intérprete a seleccionar una norma a aplicar cuando son varias las que contemplan las posibilidades de sanción. La elección de la norma preferente excluye la aplicación de las demás. Es lo que se denomina reglas de solución del “conflicto aparente de leyes penales”. No obstante, este principio no es la única brújula para la solución de un “conflicto penal”, haremos referencia a

---

<sup>1033</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editoriales Tecnos, Madrid, 2016, pág. 277.

<sup>1034</sup> Sentencia 30/01/1981 sentencia 2/1981 Primera sala del tribunal constitucional, conociendo el recurso de amparo N° 90/80 del tribunal Provincial de Contrabando de Madrid. citada por CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 10 y sgts.

continuación la existencia de ciertas actitudes valorativas que inspiran las decisiones judiciales, al margen del principio de legalidad.

La aplicación de las reglas de los concursos penales, especialmente en el cohecho, no es naturalmente un tema científico–matemático, atendida la necesaria determinación de la conjunción de los requisitos que el TC ha explicitado. La primera exigencia es que no habrá vulneración del principio si las sanciones son aplicadas a ciudadanos distintos. Como segundo requerimiento, no podrá ser quebrantado el principio si se aplican a conductas diferentes o incluso a resultados materiales diferentes procedentes de la misma conducta. Finalmente, la unidad de fundamento alude a la necesidad de que la justificación y finalidad del castigo sea la misma: no habría vulneración del principio si se sancionara desde la óptica de dos o más normas distintas una misma conducta, incluso con un mismo resultado<sup>1035</sup>. La determinación de en qué casos estamos ante uno o más hechos y ante uno o más fundamentos, corresponde a la teoría de los concursos penales.

La posible compatibilidad de una doble sanción de distinta naturaleza, penal o administrativa, es que frente a esta problemática el derecho sancionador impone la unidad de la respuesta de éste frente a los mismos hechos. La exigencia de unidad de fundamento, sin embargo, ha permitido a la jurisprudencia admitir la doble sanción en ciertos supuestos de “relación especial de sujeción”. Eso puede ser criticado, al estimar que no habrá vulneración del principio, si la naturaleza y el fundamento de las medidas a aplicar es distinta, así en el supuesto de adopción de medidas penitenciarias necesarias para el restablecimiento del orden público y de la sanción penal correspondiente a la conducta, si ésta es constitutiva de delito. Pero sí ha de suponer una clara vulneración del non bis in ídem la acumulación de sanciones penales y administrativas, por unos mismos hechos, cuando el fundamento de las mismas sea la tutela de los intereses generales, es decir, la tutela del mismo bien jurídico protegido.

---

<sup>1035</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., pág. 11.

Interesantes resultan las observaciones de MIR PUIG<sup>1036</sup>, sobre las sanciones aplicables basadas en los concursos penales referidas al examen de la jurisprudencia, a su vez citando a CÓRDOBA<sup>1037</sup>, haciendo presente una notable relativización de los principios básicos que según la ley deberían inspirarla: los principios de oficialidad y el de legalidad.

El primero de ellos, esto es, la oficialidad, impone a la Administración de justicia el deber de perseguir y, en su caso, castigar los delitos con exclusión de toda facultad de decidir sobre la oportunidad del ejercicio de dichas funciones, en la realidad los hechos que, como probados, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos tal como se han producido, y si el principio de legalidad atribuye únicamente a la ley la cualidad de fuente de Derecho penal, los tribunales no sólo acuden a los preceptos legales, sino además a otros elementos situados propiamente fuera de la ley, radicando estos elementos en una falta de correspondencia de hechos probados y hechos reales, y la insuficiencia de la ley como origen de la norma concretamente aplicada por los Tribunales. Además estima<sup>1038</sup> que debe atenderse a dos tipos de interferencias que determinan la discrepancia de hechos probados y hechos reales, por una parte, la selección de los hechos a perseguir en forma distinta a lo que impondría el principio de oficialidad, y, por otra, la transformación de los hechos perseguidos. La selección de la persecución de los hechos punibles por la policía, ni alcanza a la totalidad de los efectivamente producidos, ni aparece aplicada con igual intensidad a todos los delitos. En lo referente a la transformación, destaca el fenómeno conforme al cual el juzgador invierte el orden lógico de determinar en primer lugar los hechos y en segundo la norma jurídica aplicable, y da a los hechos aquella configuración que posibilite su subsunción en el precepto que convenga a la solución que al juzgador aparezca como justa. Así, la propia Fiscalía del

---

<sup>1036</sup> MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal, Concepto y método*, 2ª edición, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2003, págs. 314 y sgts.

<sup>1037</sup> MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., pág. 314, citando a su vez a CÓRDOBA RODA, Juan, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, Revista Jurídica de Cataluña, 1974, Vol. 73, N° 1, págs. 119 y siguiente.

<sup>1038</sup> MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., pág. 315, citando a su vez a CÓRDOBA RODA, Juan, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, op. cit., pág. 120.

Tribunal Supremo, en su Memoria de 1967, reconoce que el deseo de los tribunales de evitar en ciertos casos la estimación del delito de robo conduce a una tendencia a evitar el dar constancia de los actos de fuerza en las cosas integrantes de dicho delito<sup>1039</sup>.

La normativa que efectivamente rige en la práctica de los tribunales no se integra únicamente de la ley, lo muestran, dos hechos. De un lado, existen importantes regulaciones procedentes de la doctrina o de la jurisprudencia que encuentran aplicación pese a que su relación con el texto legal es puramente mediante o, incluso, inexistente. Como ejemplos se plantean el tratamiento del error y la figura del delito continuado. El primero es el producto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que parte de ciertos preceptos legales<sup>1040</sup>, pero que guarda con ellos sólo una vinculación mediata. El delito continuado es institución carente de todo nexo, siquiera mediato, con el texto legal, lo que no es óbice a su constante aplicación por los tribunales.

El nuevo art. 419 del CP, fruto de la reforma LOC 5/2010, recoge<sup>1041</sup> una doble modalidad comisiva. Por un lado, el cohecho basado en la realización de un acto contrario a los deberes inherentes al ejercicio del cargo que ostenta el funcionario o autoridad en cuestión. La nueva redacción es mucho más amplia que la anterior, en la que se producía el cohecho para materializar una acción u omisión constitutiva de delito, regulada en art. 419 del CP, o que no constituya delito, art. 420 del CP.

La fórmula establecida por la nueva normativa del CP engloba tanto una posibilidad como la otra, y debe a su vez entenderse que el acto contrario a

---

<sup>1039</sup> MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., pág. 314, citando a su vez a CÓRDOBA RODA, Juan, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, op. cit., pág. 121.

<sup>1040</sup> Artículo 1 del CP: “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”.

Artículo 565 del CP: “Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos”.

<sup>1041</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en VV.AA., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial.*, op. cit., pág. 959.

dichos deberes es un acto injusto que puede integrarse en las diversas posibilidades expuestas. Tanto es así que se abre una clausula concursal en el caso de que fuera constitutivo de delito. Dicho de otro modo, el artículo 419 del CP se consuma, por el mero solicitar, recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase o por aceptar ofrecimiento o promesa, y al consumarse dará lugar, en su caso, a un concurso de delitos, como establece expresamente el precepto *in fine* al decir “sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”. De acuerdo con la naturaleza “unilateral” del delito de cohecho, es irrelevante si se cumple o no el ofrecimiento o promesa<sup>1042</sup>.

El art. 286 ter.1 del CP contempla una explícita referencia concursal, pues señala que la pena se impone sin perjuicio de que pueda aplicar al delito que comporte una pena más grave por lo que está mirando a un posible concurso de normas a resolver por la infracción más gravemente penada<sup>1043</sup>.

### A) Concurso real

El concurso real o material<sup>1044</sup> se aplica cuando un mismo sujeto efectúa una pluralidad de actos ilícitos independientes que se ejecutan en forma conjunta o simultánea<sup>1045</sup>. En el concurso real, cuando un sujeto buscando un determinado resultado, ejecuta diversas acciones, cada una de ellas un distinto tipo penal, las penas de cada uno de estos delitos pueden unificarse, y como hemos podido apreciar, debe existir identidad del sujeto activo, pluralidad de acciones y delitos ejecutados. El concurso real tiene dos particularidades, por una parte, las sanciones de los tipos penales se acumulan de la siguiente

---

<sup>1042</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V: Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 919.

<sup>1043</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1132.

<sup>1044</sup> Artículo 73 del CP: “Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de la misma”.

<sup>1045</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 289.



forma: se suman las penas para cada delito no pudiendo superar ésta el triple de la pena por el delito más grave (acumulación material aritmética). También concurre la acumulación jurídica, que nace por exigencias de política criminal ante la real imposibilidad de ejecución de la totalidad de las penas del autor de una multiplicidad de delitos, cuyo correlato normativo se encuentra el art. 76.1 CP en que como ya lo mencionamos previamente no se puede aplicar el triple de la sanción asignada al delito más grave<sup>1046</sup>. De esta manera se relaciona con los axiomas “tantas acciones tantos delitos” y “tantas penas cuantos delitos”<sup>1047</sup>. Debe haberse descartado la unidad de acción: cada acción típica y antijurídica debe poder sostenerse por sí sola, y no depender una de la otra.

Un concurso real presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de acciones. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción<sup>1048</sup>. En segundo lugar, se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que, a similitud del concurso ideal, presupone que los tipos penales realizados son también independientes. El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable.

La trilogía característica de cohecho pasivo propio antecedente arts. 419 y 420 del CP, (acto delictivo, abstención y acto injusto) se engloban ahora en una figura única con una extensión de pena considerable y una remisión al expediente del concurso en caso de que el acto objeto de acuerdo (realizado, omitido o retrasado) fuere constitutivo de delito. Concurso que será el real del art. 73 CP, ya que la percepción o promesa de recepción de la dádiva, es decir,

---

<sup>1046</sup> Esta norma de fijación y aplicación del quantum sancionatorio es criticada por POLAINO NAVARRETE, quien estima que “desde un punto de vista material, es de resaltar el carácter aleatorio que entraña el establecimiento de un límite fijado por el triple de la pena de mayor gravedad de entre todas las impuestas por el conjunto de los delitos cometidos. El criterio asumido no sólo es aleatorio, sino que además un criterio normativo arbitrario en cuanto no respeta las exigencias que son inherentes a la proporcionalidad punitiva”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 291.

<sup>1047</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 289.

<sup>1048</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general* (a su vez haciendo referencia a STRATENWERTH, núm. 1257), op. cit., págs. 250 y sgts.

el cohecho, es el móvil necesario para la comisión del otro delito, pero no el medio para cometerlo<sup>1049</sup>, lo que impide el concurso ideal del art. 77 CP<sup>1050</sup>.

El legislador incluye directamente la posibilidad de aplicar un concurso real en el art. art. 419 del CP, cuyo inciso final prevé un concurso real al expresamente disponer sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, lo que es jurisprudencialmente ratificado en STS del 2003<sup>1051</sup>, que estima en el caso concreto un concurso real<sup>1052</sup>. En otras palabras, la eventual ejecución por la autoridad o funcionario de una acción u omisión constitutiva de delito determinaría concurso de delitos con el cohecho<sup>1053</sup>.

## **B) Concurso medial**

El concurso medial de delitos se encuentra descrito y regulado en el art. 77.1 CP, se produce cuando se cometen dos o más acciones delictivas siendo una de ellas necesaria para cometer la otra, de esta forma a diferencia del concurso ideal, existe dos diferentes acciones delictivas que guarda una conexión medial entre sí, siendo, como se dijo, una de ellas le medio necesario para la comisión de la otra<sup>1054</sup>.

---

<sup>1049</sup> SAP Audiencia Provincial de las Palmas N°174/2014 ROJ 2458/2014. Audiencia Provincial. Municipio: Palmas de Gran Canaria. N° Recurso: 781/2014. Fecha: 03/09/2014. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>1050</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1115.

<sup>1051</sup> STS N° 504/2003. ROJ 2278/2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Andrés MARTINEZ ARRIETA. N° Recurso: 2343/2001. Fecha: 02/04/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>1052</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V: Del Cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 911.

<sup>1053</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel (director) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*, Ediciones digitales, Sevilla, 2012, pág. 129.

<sup>1054</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 284.

De manera legislativa se ha equiparado al concurso ideal, en que si bien éste último está compuesta de una sola acción, en el concurso medial y teniendo presente la proximidad típica de las respectivas acciones, se efectúa una ficción al considerarlas como si fueran una sola<sup>1055</sup>, lo que permite que la pena aplicable será la prevista para la infracción más grave impuesta en su mitad superior. A modo de ejemplo, el caso de violación de correspondencia y hurto, en que un sujeto para sustraer dinero ajeno rompe el sobre en el que se había enviado el dinero.

Es importante tener presente en este tipo regulación de penalidad, por medio del concurso medial, que en el delito de cohecho cuando el medio de influir en el funcionario consista en una amenaza o coacción que rebase claramente la simple presión o el abuso de superioridad, se podrá apreciar un concurso medial de un delito de amenazas condicionales de los arts. 169 y/o 171 del CP<sup>1056</sup>, o de coacciones del art. 72 del CP<sup>1057</sup>, con el delito de tráfico

---

<sup>1055</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 284.

<sup>1056</sup> Artículo 169 del CP: “El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado: 1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos. 2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional”.

Artículo 171 del CP: “1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior. 2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguieren. 3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados”.

<sup>1057</sup> Artículo 172 del CP: “1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o

de influencias del art. 428 o 429 del CP<sup>1058</sup>, dado que, junto con el ataque a la imparcialidad de la administración pública propio del tráfico de influencias habrá un adicional desvalor de un claro ataque a la libertad y seguridad del funcionario amenazado o coaccionado que excede de la posibilidad implícita en el art. 428 o 429. Y ello a su vez podrá repercutir en la atenuación o incluso exención de culpabilidad del funcionario coaccionado o amenazado.

---

injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código. También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. 2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante, lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. 3. (...)”.

<sup>1058</sup> Artículo 428 del CP: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

Artículo 429 del CP: El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

El cohecho pasivo propio<sup>1059</sup>, en todas sus modalidades, esto es, la acción de realizar un acto contrario a los deberes inherentes al cargo, y no realizar o retrasar injustificadamente un comportamiento que la autoridad o funcionario público debería practicar, es sancionado con la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, prevista por el art. 419 del CP. En estos casos, además, se sanciona en concurso medial, conforme a las reglas del art. 77 del CP<sup>1060</sup>, el delito que pudiera haberse cometido, en su caso, en razón de la dádiva, favor o retribución.

### C) Concurso ideal

Dentro de las formas utilizadas para morigerar el quantum de la sanción penal, encontramos el concurso ideal, el concepto de delito continuado y el concurso aparente de leyes penales.

Sobre el concurso ideal existen diversas concepciones, pero por simple invocamos la siguiente: “cuando una acción o un conjunto de acciones unitariamente consideradas, cumplen las exigencias de dos o más figuras penales; en otros términos, constituye coetáneamente dos o más delitos distintos”<sup>1061</sup>.

Habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin

---

<sup>1059</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen, en VV.AA., *Delitos. La parte especial*, op. cit., pág.750.

<sup>1060</sup> Artículo 77 del CP: “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

<sup>1061</sup> CURY, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 7ª edición ampliada, Santiago 2005: Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 665.

embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto voluntario del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos de dos o más infracciones<sup>1062</sup>, por lo que el hecho voluntario único debe abarcar pluralidad de fines (ej. matar a varias personas con una bomba).

En el caso de la bomba terrorista que mata a varias personas, en realidad no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados. Sin embargo, la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare al concurso ideal propiamente dicho (concurso medial). Se hablará de concurso ideal en vez de concurso real cuando la conexión entre esos delitos sea tan íntima que, si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido el otro, por eso se considera todo el complejo como una unidad delictiva, es una relación de necesidad.

La consecuencia jurídica del concurso ideal, hasta antes de la reforma LO 1/2015, se debía efectuar luego de la comprobación de un concurso ideal, que sólo deba aplicarse una pena que debe extraerse de la amenaza penal más grave. No obstante, no es tan simple su aplicación, pues las disposiciones del CP dejan sin respuesta el problema que se daría cuando el delito que tiene la pena máxima más grave, tiene a la vez una pena mínima menos grave que el otro delito. Finalmente, la unidad de acción no se satisface con la identidad del tipo subjetivo; se requiere coincidencia del tipo objetivo<sup>1063</sup>.

---

<sup>1062</sup> Art. 77 del CP: “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 del CP. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

<sup>1063</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general, Exposición referida a los Derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*, op. cit., pág. 250.

Si bien muchas de las interrogantes planteadas se mantienen con la reforma del 2015, se coloca un límite penológico al final del art. 77.3<sup>1064</sup>, que establece que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Una vez determinados los límites por el ente juzgador, no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo 76 CP.

Sobre el sistema punitivo del concurso en el CP efectúa un acertado reproche POLAINO NAVARRETE, referido al defectuoso criterio de estimar que lo fenomenológico de la unicidad o diversidad de acciones prevalece sobre la razón normativa del mismo, o dicho de otra manera el sujeto activo ha realizado dos tipos penales, cometiendo dos delitos independientes, cuando con una o varias acciones haya quebrantado las normas incriminadoras de una pluralidad de delitos<sup>1065</sup>. Cabe estimar que el art. 419 del CP trae inmerso la regulación de un concurso real, pero también puede ser aplicable un concurso ideal con el delito de estafa. Esto puede darse si una persona simula ser un funcionario público, con las facultades inherentes a ese determinado cargo, pero que en definitiva no lo es, cometerá un delito de estafa, por lo menos en grado de tentativa. En el caso del funcionario que requiere a un particular la entrega de una dádiva por ejecutar un acto delictivo que no piensa en modo alguno llevar a cabo, según un sector doctrinal, se cometería sólo un delito de estafa, por entender que el bien jurídico protegido es la imparcialidad del funcionario, y ésta no se compromete si no se realiza el acto delictivo acordado; pero si se entiende que el bien jurídico protegido lo constituye también la confianza de la generalidad de las personas en el correcto funcionamiento de la Administración, la exteriorización de la disposición del funcionario de realizar un acto a cambio de una dádiva ya supone un mal

---

<sup>1064</sup> Art. 77.3 CP: “En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

<sup>1065</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 285.

ejemplo para el resto de funcionarios y una perturbación de la confianza del público en el correcto funcionamiento de la Administración, por lo que cabrá un concurso ideal entre el delito de cohecho y el delito de estafa del art. 248 del CP<sup>1066</sup>. No obstante los ejemplos plasmados previamente, en general el concurso ideal no tiene cabida en el delito de cohecho atendiendo a que la percepción de la retribución promesa o dádiva puede ser el móvil para consumación de otro tipo penal diferente, pero no es el medio para cometerlo<sup>1067</sup>.

#### **D) Delito preterintencional**

El delito preterintencional en la construcción del concurso ideal aparece cuando el autor, queriendo cometer un tipo doloso, realiza otro de mayor gravedad, habiendo de respetarse<sup>1068</sup> el principio de culpabilidad, de suerte que al sujeto sólo se le imputará el resultado más grave causado con imprudencia. En otras palabras, el delito preterintencional es un punto medio entre el dolo y la culpa, dolo frente a la acción y culpa frente al resultado. El delito de cohecho, atendiendo a su propia naturaleza, no es posible que se consume con mera imprudencia, por tanto, la preterintencionalidad es una institución ajena a este delito de mera actividad.

#### **E) Delito continuado**

La regulación del delito continuado, la encontramos en el art. 74<sup>1069</sup> del CP, que regula positivamente el delito continuado. Según esta disposición, la

---

<sup>1066</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V. Del cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 911.

<sup>1067</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015, pág. 115.

<sup>1068</sup> ROIG TORRES, Margarita, *El concurso ideal de delitos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, págs. 273 y sgts.

<sup>1069</sup> Artículo 74.1 del CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o



unidad por continuación depende de se trate de la ejecución de un plan preconcebido o del aprovechamiento de idéntica ocasión, de la realización de varias acciones y omisiones, que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales.

Son sus elementos esenciales la unidad de sujeto activo, que se relaciona con una pluralidad de conductas típicas, que conllevan a una pluralidad de infracciones penales<sup>1070</sup>, a los que se unen otros elementos esenciales, pero con la característica de alternatividad, como son la identidad de la norma infringidas o similitud entre los preceptos quebrantados, y finalmente la existencia previa de una ideación criminal (plan), o el aprovechamiento de un exacto momento criminal.

El art. 74 adolece de una demarcación normativa imprecisa, que para parte de la doctrina se equipara a las reglas del delito continuado, mientras que para otro sector doctrinal comprende asimismo la del ilícito de masa<sup>1071</sup>.

El segundo apartado del art. 74 del CP<sup>1072</sup> excluye de lo dispuesto en su primera parte a los hechos se tratasen de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado.

Desde un punto de vista jurisprudencial, encontramos diversos ejemplos de aplicación del delito continuado. Así la STS 323 / 2013, de 23 de abril<sup>1073</sup>,

---

preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

<sup>1070</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 287.

<sup>1071</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 286.

<sup>1072</sup> Art.74.2 del CP: “Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”.

<sup>1073</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 388 y sgts. STS N° 323/2013. ROJ 1918/2013. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.

absolvió al Ex Presidente de la Generalitat valenciana y del PP regional, Francisco Camps, acusado de haber recibido como regalo diversos trajes para su vestuario particular, confirmando la sentencia absolutoria del Tribunal de Jurado, que entendió por mayoría que no quedaba demostrada la entrega gratuita de dichos trajes o, en todo caso, que éstos se hubieran entregado en consideración a su cargo.

Otro caso que podemos citar es un fallo de TS del año 2010<sup>1074</sup>, que establece que los delitos continuados de cohecho se cometen para obtener falsedades en documentos oficiales que son instrumentales de un delito continuado de estafa a la Seguridad Social, y lo propio ocurre con el delito de usurpación del estado civil y con un delito de actividades prohibidas a funcionarios. La estrecha relación de funcionalidad -de medio a fin- que existe entre los títulos de imputación a que se está haciendo mención. Ésta saltaría a la vista de un observador imparcial sin la menor dificultad; y está bien puesta de manifiesto en los relatos de las acusaciones, según reconocen incluso las defensas. Además, resulta que, precisamente en razón de esa relación, sería imposible el enjuiciamiento por separado de las diferentes conductas.

La STS 20 de febrero de 2014<sup>1075</sup> declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por condenado Inspector Jefe del CNP de Ronda como autor de un delito continuado de cohecho de los artículos 426 (redacción anterior a la reforma de 2010) y 74.1 del Código Penal. En la redacción anterior a la actual reforma (artículo aplicable al momento de los hechos y en la sentencia de la Audiencia Provincial) expresaba el artículo 426 del Código Penal: “La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente incurrirá en la pena de multa de tres a seis

---

Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. N° Recurso: 424/2012. Fecha: 23/04/2013. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>1074</sup> STS N°987/2010 ROJ 5769/2010. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Perfecto Agustín ANDRES IBAÑEZ. N° Recurso: 337/2010. Fecha: 05/11/2010. Tipo Resolución: Sentencia.

<sup>1075</sup> STS 20/02/2014 N° 123/2014 ROJ 2014/724. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Perfecto Agustín ANDRES IBAÑEZ. N° Recurso: 1791/2013. Fecha: 20/02/2014. Tipo Resolución: Sentencia.

meses”. Lo que fue modificado y regulado actualmente por el artículo 422 del CP que expresa: “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 fueron 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”. Como se observa, se ha endurecido la pena. El relato fáctico puede resumirse en que el condenado aprovechándose de su condición de policía y siendo conocido por su cometido profesional en clubes de alterne se valió de tal condición oficial para acudir a dichos establecimientos y usar de sus servicios a su antojo, siendo además que en ellos trabajaban mujeres inmigrantes en situación irregular.

Por su parte, la defensa cuestionó la admisibilidad de ofrecimientos o regalos de escasa entidad, propios de los usos y adecuados socialmente. El Tribunal Supremo expresa que el cohecho impropio responde a la necesidad de que los funcionarios públicos se atengan con rigor a normas de su estatuto, sobre todo los que ejerzan poder. Refiere el alto Tribunal que no integran el tipo pequeñas actuaciones de cortesía como, por ejemplo, aceptar o pedir un vaso de agua en una diligencia de entrada y registro, que no fue este el caso. El Tribunal Supremo estima que las acciones ejecutadas no se hubieran consentido a cualquier cliente, siendo irrelevante si medió invitación formal, bastando su constancia de que podía moverse como si hubiera sido invitado. En tal contexto el Tribunal Supremo alude a que realizó consumiciones gratis, se movió “a su antojo” por las habitaciones del prostíbulo y obtuvo favores sexuales.

Es relevante la distinción que el TS realiza que lo que se le cuestiona es un imperativo profesional y no moral, de su deber de abstenerse de acudir a ese tipo de lugares, porque era difícil evitar que su condición profesional interfiriera. (Acudía precisamente a establecimientos dentro de su radio de acción profesional o en el territorio donde desempeñaba su cometido policial). Se interfería, según la sentencia dos condiciones: cliente de los locales y profesional de la policía. Era sobradamente conocido en tales bares a los que acudía, tomaba copas gratis y “se movía desenfadadamente” por las habitaciones, llegando a tener relaciones sexuales sin contraprestación. Incide

la sentencia además en que las trabajadoras del sexo que hacían los “favores” se hallaban en situación administrativa irregular en nuestro país, lo que también es relevante pues nos sitúa en un contexto de presión y el temor a sufrir represalias.

En el “cohecho de facilitación”, vemos justamente que una de las características principales es que la figura prescinde de la reseña alternativa del anterior art. 426 CP, referida a conductas cuya valoración penal es distinta, por una parte, el cohecho cuya prestación es un acto no prohibido legalmente, y por otra aquel en que se entrega la prestación en consideración a las facultades del funcionario. La nueva redacción permite circunscribir esta modalidad a aquellos comportamientos en los que se busca retribuir al funcionario para tenerlo en un pie de disposición hacia el perpetrador. Con esta nueva modalidad, se pretende sancionar acciones en las que se entabla un trato entre funcionario y particular con el objetivo de predisponer favorablemente a aquél, sin que se persiga la adopción de actos concretos justos o injustos. Se trata de sancionar la venalidad en la actividad pública.

Finalmente es de admitir la posibilidad de concreción de un delito masa, categoría conceptual que -en la ideación de SÁINZ CANTERO- consiste en una “singular modalidad delictiva estructuralmente próxima al delito continuado, caracterizada por la reiterada infracción de un mismo precepto penal contra una pluralidad indeterminada de sujetos pasivos, considerados como una masa innominada de titulares de bienes jurídicos en los que incide una concatenación de actos que son secuencias de un comportamiento típico conjunto”<sup>1076</sup>.

---

<sup>1076</sup> SÁINZ CANTERO, José Antonio, siendo citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 287.

### III.- Concurso de leyes penales

#### A) Delimitación conceptual

El concurso aparente de leyes penales, tiene cabida cuando el contenido del ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando entre los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. La caracterización de las diferentes formas que pueden alcanzar las relaciones entre los tipos penales en el caso de concurso de leyes es considerada, lo mismo que la delimitación de uno y otro supuestos, como de “discutida y sin ninguna esperanza”<sup>1077</sup>. La consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no debe computarse otras violaciones de la ley. Ello marca una diferencia fundamental con la consecuencia jurídica del concurso ideal, debido al principio de absorción se aplica la pena del delito más grande, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones de la ley, y que el artículo 68 sólo sería aplicable al concurso ideal<sup>1078</sup>.

Se señala que habrá<sup>1079</sup> un concurso aparente de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando entre los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. La caracterización de las diferentes formas que pueden alcanzar las relaciones entre los tipos penales en el caso de concurso de leyes es considerada, lo mismo que la delimitación de uno y otro supuesto, como de “discutida y sin ninguna esperanza”.

---

<sup>1077</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, op. cit., págs. 242 y sgts.

<sup>1078</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, op. cit., pág. 243.

<sup>1079</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, op. cit., pág. 239.

Los efectos del concurso aparente residen en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no debe computarse otras violaciones de la ley. De acuerdo con el principio de resolución de concursos aplicándose la especialidad, subsidiaridad y la consunción, y sólo de manera subsidiaria de los principios antes vistos se aplica el criterio legal de alternatividad<sup>1080</sup>, de esta forma, se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones de la ley penal.

## **B) Principios de resolución del concurso aparente de normas penales**

Existen diversos criterios normativos aplicables cuando existe por un acto singular, pero que concurren diversas leyes penales que regulan la acción típica, debiendo sólo apreciar el quebrantamiento de la norma prevalente desestimando las demás normas concurrentes<sup>1081</sup>.

### **1. Principio de especialidad**

Habrá relación de especialidad cuando un tipo penal tenga todos los elementos de otro, pero, además, algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad. En verdad, la realización del tipo especial no es sino una forma específica de lesión de la ley más general. Como indica POLAINO NAVARRETE<sup>1082</sup>, “se determina la prioridad de una ley en virtud de la específica singularidad de los elementos típicos contenidos en una de ellas respecto de las demás”.

---

<sup>1080</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 282.

<sup>1081</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 278.

<sup>1082</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 278.

## 2. Principio de subsidiaridad

La subsidiariedad actúa cuando ya no es posible establecer un único punto de vista en su fundamentación, cuando un tipo penal sólo le sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro. De esta manera se establece un orden de prioridad de la norma conforme a su naturaleza primordial de una ley respecto de otras que son accesorias a la misma<sup>1083</sup>. La subsidiaridad puede ser *expresa* o *tácita*, según esté ordenada en la ley o deba ser deducida de esta interpretación.

## 3. Principio de consunción

La relación de consunción se da cuando el contenido de lo ilícito y la culpabilidad de un delito está incluido en otro. En otras palabras, se produce una impregnación del desvalor divulgado por una norma en el previsto por otra en la cual aquella es enteramente posesionada<sup>1084</sup>.

## 4. Principio de alternatividad

La alternatividad, que viene de alternativo<sup>1085</sup>, expresa que en definitiva, al encontrarse con dos normas que presuntamente regulan el tema delictual, debe elegirse una de las leyes concurrentes, basado en la valoración de gravedad del acto regulado, al hacer la elección quedarán excluidas la demás norma.

---

<sup>1083</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 278.

<sup>1084</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición, op. cit., pág. 278.

<sup>1085</sup> Que es opción entre dos o más cosas. DICCIONARIO de la Real Academia Española, Edición número 23ª, año 2014. DOMINGUEZ CORRE, Marcelo, *El desistimiento de la tentativa*. Ed. IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

Finalmente, la preterintencionalidad<sup>1086</sup> considera que sólo cabe incluir en el cohecho la prestación de favorecer sexuales cuando sea propuesta por el particular y no cuando sea solicitada por el funcionario, que en este caso integraría el delito de sollicitación sexual del art. 443 CP, toda vez que, sin perjuicio de la eventual la existencia de un concurso aparente de normas en determinados casos, es indubitado que este tipo de prestaciones se integran con toda normalidad en el concepto de favores<sup>1087</sup>.

Es así que se entiende que con la redefinición de tipos penales efectuada el año 2010 se ha utilizado una fórmula mucho más clara y sencilla. Actualizando por ejemplo los términos empleados para identificar la contrapartida, objeto de la corrupción, en todas las formas de cohecho, refiriéndose a la contraprestación como: “dádiva, favor o retribución de cualquier clase”. De este modo se ha visto también ampliado el alcance de este elemento típico pudiendo cubrir los supuestos en los que lo prometido o entregado es un favor sexual. No obstante, esta ampliación sigue siendo relevante la probanza de las ventajas objeto del intercambio que suponen una mejora para el funcionario, o un tercero, evaluable económicamente<sup>1088</sup>. No obstante compartir en determinado aspecto con la autora, estimó que, con la modificación de la LO 5/2010, lo que se buscó fue ampliar el objeto prometido de intercambio a cualquiera que tenga la entidad suficiente para corromper al funcionario, y como hemos visto desde tiempo inmemoriales el sexo siempre ha sido una moneda de cambio que ha logrado la inclinación de una balanza, económica, ética, moral etc., de una persona en favor de quien entrega la prestación sexual.

Es interesante preguntarse si el corruptor, por ejemplo por medio de entrega de una prestación sexual, debe responder además de por el delito de cohecho activo en que ha incurrido, como inductor del delito cometido por el

---

<sup>1086</sup> Citados por ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 397.

<sup>1087</sup> Citados por ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., págs. 399.

<sup>1088</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Modificaciones en materia de cohecho*, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, 1ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, pág. 468.



funcionario, pues se ha comprado un acto público y además se ha inducido al servidor público a la comisión de un delito. Se ha estimado que esta previsión vulnera claramente el *non bis in idem*, pues sanciona dos veces al particular por la inducción efectiva del funcionario respecto de un acto del mismo<sup>1089</sup>.

No obstante, los argumentos esgrimidos con la posibilidad de concursos de delitos, estimamos que sí es factible, tanto para el corruptor (que tiene la misma calidad de corrupto) como para el funcionario corrompido. Con respecto a la posibilidad de concurso con el delito de prevaricación, el TS ha señalado<sup>1090</sup>: el delito de cohecho es independiente de la prevaricación, pues el cohecho entra en juego sin consideración del resultado perseguido por él (prevaricación) y la prevaricación sin tener en cuenta la existencia de una contraprestación por la conducta prevaricadora, máxime cuando el legislador ha hecho una previsión expresa a favor del concurso de delitos al disponer, que las penas previstas se aplican sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa (art. 419 in fine).

El cohecho de funcionario de los art. 419 y 420 CP implicaría la imposición de penas de inhabilitación especial para el cargo. No sucede lo mismo con el cohecho de particular del art. 424 CP, el cual, sin embargo, cuando se trata de actuaciones vinculadas con actos de contratación, establece la imposición de 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, del art. 424.3 CP, ausente de los art. 419 y 420 CP. Es más, la circunstancia de que inhabilitación prevista en el art. 419 CP sea con un máximo de doce años y la del art. 424.3 CP sea de diez años, determina también unos plazos de prescripción diferente, lo que implicaría la extinción del cohecho de particular, pero la pervivencia del cohecho de funcionario. Por tanto, en última instancia

---

<sup>1089</sup> MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / RODRÍGUEZ PUERTA, María José, y Otros, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición, Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1245.

<sup>1090</sup> SAP Andalucía Nº 202/2007. ROJ 5505/2007. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA. Nº Recurso: 364/2003. Fecha: 20/03/2007. Tipo Resolución: Sentencia.

en este tipo de casos no se puede sustraer la necesidad de acudir a la regla de la alternativa para resolver el concurso de leyes (art. 8.4 CP<sup>1091</sup>) atendiendo a las peculiaridades del caso<sup>1092</sup>.

#### **IV.- Propuestas político-criminales**

##### **A) Políticas anticorrupción a nivel internacional**

La corrupción pública comienza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público, es decir, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales, así entonces, no se utiliza correctamente al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener propios criterios<sup>1093</sup>. La corrupción puede ser analizada desde distintos puntos de vista; sociopolítico; psicológico; sociológico, y ético-jurídico siendo su principal característica el abuso de las potestades públicas para satisfacer intereses privados por sobre los generales.

Es relevante la distinción que hace referencia a la finalidad de la corrupción, en que no se atiende a la utilización de dinero con fines corruptores sino a la del poder con fines lucrativos. Además, también en ellas se destaca la importancia de que el abuso de poder conlleve la realización de una actuación ilícita<sup>1094</sup>. Ciertamente la corrupción como práctica extendida, se desconoce cuáles pueden llegar a ser sus alcances, que incluye incluso la ingobernabilidad de un país.

---

<sup>1091</sup> Artículo 8 del CP “(...) 3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

<sup>1092</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, en VV.AA., *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, op. cit., pág. 399.

<sup>1093</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *La lucha contra la corrupción política*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, N° 18-01, año 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194. (Citando a NIETO GARCIA Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, pág. 7), op. cit., pág. 5.

<sup>1094</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *La lucha contra la corrupción política*, op. cit., pág.6.

¿Significa ello que debemos recurrir al Derecho penal para solucionar la problemática expuesta, ya sea creando normas que pretendan abarcar todas las formas de corrupción? Nos parece que desde un punto de vista de los principios que informan al Derecho penal, pasando por elementos éticos y jurídico-prácticos, no parece del todo inconveniente.

No obstante lo expuesto, y en el entendido que la normativa penal que regula actualmente el delito de cohecho es suficiente, ello no significa que la preocupación por el fenómeno de la corrupción que se extiende en diversos ámbitos de la vida pública tiene mayor interés y preocupación en la Administración del Estado, debido a que se afecta la confianza de los ciudadanos, en cuanto al ejercicio de la función pública la cual debe tender a satisfacer los intereses generales asegurando las instituciones democráticas, garantizando la igualdad de derechos y oportunidades de los ciudadanos en diversas actividades, fomentando el desarrollo y crecimiento económico y financiero del país.

Respecto de la regulación de la corrupción internacional, se encuentra referida especialmente a las acciones de cohecho y tráfico de influencias. La carestía de regulación internacional del delito de cohecho no es algo nuevo, vemos que la necesidad de establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para las personas jurídicas, vienen desde hace bastante tiempo. En este sentido, William Clifford, Secretario Ejecutivo del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kyoto (Japón) entre el 17 y el 26 de agosto de 1970, describía así, en los trabajos preparatorios de dicho Congreso, el interés de la ONU en el delito: “(...) el problema del crimen en el mundo interesa a la ONU por muchas razones. Evidentemente, está directamente vinculado al objetivo principal de la Organización de sus Estados miembros: la paz mundial. Porque la paz es indivisible y no puede considerarse independientemente de la acción recíproca de los pueblos, tanto en la esfera interna, como a un lado y otro de las fronteras”<sup>1095</sup>.

---

<sup>1095</sup> ONU, Chronique mensuelle. Vol. VII, Nº 5, 1970, pág. 73. Citado por MARTÍ DE VESES, M<sup>a</sup> del Carmen, *El Derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y*

Por otra parte, se ha hecho del todo necesaria una regulación moderna a estos delitos, atenta a la globalización que ha permitido el agravamiento de los efectos del fenómeno de la corrupción. Frente a estas amenazas, la comunidad internacional ha tenido la capacidad de respuesta por medio de diversos Convenios internacionales que regulan la materia, acciones a las que España se ha sumado y que han permitido una mayor cooperación internacional y protección de los intereses, en especial económicos del Estado y sus nacionales españoles, en especial en el comercio internacional.

En la mayoría de los delitos de alcance internacional no hay tipos penales totalmente nuevos, salvo en formas completamente casuales de manifestación, derivadas de los avances tecnológicos y las facilidades de comunicación y transporte: el asesinato de personas por motivos políticos o económicos, la corrupción funcionaria, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud, la piratería, las falsificaciones, la corrupción de menores y el secuestro de personas, e incluso la criminalidad económica, particularmente el lavado de dinero y el aprovechamiento de los efectos de los delitos son todos hechos sancionados de una forma u otra en todos los Códigos decimonónicos y aun, entre nosotros, desde las Partidas<sup>1096</sup>.

A nivel internacional, se están haciendo múltiples esfuerzos para prevenir y sancionar la corrupción, necesidad que se ha ido acrecentando atendida la cada vez más creciente relación internacional, y por ende, la interdependencia que se va dando entre organismos internacionales, empresas transnacionales, Estados, personas naturales, etc. Por tanto, los Estados al intentar la implementación de políticas anticorrupción, como la muy resistida responsabilidad penal de las personas jurídicas, deben centrarse en un sistema

---

*estupefacientes*, en VV.AA., *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia: Universidad de Valencia, 1977, págs. 257 a 295.

<sup>1096</sup> MATUS, Jean Pierre, *Informe a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Honorable Cámara de Diputados de Chile, sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*, mensaje N° 018-357, págs. 285 – 306, Santiago, 28 de mayo del año 2009, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) (Biblioteca del Congreso Nacional).

de sanciones “eficaces, proporcionales y disuasivas, incluidas sanciones monetarias”<sup>1097</sup>.

No obstante lo expuesto, las sanciones administrativas o civiles no son suficientes para desarticular y desincentivar la creación de nuevas organizaciones delictuales a nivel internacional, mismas que en no pocas ocasiones se estructuran de tal manera que favorece o se aprovecha del lavado de dinero, el financiamiento de terrorismo y el cohecho, no puede quedar inmune a las sanciones penales, con independencia de la responsabilidad que les cabe a las personas naturales que toman las decisiones o ejecutan los hechos delictivos. Naturalmente, dado que dichas sanciones afectarán el patrimonio o la organización social, indirectamente ellas repercutirán en el patrimonio de quienes poseen participaciones sociales (en la medida de su participación), pero no han tomado las decisiones ni ejecutado los hechos delictivos, del mismo modo como les repercuten las ganancias y las pérdidas proporcionalmente a su participación, pues ellos también son responsables de contribuir a la existencia de la organización.

Desde el punto de vista estricto del Derecho internacional, la cuestión también no parece ser ya el “si” se debe establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino el “cómo” hacerlo en el marco de nuestro Estado de Derecho, teniendo en cuenta lo que, a la hora de implementar disposiciones emanadas del Derecho Internacional, como señalan las indicaciones generales de las Guías Legislativas elaboradas por la UNODC<sup>1098</sup> para la implementación de la Convención, en que se recomienda que los legisladores verifiquen la coherencia con otros delitos, definiciones y usos legislativos, antes de emplear las formulaciones o la terminología de la Convención. La Convención se redactó con fines generales y va dirigida a los gobiernos

---

<sup>1097</sup> *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, 2000. Art. 10 núm. 4 (La convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003) <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC>.

<sup>1098</sup> UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. año 2000, art. 10 núm. 4, (la mencionada Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003). [www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC). Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

nacionales. Por consiguiente, su nivel de abstracción es mayor que el necesario para la legislación interna.

De ahí que los legisladores deban tener cuidado de no incorporar literalmente partes del texto. En lugar de ello, se les anima a que capten el espíritu y significado de los distintos artículos. Insistiéndose después en que los legisladores nacionales deberán concentrarse en la sustancia y el espíritu de la Convención, y no intentar traducir simplemente su texto o incluirlo literalmente en nuevas leyes o enmiendas. La redacción de leyes sobre nuevos delitos y su aplicación, incluidos los medios jurídicos de defensa y demás principios jurídicos, quedan reservadas a los Estados Parte: “(...), por consiguiente, los legisladores deben cerciorarse de que los nuevos artículos estén en consonancia con la tradición jurídica, los principios y las leyes fundamentales del propio país. Así se evitará el riesgo de conflictos e incertidumbre acerca de la interpretación de las nuevas disposiciones por parte de los tribunales o los jueces”.<sup>1099</sup>

Los tipos penales de cohecho internacional han sido objeto de diversas modificaciones en la legislación nacional, debido a los compromisos adquiridos por el Estado a nivel internacional, especialmente las recomendaciones formuladas por la OCDE para cumplir con las obligaciones impuesta por la Convención<sup>1100</sup>, que España firmó el 17 de diciembre de 1997 y ratificó el 3 de enero de 2000 (publicándose el Instrumento de ratificación en el BOE de 22 de febrero de 2002) el Convenio contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que recoge una serie de obligaciones para los Estados Parte en relación en especial con la tipificación del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones.

---

<sup>1099</sup> UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. año 2000, art. 11 núm. 4.

<sup>1100</sup> *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). firmada en Francia en 1997 y entró en vigor el 26 de julio de 1999.

El CP de 1995, fue modificado varias veces en la regulación de personas jurídicas, pero en especial los fue por LO 3/2000<sup>1101</sup>, al introducir un nuevo Título XIX *bis*, bajo la rúbrica “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, con un único art. 445 *bis* del CP, en el Libro II del CP de 1995, que contemplaba un delito de estas características. De acuerdo con la Exposición de Motivos, “(...) se pretende así complementar la normativa penal, incluyendo los presupuestos de este Convenio que no podían ser previstos por el legislador de 1995, ante el fenómeno de la corrupción en las, cada día más frecuentes e intensas, transacciones comerciales internacionales. Para ello se ha considerado adecuado establecer un nuevo Título en el Código Penal, numerado como XIX *bis*, que protege el bien jurídico de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales”<sup>1102</sup>. Tras ser evaluada esta normativa penal en el año 2000 se llegó a la conclusión de que cumplía el Convenio en términos generales. Ahora bien, en el informe se recogieron algunas observaciones relativas a las sanciones y a la responsabilidad de las personas jurídicas. Así, en relación con la primera cuestión, se expresaron temores relativos a que la remisión a las penas previstas en el art. 423 del CP, en sus respectivos casos, suponía una complejidad añadida que resultaba innecesaria y podía dificultar en algún supuesto la aplicación del delito; y en relación con la segunda cuestión, se señaló que las penas podían no ser siempre eficaces, proporcionadas y disuasorias, como exigía el art. 3 del Convenio OCDE<sup>1103</sup>. En particular, suscitó dudas la referencia del art. 420 del CP a “un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito”, pues se consideró que podía existir un ejercicio de discreción cubierto por el Convenio que, sin embargo, pudiera no considerarse un “acto injusto” de acuerdo con el art. 420 del CP, y ello a pesar de que las autoridades españolas habían puntualizado que por “acto injusto” se entendía tanto una

---

<sup>1101</sup> 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 Publicado en BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000. Vigencia desde 01 de febrero de 2000.

<sup>1102</sup> *Vid.* Exposición de Motivos del CP de 1995.

<sup>1103</sup> *Vid.* *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales* (OCDE).

violación del Derecho administrativo o civil como la del estándar ético o el incumplimiento de deberes que conciernen al funcionario público.

Bajo el mismo orden de ideas, es importante señalar que se planteó que la inexistencia de una definición auténtica de “autoridad o funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales” en el propio CP podía llevar a que la jurisprudencia adoptara un concepto no acorde con el empleado en el Convenio OCDE, a pesar de que las autoridades españolas habían señalado al respecto que los jueces y tribunales aplicarían la definición contenida en el art. 1 del Convenio, sobre la base de lo previsto en el art. 96.1 de la CE de 1978, según el cual “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”<sup>1104</sup>. También la doctrina entendía que los tribunales habrían de acudir a lo dispuesto en el Convenio OCDE<sup>1105</sup>.

España se ha comprometido a cumplir los acuerdos internacionales de lucha contra la corrupción, pero no ha llegado a trasladar todas las recomendaciones a la legislación ni a investigar los posibles casos en el exterior. Por esta razón, Transparencia Internacional lleva una década suspendiendo a España en su informe: “Exportando Corrupción”<sup>1106</sup>, que se centra en el estudio de los sobornos internacionales. En el informe correspondiente al año 2015, España aparece de nuevo entre los 20 del total de 41 países que firmaron en 1997 el llamado “Convenio Anticohecho”<sup>1107</sup>,

---

<sup>1104</sup> Artículo 96.1 de la CE de 1978: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

<sup>1105</sup> FARALDO CABANA, Patricia, *El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXVI, Núm. 2148, Noviembre de 2012 [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj), pág. 5.

<sup>1106</sup> Transparencia Internacional, Informe *Exportar Corrupción*. Reporte de Avance de 2015: Evaluación de la aplicación de la Convención de la OCDE para Combatir el Soborno Transnacional. Accesible en la página web siguiente: [www.transparency.org](http://www.transparency.org). Consultado 14 al 19 de noviembre de 2016. Págs. 11 y 12.

<sup>1107</sup> *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*, Organización para la Cooperación y Desarrollo



promovido por la Organización de Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), pero que no ha cumplido con los compromisos de lucha contra la corrupción pública y privada de los países en el exterior.

Según el informe del 2015, se puede tomar como ejemplo a España, entre otros países, como Grecia, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega y Polonia, en los que se necesitan tanto recursos financieros como formación especializada sobre el soborno transnacional para los investigadores y los organismos especializados encargados de velar por el cumplimiento de la ley.

Es así como vemos que la mayoría de los países de la Convención de la OCDE, la legislación y aplicación de protección para los denunciantes sufren de deficiencias importantes. Existen debilidades en los marcos legales pertinentes de Argentina y Australia (en el sector privado), Bulgaria, Chile, Colombia, la República Checa, Dinamarca (en el sector privado), Estonia (en el sector privado), Finlandia, Alemania, Grecia, Italia, Corea del Sur (en el sector privado), Letonia, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal (en el sector privado), España y Suecia<sup>1108</sup>.

Por otra parte, el informe de 2015, establece que la disponibilidad de información relativa a investigaciones, casos judiciales, juicios y acuerdos aún continúa siendo un problema en muchos países, entre ellos España.

En lo relativo a la recolección de datos estadísticos a la aplicación de las medidas contra el soborno transnacional, no hay señal de mejora en este ámbito, pues en España junto a países como Argentina, Francia, Irlanda, Portugal y Eslovenia, la recolección y publicación sistemática de datos sobre la aplicación de las medidas sufre de importantes deficiencias.

---

Económico (OCDE). Firmada en Francia el 17.XII.1997 y entró en vigor el 26 de julio de 1999. publicándose el Instrumento de ratificación en el BOE de 22 de febrero de 2002.

<sup>1108</sup> Transparencia Internacional, Informe *Exportar Corrupción*. Reporte de Avance de 2015: Evaluación de la aplicación de la Convención de la OCDE para Combatir el Soborno Transnacional. Accesible en la página web siguiente: [www.transparency.org](http://www.transparency.org). Consultado 14 al 19 de noviembre de 2016, págs. 1 y 2.

Permanentemente estamos viendo como a nivel internacional se están realizando conferencias, simposios, reuniones bilaterales y multilaterales entre distintos países del orbe, así como los instaurados y dirigidos por organizaciones establecidas directamente para atacar el flagelo de la corrupción, que entre las últimas podemos encontrar Conferencia Internacional Anticorrupción, desarrollada en ciudad de Panamá los primeros días de diciembre del año 2016.<sup>1109</sup>, pero que en definitiva uno a la analizar los resultados de muchas de estas conferencias, partiendo de la basa que muy pocas de ellas se traducen en acuerdos multilaterales que sea integrados a los ordenamientos jurídicos nacionales, sólo se quedan en un cumulo de buenas intenciones e ideas, pero de muy poca efectividad.

## **B) Alcance y límites de las políticas anticorrupción nacionales**

Los distintos gobiernos españoles no han cumplido con los pactos firmados en 1999 con el GRECO<sup>1110</sup>, donde están representados 48 países europeos más Estados Unidos de Norteamérica. Las asignaturas pendientes de España son la protección de los denunciantes en el sector público y privado, la creación de datos estadísticos “fiables” sobre los casos investigados, acusaciones y juicios, así como la dotación de más recursos públicos y privados para combatir la corrupción internacional.

Cuando España decide participar en la OCDE<sup>1111</sup>, asume el compromiso de investigar y perseguir la corrupción transfronteriza y que su incumplimiento no debiera tolerarse. Los países firmantes tienen la potestad de aplicar la legislación contra el blanqueo de capitales ante cualquier sospecha de cohecho y soborno, entre otras medidas.

La ONG Transparencia internacional, con sede en Berlín, señala en sus conclusiones que el principal obstáculo de España en la lucha contra la

---

<sup>1109</sup> International anti-corruption Conference. (IACC) N°17° (Conferencia Internacional Anticorrupción, Panamá 2016) Consultado en Línea Diciembre de 2016. <http://www.antai.gob.pa/>

<sup>1110</sup> GRECO: Grupo de Estados contra la corrupción (Consejo de Europa).

<sup>1111</sup> OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

corrupción internacional, sigue siendo la falta de recursos públicos destinados a este fin. El informe no pasa por alto la corrupción nacional y recuerda que los cerca de 800 casos internos que se están investigando, impiden la acción de la Fiscalía en el exterior. No obstante, la ONG estima alentador el avance que ha dado España por los cambios introducidos en el Código Penal, aprobado el 1 de julio de 2015, pero le recuerda que no ha aplicado las medidas propuestas contra el soborno en el extranjero, lo que dificulta el aprobado en el próximo informe. Los cambios planteaban reforzar a la Policía, los fiscales y el poder judicial, así como los abogados y el sector privado. Un dato que prevé otro mal resultado el año que viene. Las carencias en los recursos se reflejan en los datos de las investigaciones abiertas en los últimos años. España no ha sido capaz de aportar al informe ninguna investigación abierta contra la corrupción internacional entre 2012 y 2013. En la última década, sólo ha reportado dos casos, uno en 2010 y otro en 2011. Ninguno concluyó en sanción o pena alguna.

Durante el mayo del año 2016, en Londres se efectuó la cumbre anticorrupción en que participaron más de 40 países, antes del inicio el primer Ministro de Inglaterra David Cameron<sup>1112</sup>, manifestó lo siguiente “La corrupción es enemiga de la prosperidad y la raíz de muchos de los problemas en el mundo. Destruye el empleo y retrasa el crecimiento económico. Atrapa a los pobres en una pobreza aún más extrema y socava nuestra seguridad al empujar a la gente a unirse a grupos extremistas”. De esta manera vemos que el tema anticorrupción sigue estando dentro de las agendas internacionales, como un flagelo que afecta a la sociedad mundial.

No obstante los encomiables principios que se expusieron en la cumbre<sup>1113</sup>, no dejan de ser simplemente un enumeración de “buenos

---

<sup>1112</sup> Anti-Corruption Summit 2016, efectuada en Londres el 12 de mayo del año 2016. Consultada en línea Nov. De 2016. <http://imco.org.mx/competitividad/cumbre-global-anticorrupcion-londres-2016/>

<sup>1113</sup> “1.-La corrupción debe ser expuesto, asegurándose de que no haya donde esconderse: Al acabar con el mal uso de las compañías anónimas para ocultar el producto de la corrupción. Expulsando a los abogados, agentes inmobiliarios y los contadores que facilitan o son cómplices de la corrupción y los corruptos negar el uso de canales comerciales legítimos. Al aumentar la transparencia de los presupuestos gubernamentales, información fiscal y las adquisiciones para disuadir la evasión de impuestos y exponer el robo o mal uso del dinero de los contribuyentes. Por

sentimientos”, pero no existen un documento vinculante, o con la intención de hacerse vinculante en los países partícipes sobre tópicos determinados, como si fue visto en convenios internacionales, tanto zonales como mundiales<sup>1114</sup>.

### C) Toma de postura

El primer desafío que se encontró al analizar el cohecho fue el excelente nivel de tratados escritos sobre el tema, en que muchas posiciones se entremezclaban y se cruzan a la vez y en más de una oportunidad, con excelentes argumentos tanto doctrinales, legales y jurisprudenciales, tratando de abarcar las diversas posiciones, tomando una determinada postura de uno o de otro lado, y/o en definitiva adoptando un camino propio.

Durante el transcurso de análisis de la presente obra, hemos visto el tratamiento del delito de cohecho desde sus primeros atisbos doctrinales y

---

lo que es más fácil que la gente informe corrupción sin temor a represalias. 2.-Los corruptos deben ser perseguidos ni castigados y los que han sufrido de la corrupción plenamente compatible: Al hacer cumplir activamente las leyes contra la corrupción y trabajar juntos para perseguir a los corruptos, procesar y castigar a ellos. Siguiendo la pista a los activos robados y devolverlos de forma segura a sus propietarios legítimos. Mediante el envío de un mensaje claro a los corruptos: no habrá impunidad. Vamos a restringir su capacidad para operar en nuestros países. 3.-La corrupción debe ser expulsado, allá donde se encuentre: Al dirigirse a la corrupción reinante, que une a las instituciones y profesiones en todo el mundo para aumentar la capacidad y fomentar una cultura compartida de integridad. Al garantizar la transparencia y la gobernabilidad en áreas clave, como el deporte, extractivos y el sector de la seguridad. Mediante el uso de la innovación y las nuevas tecnologías para capacitar a los ciudadanos para luchar contra la corrupción. Alentando y apoyando a las organizaciones internacionales para aumentar su enfoque en la lucha contra la corrupción y para coordinar su trabajo con mayor eficacia”.

<sup>1114</sup> *Vid.* Convención para combatir el cohecho de servidor es públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE); Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos; Convenio penal sobre la corrupción, N° 173 del Consejo de Europa; Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos; Convención interamericana contra la corrupción (CICC); Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos; Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción. ONU (*Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*), Viena, 2004; Convenio de la UE. 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, 1997.

legislativos, pasando por las diversas modificaciones a los tipos penales que regulan los actos que la componen, hasta llegar a las últimas modificaciones introducidas por medio de la LO 1/2015.

Dentro de los cambios fundamentales, que estimo, se han dado en los últimos años, se encuentra la incorporación de la regulación del cohecho y su relación con las personas jurídicas, y el cohecho internacional. En este último caso con la problemática, especialmente procesal, de competencia, en que, si bien, la legislación española, ha avanzado a grandes pasos, existe a nuestro juicio, un regulación que debe ser afinada, como la revisión de penalidades y la institución de la delación compensada o excusas absolutorias existentes, que por un tema de formación jurídica, es una institución que no compartimos, toda vez, que el fin no justifica la utilización de cualquier medio para conseguirlo, por muy loable que sea el fin.

#### **V.- Síntesis**

En el presente capítulo se ha descrito los sujetos activos del delito de cohecho, y sus cualidades personales, que a su vez se relacionada con la comunicabilidad del delito de cohecho. Sobre la comunicabilidad se revisó la falta de justificación de sancionar con la misma pena al servidor público y al particular al que se le solicita la retribución, pues el desvalor en este caso es distinto, pues el servidor público lesiona unos deberes adicionales que deben tener una pena mayor o en su caso que legitiman una pena menor para el particular, más aun si ha sido el propio servidor público quien ha realizado la solicitud, por tanto llama profundamente la atención de esta equiparación de respuesta penal, a actos diversos y ejecutados por personas, cuyas obligaciones y responsabilidades, por cierto son disímiles, de esta manera creemos que el legislador se auto limitado referido al quantum sancionatorio es una idea loables, esto es la simplificación de penalidad, per ha descuidado elementos que no son adjetivos a los sujetos activos, sino que son sustantivos al mismo, esto es la calidad de un funcionario público, en que compartimos lo citado por varios autores, referido a que la infracción de parte del funcionario es múltiple, ya que defrauda la confianza depositada por la sociedad para la

concreción de bienes colectivos por medio de su persona, por lo mismo el daño a la sociedad en su conjunto, no es sólo pecuniario, ya que se incluyen bienes subjetivos como la confianza ciudadana y la credulidad social.

Más aún, muchos de los conflictos penales que se producen por la acción de funcionario, si bien son resueltos por el CP, especialmente basado en el principio de especialidad, hay no pocas ocasiones en que estos conflictos deben ser solucionados vía concursal, en que, por su aplicación, en multiplicidad de ocasiones, el especial el funcionario, recibe una sanción menor.

## CONCLUSIONES

1. En la elaboración del presente trabajo, se intentó profundizar en la interrogante ¿es el Derecho penal la mejor vía para solucionar la problemática expuesta? creando normas que pretendan abarcar todas las formas de corrupción, y nos parece que desde un punto de vista de los principios que informan al Derecho penal, pasando por elementos éticos y jurídico-prácticos, no es del todo conveniente.

2. El capítulo I afronta el análisis del tratamiento legislativo del comportamiento delictivo del cohecho, realizando un examen de la evolución histórica del tipo penal en la legislación penal, y poniendo de relieve cómo su transformación se ha visto afectado por las distintas visiones de la sociedad que la España contemporánea ha transitado.

3. Es así como se ha procedido a la incorporación del análisis de tres grandes hitos jurídicos en las últimas décadas referidos a la regulación de la figura delictiva. La primera fase se centra en la configuración delictiva contenida en el Código penal de 1995. Seguidamente se pasa a la revisión de las modificaciones del Código penal introducidas por sendas Leyes orgánicas de 2010 y 2015, respectivamente, en las que, además de introducir nuevas figuras penales, incluyendo regulación a nivel internacional, se sistematizan de mejor manera las ya existentes. Por último, la LO 1/2015, además de constituir la más novel modificación, representa sin duda un elemento aglutinador y coordinado de las normativas existentes, que se ve reflejado en una mejora sustancial en la regulación del delito de cohecho.

4. Asimismo en el capítulo I también se somete a consideración la normativa “accesoria”, de singular relevancia práctica en contenidos regulativos como los relativos a instituciones como el comiso y el decomiso

ampliado, y las excusas absolutorias, cuya delimitación permite en la praxis el desenvolvimiento de los tipos legales que regulan la materia.

5. En el capítulo II, al tratar la acción típica del delito de cohecho, se ha podido apreciar la problemática respecto a su ubicación sistemática del tipo legal en el ordenamiento penal, sometiéndose a singular análisis las distintas modalidades delictivas y su respectivo tratamiento punitivo, incluyendo diferencias penológicas que en varias ocasiones denotan un fundamento de carácter dogmático, y en otras exigencias de índole político-criminal.

6. Asimismo se han analizado los criterios de clasificación de los tipos de delito de cohecho, atendiendo al encuadramiento de la figura a los efectos sustantivos y procesales, en el contexto de un examen que no es del todo pacífico atendida a diferencias importantes entre las distintas posiciones teóricas sustentadas. El estudio se engarzó necesariamente con el análisis de los elementos típicos de la figura, a fin de poder desenmarañar la naturaleza jurídica del delito, que a su vez se ve afectado por la irrupción de figuras como el cohecho internacional, en que varios principios procedimentales se ven afectados, y que se han ido solucionando en base a la doctrinal jurisprudencial y a las normativas internacionales que se ha dedicado a regular el tema.

7. En el capítulo III se ahondó en la estructura del injusto típico y en la delimitación del bien jurídico protegido, cuestiones dogmáticas en este tipo de delito que se caracterizan por el sentido dinámico del debate en la perspectiva jurídico-comparada, incluyen singularmente las visiones alemanas e italianas sobre el punto. Existe una visión que por nuestra parte compartimos relativa a que estamos a presencia de un objeto de protección que no es un bien simple sino complejo, en que se reconoce como tal el correcto ejercicio de la función pública y por la incorruptibilidad de los titulares de la misma, sin las exigencias de cualidades funcionariales plausibles como la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración Pública. Como podemos apreciar, la postura reafirma lo expuesto en el sentido que es un único el bien jurídico el protegido, pero a su vez complejo en sus elementos.



**8.** En los capítulos IV y V se ha tratado el delito de cohecho desde el punto de vista de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva, lo que ha permitido una mejor y más profunda respuesta tanto al nexo de imputación, como a la relevancia de los elementos subjetivos del tipo penal, incluyendo el planteamiento de una eventual comisión culposa del cohecho, y los supuestos de elementos negativos que afectan al tipo penal como el error de tipo y de prohibición.

**9.** Uno de los grandes hitos marcados por las últimas modificaciones legislativas, tratado en el capítulo VI, ha sido el que representa la irrupción de la regulación a las personas jurídicas, materia en la que el legislador aporta las precisiones necesarias para determinar qué se entiende por persona jurídica a los efectos penales, con la exigencia de distinguir necesariamente y de manera diferenciadora entre la responsabilidad de los representantes de estos entes sociales y la propia persona jurídica, distinguiendo no sólo el quantum sancionatorio si no que la naturaleza misma del reproche penal.

**10.** La natural ilación de conceptos en el análisis del *iter criminis*, tratado en el capítulo VII, torna en un relevante elemento de incriminación y juzgamiento del delito de cohecho la naturaleza del tipo penal, atendiendo a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la determinación del momento de la consumación, de la imperfecta ejecución de la tentativa, en el contexto que va desde la problemática del agotamiento material del delito hasta la de las hipótesis de los adelantamientos de punibilidad.

**11.** Finalmente en el capítulo VIII se trata de la intervención delictiva, de los concursos penales y de las propuestas político-criminales. Al ser el cohecho un delito de singulares características típicas, se hace necesario ahondar sobre los elementos cualificadores del mismo, con especial relevancia punitiva. La delimitación de los sujetos activos del cohecho no sólo se relaciona con la problemática de la comunicabilidad del mismo, sino además con los grados de intervención delictiva, ante las diferentes previsiones típicas y las diversas sanciones penales. Resulta asimismo necesario analizar las distintas formas de resolver la aparente superposición de normas positivas, cuya resolución efectiva se efectúa por medio de los criterios normativos

reguladores de los concursos penales, basados en los respectivos principios delimitadores de los mismos.

**12.** Las necesarias propuestas político criminales representan el desenlace natural al presente trabajo, en que modestamente nos dimos la libertad de proponer algunas ideas encaminadas a una permanente y necesaria mejora de la regulación penal al delito de cohecho, atendiendo a que tanto internamente como a nivel internacional hay mucho terreno fértil en que aún se ha de avanzar en la lucha contra la corrupción, en la convicción de que, si bien se han dado grades pasos en la materia, hay mucho camino todavía por recorrer.

## BIBLIOGRAFÍA

ABANTO, Manuel. “*La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado*”, Págs. 273 a 327. En VV. AA, *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

ABOSO, Gustavo Eduardo. *Los límites de la autoría mediata*. 1ª ed. Buenos Aires. Euros Editores S.R.L. año 2012.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Editorial EDERSA, año 1999 Madrid España. Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativo a la dadas, presentes, ofrecimientos o promesas, en estudios penales. Libro en homenaje al profesor José Antón Oneca. Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) en VV.AA. *Tratado de Derecho penal español, Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

ANTÓN ONECA José / RODRÍGUEZ MUÑOZ José/ JASO ROLDÁN, Tomás/ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal, Parte especial*, T. II, Madrid España. Año 1949, Ed. Gráfica Administrativa.

ARRIERO ESPÉS, Sara. *Cohecho impropio. Cuando la dádiva es sexual*. <http://saraarrieroespespenalista.blogspot.cl/2014/03/cohecho-impropio.html>. 13 de marzo de 2014.

ASÚA BATARRITA, Adela. (Coord.) En VV.AA. *El delito de tráfico de influencias*, en *Delitos contra la Administración pública*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, año1997.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en Documentación Jurídica, Buenos Aires, Tomo I, año 1983.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2004.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios constitucionales de Derecho penal*, Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires Argentina, febrero de 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general. Exposición referida a los Derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*. Tercera reimpresión. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996.

BARATTA, Alessandro, citando a Luhmann en artículo sobre *Integración y prevención. Fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Revista Doctrina Penal Año 8 N° 29 Buenos Aires Argentina año 1985.

BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, *Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos ISSN 1695-0194. RECPC 15-04 (2013)–<http://criminet.ugr.es/recpc>. – ISSN 1695 -0194.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FEERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Lecciones de Derecho penal, Parte general*. Editorial Praxis S.A., La Ley Barcelona 1999.

BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (compiladora). *Imputación objetiva y Dogmática penal*, en VV.AA. MIR PUIG, Santiago; MARTÍNEZ RINCONES, José F.; CANCIO MELIÁ, Manuel; LÓPEZ DÍAZ, Claudia; RYES ALVARADO, Yesid; MODOLLEL, Juan Luis. Esta publicación es una co-edición del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico -CDCHT- de la Universidad de Los Andes y FUNDACITE-Mérida, Producciones Karol, C. A. Venezuela 2005.

BOLEA BARDON, Carolina. *Deberes del administrador y prácticas de kick-back*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos ISSN 1695-0194. RECPC 17-17 (2015) – <http://criminnet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194

BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Delitos contra la Administración pública*. Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Mave, Buenos Aires, 2001.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Ariel, Barcelona. 1991.

CAMAÑO ROSA, Antonio. *Cohecho y soborno. Crónicas extranjeras*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales del Uruguay. Año 1961, Tomo 14, Número 2. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/20533> .

CANCIO MELIA, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza Argentina, año 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia/J. M. Bosch, Bogotá/Barcelona, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en PEÑA CABRERA FREYRE / MONTES FLORES / SÁNCHEZ MERCADO (coord.), Libro Homenaje al profesor Peña Cabrera, I, Ara Editores, Lima, 2006.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Editorial Tirant Lo Blanch, 3º Edición 1999.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergei. *Los delitos funcionario y la Política criminal de la sociedad del riesgo*. Universidad de Barcelona. Revista Catalana de Seguretat Pública, año 2003 diciembre: Núm.: 13, edición en castellano.

CARO JOHN, José Antonio. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Ediciones Grijley, Lima, 2003.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal, Parte general*, tomo I, editorial Temis, Bogotá, 1956.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal, Parte especial*, Volumen V, traducción de José J. ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO, 4º edición revisada, Editorial Temis, Bogotá, 1993.

CARRASCO ANDINO, María del Mar. *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*. Editorial Comares, Granada año 2002.

CASABO RUIZ, José Ramón. *La aplicación del Código penal de 1822*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXII, fascículo II, mayo-agosto de 1979. Murcia.

CASAS BARQUERO, Enrique. *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español*, en Documentación Jurídica N° 19, año 1978. Biblioteca Universidad de Sevilla.

CASAS BARQUERO, Enrique. *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*”, en *Estudios Penales. Libro homenaje al profesor José Antón Oneca*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

CATALÁN SENDER, Jesús. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, año 1999.

CRESPO, Eduardo. “*Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*” (paper en línea) 2001. Disponible en [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs /doctrinas /lh%20roxin.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs /doctrinas /lh%20roxin.pdf)

CÓDIGO PENAL. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, entran en vigor el 1 de julio de 2015, según establece la disposición final 8 de la citada Ley Orgánica. Ref. BOE-A-2015-3439. Asimismo, las modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, también entran en vigor el 1 de julio de 2015, según establece su disposición final 3. Ref. BOE-A-2015-3440.

CÓDIGO CIVIL y legislación complementaria. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889 Última modificación: 6 de octubre de 2015.

CÓDIGO PENAL CHILENO, edición digital [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) (biblioteca del Congreso Nacional). Código promulgado en Santiago. Noviembre 12 de 1874, última modificación: 21-ABR-2015, mediante Ley 20.830.

CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR CHILENO. Edición digital, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) (biblioteca del Congreso Nacional). Aprobado mediante DL 2226.- Promulgado en Santiago, 19 de diciembre de 1944. Última Modificación: 05-JUL-2016. Mediante Ley 20.931.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA. Promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1 de enero de 1948.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 27 de diciembre de 1978, Decimoctava edición, 2012. Editorial Tecnos, Madrid.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en MIR PUIG, Santiago (dirs). *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Capítulo V: Del cohecho. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, "Revista Jurídica de Cataluña", 1974, Vol. 73, N° 1.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Ediciones Bosch, Barcelona España, 1980.

CURY URZÚA, Enrique.: *Derecho penal, Parte general*. 7a edición ampliada. Santiago 2005: Ediciones Universidad Católica de Chile.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro; “*Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales*”, Revista de ciencias penales, vol. 4, 2001 -2002.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *La lucha contra la corrupción política*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N° 18-01, año 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695 -0194.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *El funcionario público ante el Derecho penal*. Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, N°. 20, enero de 2010.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *La lucha contra la corrupción política*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, .../N° 18-01, año 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. *Autoría y participación*. Revista de Estudios de la Justicia, Norteamérica, (en línea). 2008. N°10 disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewArticle/15219/15631>

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. *El delito de tráfico de influencias, en delitos contra la Administración pública*. En ASÚA BATARRITA, Adela. (coord.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, año1997.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. En VV.AA. *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*. Editores: Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca. 2001.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. *Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español*, en: Red Latinoamericana de Información y Documentación en Educación RDUC (Managua–Nicaragua), N° 7, 2004.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. *El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2007*, en: ARANGÜENA FANEGO, Coral/SANZ MORÁN, Ángel José (Coordinadores). *La reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008.

DICCIONARIO RAE, de la Real Academia Española, Edición número 23ª, año 2014.  
DOMINGUEZ CORRE, Marcelo. *El desistimiento de la tentativa*. Ed. IB de F. Montevideo-Buenos Aires. 2013.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte especial*, T IV. Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976.

FARALDO CABANA, Patricia. *¿Se adecua el derecho penal español al Convenio de la O.C.D.E. de la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3*. Año LXV. BMJ núm. 2148. Noviembre 2012 - ISSN: 1989-4767 - [www.mj.usticia.es/bmj](http://www.mj.usticia.es/bmj).

FARRE, Elena. *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in Causa*. (en línea) 2012. Disponible en <http://dspace.usc.es/handle/10347/4208> .

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. Universidad Autónoma de Madrid. INDRET revista para el análisis del derecho. año 2009. WWW. INDRET.COM.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Grijley, Lima, año 2002.

FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* Editorial Hammurabi, S.L., año 2007. Buenos Aires. Argentina.

FUENTES CUBILLOS, Hernán, citando al profesor Jesús Silva Sánchez. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*. Revista Ius et Praxis. V.14 n.2 Universidad de Talca. año 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007.

GERMÁN HASSEL, Guillermo Eduardo. *La tentativa*. Vista online 20/11/2016: <http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-enaltentativa/derecho-penaltentativa2.shtml#ixzz4RVwOCbGB>

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Del cohecho impropio “caso de los trajes” y de la imputación de los que presuntamente hicieron esos regalos, y acerca de la competencia del Tribunal del Jurado para conocer sobre el mismo*. Publicación del Diario el Mundo del día 14 de julio de 2009.

GIMBERNART ORDEIG, Enrique: *Imputación objetiva y conducta de la Víctima*. Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo LVIII Fascículo III septiembre diciembre de 2005. Ministerio de Justicia España.

GIMENO LAHOZ, Ramón/CORBELLA HERREROS, Teresa. *Delitos contra la Administración pública*. Título XIX, En *Delitos contra la Administración pública; contra la Administración de justicia y contra la Constitución*. Barcelona Bosch Icasa Editorial, año 1998.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Editorial Comares, Granada. 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) en VV. AA. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 2ª Edición 2015*. Editorial: Tirant lo Blanch 2ª Edición. Valencia. 2015.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GRANADOS PÉREZ, Carlos. *El instrumento en el delito de cohecho*, en VV.AA., delitos de los funcionarios públicos, cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordato y comentado*, Tomo IV, Salamanca. Ed. Esteban Hermanos, Biblioteca Universidad de Salamanca. Año 1912.

INFORME DE EVALUACIÓN RELATIVO A ESPAÑA. GRECO Grupo de Estados contra la corrupción. CONSEJO DE EUROPA. Estrasburgo, 11 al 15 de mayo de 2009.

INFORME EXPORTAR CORRUPCIÓN. Transparencia Internacional. Reporte de Avance de 2015: Evaluación de la aplicación de la Convención de la OCDE para Combatir el Soborno Transnacional [www.transparencia.org](http://www.transparencia.org)

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. (trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez), Madrid: Editorial Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. traducido por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires: Ad-Hoc SRL., 1996.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, en ÍDEM, Estudios de Derecho penal (trad. Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles), Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, Günther. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, edición a cargo de Cancio Meliá, Manuel/Feijoo Sánchez, Bernardo. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducido por Miguel OLMEDO CARDENETE, 5ª edición, Granada. Editorial Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. (T.V) Ed. Losada, Buenos Aires.1956.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Sociedad del riesgo e intervención penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 9/10/2014, núm. 16-08, consultada en línea Nov. 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal, Parte especial T. II* Ed. Jurídica de Chilena, Santiago 1983.

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal*, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

LAMARCA PÉREZ, Carmen; ALONSO DE ESCANILLA, Avelina; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NUEZ, Alicia. *Delitos La parte especial del Derecho Penal*. 3ª Edición, Colex Editorial. Madrid 2015.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*, 2 (3a. ed. en español, traducción de Luis Jiménez de Asúa), Madrid, Reus, 1927.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Informe a la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Honorable Cámara de Diputados de Chile, sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*, mensaje N° 018-357/ págs. 285–306, Santiago, 28 de mayo del año 2009, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) (Biblioteca del Congreso Nacional).



MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 1ª edición, Ed. Universidad de Talca, Talca, 2001.

MATUS, Jean Pierre; RAMIRÉZ, María Cecilia; POLITOFF, Sergio. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 2ª ed. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 2003. Tomo I.

MÁRQUEZ, Álvaro. *La autoría mediata en Derecho penal: formas de instrumentalización*. disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_24.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_24.pdf)

MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho penal*. Publicado en Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 14, agosto-2010, pp. 55-76. Lima.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal* (traducción y notas de la 2a. edición alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz; en dos tomos), Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado, 1955/1957.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Parte general*. Libro de Estudio (traducción de la 6a. ed. alemana de 1955 por Conrado A. FINZI), Tijuana, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.

MIR PUIG, Carlos. *El delito de cohecho en la reforma del Código penal*, Artículo publicado en Diario La Ley, N° 7603, Sección Doctrina, 4 de abril de 2011, Año XXXII, Ref. D-148, Editorial LA LEY.

MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Editorial Bosch, Barcelona, año 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, Parte general*. Barcelona, Séptima Edición, Editorial Reppertor, año 2005.

MIR PUIG, Santiago; GALLEGU SOLER, José Ignacio; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; BOLEA BORDÓN, Carolina; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; SANTANA VEGA, Dulce; MIR PUIG, Carlos; HORTAL IBARRA, Juan Carlos; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, CARPIÓ BRIZ, David. *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Editorial Tirant lo Blanch Colección: Tratados, Comentarios y Practicas Procesales 1ª Edición, 02/2011.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal, Concepto y método*. 2º edición. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2003.

MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Ediciones Bosch, Barcelona, año 2000.

MIR PUIG, Santiago (dirs) en VV.AA. *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010. CAPÍTULO V: DEL COHECHO*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MOLINA, Gonzalo J. *La constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el Código penal argentino*. <http://molinagonzalo.blogspot.cl/2015/09/la-constitucionalidad-de-los-delitos-de.html>. domingo, 13 de septiembre de 2015.

MORALES PRATS, Fermín, ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) en VV.AA. *Comentarios a la reforma penal del año 2010*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.

MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en VV.AA. *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª edición. Editorial Aranzadi, año 2011.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZALÉZ RUS, Juan José; PERIS RIERA, Jaime; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José; OLMEDO CARDENETE, Miguel, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Editorial Dykinson. Madrid 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, Parte especial*, 19ª edición, complementada revisada y puesta al día. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

NAQUIRA, Jaime. “*Autoría mediata y tentativa*”. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (en línea) 2005 vol. 26 N°1. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/569>

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en VV.AA., El nuevo Código penal: propósitos y fundamentos, Libro Homenaje al profesor Dr. Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, 1999.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, Ed. Civitas, 1980.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

OLIVER CALDERON, Guillermo. *Aproximación al delito de cohecho*, Revista del Centro de Estudios de la Justicia REJ, Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 5, Año 2004.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Delitos contra la Administración pública*, en: SILVA SÁNCHEZ, J.: *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2006.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Delitos contra la Administración pública*, en: SILVA SÁNCHEZ, J.: *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2011.

ORTS BERENGUER, Enrique. *Delitos contra la Administración pública*, en VV. AA: *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, Joaquín Francisco. *El Código penal concordado y anotado*. tomo 3, Madrid: Imprenta Saunague, 1848 (t. I, pág. 551 y II, pág. 532) y 1949 (t. III, pág. 503).

PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, Joaquín. *EL CODIGO PENAL CONCORDADO Y COMENTADO*. Editorial: EDISOFER S.L. Madrid, Reimpresión año 2000.

PEREZ ROYO, Javier. *La Constitución de España: Cádiz en la historia del constitucionalismo español*. Consultada en Línea 1/12/2016 [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Ediciones MAVE, Buenos Aires Argentina 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, Parte general, T.1. Fundamentos científicos del Derecho penal*. 4º ed., renovada y actualizada, Barcelona, Bosch, 2001.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, México D.F.; Editorial Porrúa S.A., 2001.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, Modernas bases dogmáticas*. Editorial GRIJLEY. Lima. 2004

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general, I, Fundamentos científicos del Derecho penal*, 6ª edic., Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. (dir.) en VV.AA. *Lecciones de Derecho penal, Parte especial, T. I*, Tecnos, Madrid, año 2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. (dir.) en VV.AA. *Lecciones de Derecho penal, Parte especial T. II*. 1º Edición. Ed. Tecnos. Madrid 2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. (director); RANDO CASERMEIRO, Pablo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal de la Administración pública (Materiales docentes)*. Ediciones digitales. España 2012.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal. Parte general, Tomo I*, 2ª edición corregida y actualizada. Editorial Tecnos. Madrid, 2015.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Tomo II*, 2ª edición corregida y actualizada. Editorial Tecnos. Madrid, 2016.

POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel. “*Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*”. En: *Política Criminal y Dogmática Penal. Cuestiones fundamentales*, de Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, colección: Dogmática Penal, 10, directores: José Antonio Caro John, Miguel Polaino-Orts, Fernando Corcino Barrueta. ARA Editores E.I.R.L., Lima. 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Imputación objetiva: esencia y significado*, en KINDHÄUSER / POLAINO-ORTS / CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Ed. Grijley, Lima, 2009.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal (I). Fundamentos y función del Derecho penal*, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, México. D.F., 2014

POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de Justicia penal. Funcionalismo penal constitucional. Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista*. Primera edición. 2016. Editor Flores Azcapotzalco, México, D.F.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIRÉZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno*. 2ª ed. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 2003. Tomo I.

POZUELO PEREZ, Laura. *Los delitos contra la Administración pública*, en: DÍAZ- MAROTO Y VILLAREJO, Julio / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coord.): *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Civitas, Madrid, 2011.

PUENTE ABA, Luz María. *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*. Ed. Bosch, Barcelona. 10 de enero de 2015.

PUENTE ABA, Luz María, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) y VV. AA. *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición 2015. Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de Derecho penal*, t. II., Revista de Derecho privado, año 1963.

QUERALT JIMENEZ, Joan. *Derecho penal español. Parte especial*. Sexta edición, Ediciones Atelier. Barcelona, 2010.

RAMOS RUBIO, Carlos. *El delito de cohecho*, en VV.AA. *Delitos contra la Administración pública*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2010.

RESOLUCIÓN 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. NACIONES UNIDAS. Nueva York, 2004.

RÍOS, Jaime.: “*De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpresividad legal constituye una laguna de punibilidad*”. Política Criminal (en línea) 2006. Nº2. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_02/a\\_4\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_4_2.pdf)

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Editorial Aranzadi S.A. 1ª ed. Pamplona, 04/1999.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Modificaciones en materia de cohecho*, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.): *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Editorial Tirant lo Blanch. 1ª Edición. Madrid 2010.

ROIG TORRES, Margarita. *El concurso ideal de delitos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed. Traducción Joaquín Cuello y José Serrano. Madrid. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducido por Diego Manuel Luzón-Peña; Miguel Díaz y García-Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), Edit. Reus, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Ediciones de Palma Buenos Aires Argentina, 1979, traducido por el profesor Enrique Bacigalupo de la Universidad de Madrid.

SABÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Ed. Civitas, Madrid, 1991.

SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*, 6ª Ed., Editorial Dykinson. Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer S.L. -IB de f, Madrid. Año 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra la Administración pública*, en: *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, en VV.AA. Coordinador: Ragués i Vallès, Ramón. ediciones Atelier, Barcelona, año 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Ed. Bosch, 1986.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (trad. de la 4ª ed. a cargo de Cancio Meliá y Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

TRATADO DE AMSTERDAM. *Tratado por el que modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas y determinados actos conexos*. Firmado el 2 de octubre de 1997 en Ámsterdam. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997.

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht. Publicado en DOUEC. núm. 340 de 10 de noviembre de 1997 y BOE de 13 de enero de 1994. Vigencia desde 01 de mayo de 1999.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el delito de cohecho)* Revista General de Derecho Número 597. Año 1994.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Ed. Edersa, Madrid, año1996.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Ed. Edersa, Madrid, año1999.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) y VV. AA. *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2ª edición 2015. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2015.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) y VV. AA. *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2ª Edición 2015. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2015.

VIVES ANTÓN, Tomás S. en GONZÁLEZ CUSSAC, José L.(dirs.) y VV.AA. *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11ª ed./4ª ed. en español traducción de Juan BUSTOS y Sergio YÁÑEZ, Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 2011.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas por José CERESO MIR. Montevideo, Segunda reimpresión 2004 Julio César Faira - Editor Ed. B de F.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal, Parte general* - Tomo IV. Ediciones Ediar, Buenos Aires 1988.

## INDICE DE LEYES CITADAS

Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real decreto de 14 de septiembre de 1882, BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*. Publicado en BOE de 02 de Julio de 1985.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995, entrada en vigencia desde 24 de mayo de 1996.

LO 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado*. Publicado en BOE de 23 de mayo de 1995. Vigencia desde 23 de noviembre de 1995.

LO 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. Publicado en BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000. Vigencia desde 01 de febrero de 2000.

LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

Ley 38/2003, de 17 de noviembre general de subvenciones, publicada en el BOE núm. 276 de 198 de noviembre de 2003.

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 152 de 23 de junio de 2010.

Ley de Sociedades de Capital. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en BOE núm. 161, de 03/07/2010. Entrada en Vigo el 01/09/2010.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Publicada en BOE núm. 276, de 16 de/11/2011

Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Publicada en BOE núm. 276, de 16 de/11/2011.

LO 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social, publicada en BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre de 2014, *de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales de la Unión Europea*, BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014.

LO 1/2014, (LOPJ) de 13 de marzo, relativa a la justicia universal («B.O.E.» 14 marzo). Vigencia: 15 marzo 2014.

LO 23/ 2014, de 20 de noviembre de 2014, *de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales de la Unión Europea*, BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014.

LO 1/2015, de 30 de marzo, entran en vigor el 1 de julio de 2015 disposición final 8 Ref. BOE-A-2015-3439, que modifica en Código Penal en diversas normas.

LO 2/2015, de 30 de marzo, también entran en vigor el 1 de julio de 2015, según establece su disposición final 3. Ref. BOE-A-2015-3440.

## INDICE JURISPRUDENCIAL

STS 16-11-1979. ROJ 1979/4504. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección:1. Ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL. Fecha: 16/11/1979. Tipo Resolución: Sentencia

STS ROJ 4597/1981. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José HIJAS PALACIOS. N° Recurso: - Fecha: 07/04/1981. Tipo Resolución: Sentencia.

STS 16.XI.1981. ROJ 4799/1981. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección:1. Ponente: Juan LATOUR BROTONS. N° Recurso: Fecha: 16/11/1981. Tipo Resolución: Sentencia.

STS 19 -5-1989 ROJ 11817/1989. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 2. Ponente: Enrique RUIZ VADILLO. N° Recurso: Fecha: 19/05/1989. Tipo Resolución: Sentencia.

ROJ 11478/1991. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Antonio HUERTA Y ALVAREZ DE LARA. N° Recurso: Fecha: 21/09/1991. Tipo Resolución: Sentencia.

ROJ 7406/1991. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Antonio HUERTA Y ALVAREZ DE LARA. N° Recurso: Fecha: 21/09/1991. Tipo Resolución: Sentencia.

ROJ 4726/1991. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Antonio HUERTA Y ALVAREZ DE LARA. N° Recurso: 6147/1988 -- Fecha: 21/09/1991. Tipo Resolución: Sentencia.

STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995. ROJ 6071/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. N° Recurso: 4188/2000. Fecha: 23/09/2002. Tipo Resolución: Sentencia.

STS ROJ 27/1993. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Manuel GARCIA MIGUEL. N° Recurso: 2347/1989. Fecha: 18/01/1993. Tipo Resolución: Sentencia. Delito unilateral.

STS ROJ 1570/1994. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Nº Recurso: 501/1993. Fecha: 09/03/1994. Tipo Resolución: Sentencia.

STS ROJ 142/1994 Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Nº Recurso: 2581/1992. Fecha: 21/01/1994. Tipo Resolución: Sentencia.

STS ROJ 1471/1993 Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Carlos GRANADOS PEREZ. Nº Recurso: 2075/1993. Fecha: 04/03/1994. Tipo Resolución: Sentencia.

STS. ROJ 15838/1994 Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Nº Recurso: Fecha: 09/03/1994. Tipo Resolución: Sentencia.

STS ROJ 9909/1994. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Nº Recurso: Fecha: 09/03/1994. Tipo Resolución: Sentencia.

STS. ROJ 1570/1994. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Nº Recurso: 501/1993. Fecha: 09/03/1994. Tipo Resolución: Sentencia.

STS ROJ 7290/1995. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Justo CARRERO RAMOS. Nº Recurso: Fecha: 29/04/1995. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 434/1996. ROJ 2918/1996. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Manuel MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ. Nº Recurso: 1495/1995. Fecha: 16/05/1996. Tipo Resolución: Sentencia

STS Nº 171/1996, ROJ 1996/1996. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. Nº Recurso: 1609/1995. Fecha: 01/04/1996. Tipo Resolución: Sentencia

STS 646/1996 ROJ 646/1996 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: LUIS ROMAN PUERTA LUIS. Nº Recurso: 1366/1995. Fecha: 05/02/1996. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 434/1996. ROJ 2918/1996. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Manuel MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ. Nº Recurso: 1495/1995. Fecha: 16/05/1996. Tipo Resolución: Sentencia.

STS 61/1998, ROJ 445/1998. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. Nº Recurso: 2316/1996. Fecha: 27/01/1998. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 361/1998. ROJ 1743/1998. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. Nº Recurso: 3273/1996. Fecha: 16/03/1998. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 1417/1998 ROJ 7651/1998. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Josá Antonio MARTIN PALLIN. Nº Recurso: 2885/1997. Fecha: 16/12/1998. Tipo Resolución: Sentencia.



STS Nº Sentencia: 766/1999. ROJ 3420/1999. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMENEZ VILLAREJO. Nº Recurso: 976/1997. Fecha: 18/05/1999. Tipo Resolución: Sentencia

SAP León Nº 30/1999. ROJ. SAP LE 367/1999. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Municipio: León. Sección: 1. Nº Recurso: 58/1997. Fecha: 28/04/1999. Tipo Resolución: Sentencia.

SAP Lleida 8-11-1999: Nº Sentencia: 558/1999 ROJA SAP L 748/1991. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Municipio: Lleida Sección: 1. Nº Recurso: 27/1999. Fecha: 08/11/1999. Tipo Resolución: Sentencia.

STS de 21-12-1999 (caso Roldán) Nº Sentencia: 1493/1999. ROJ 8670/1999. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid -- Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. Nº Recurso: 1174/1998. Fecha: 21/12/1999. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº1292/2000. ROJ 1292/2000. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquin GIMENEZ GARCIA. Nº Recurso: 2002/1998. Fecha: 10/07/2000. Tipo Resolución: Sentencia.

STS 776/2001 ROJ 3750/2001. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. de Fecha: 08/05/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº Sentencia: 1335/2001. ROJ 6389/2001 Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO. Nº Recurso: 1052/2000. Fecha: 19/07/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 2025/2001. ROJ 8381/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: José JIMENEZ VILLAREJO. Nº Recurso: 4302/1999. Fecha: 29/10/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 2052/2001. ROJ 8687/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. Nº Recurso: 3782/1999. Fecha: 07/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

SAP Las Palmas 14-11-2001. Nº Sentencia: 146/2001. ROJ 3301/2001. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Municipio: Palmas de Gran Canaria (Las) Sección: 1. Nº Recurso: 5/2001. Fecha: 14/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 2052/2001. ROJ 868/2001. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. Nº Recurso: 3782/1999. Fecha: 07/11/2001. Tipo Resolución: Sentencia. SAP Las Palmas 10-12-2001.

SAP Las Palmas 10-12-2001 Nº Sentencia: 158/2001 ROJ 3548/2001. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Municipio: Palmas de Gran Canaria (Las) Sección: 1. Nº Recurso: 8/2001. Fecha: 10/12/2001. Tipo Resolución: Sentencia

STS ROJ 368/2002 Nº Sentencia: 76/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Eduardo MONER MUÑOZ Nº Recurso: 314/2000. Fecha: 25/01/2002. Tipo Resolución: Sentencia

STS núm. 76/2002, de 25 de enero. ROJ 368/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid -- Sección: 1. Ponente: Eduardo MONER MUÑOZ. Nº Recurso: 314/2000 -- Fecha: 25/01/2002. Tipo Resolución: Sentencia.

STS ROJ 878/2002. Nº Sentencia: 2341/2001. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. Nº Recurso: 1884/2000. Fecha: 11/02/2002. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 1114/2002 ROJ 4287/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA. Nº Recurso: 863/2001. Fecha: 12/06/2002. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº Sentencia: 1319/2002 ROJ 5202/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. Nº Recurso: 4008/2000. Fecha: 11/07/2002. Tipo Resolución: Sentencia

STS núm. 878/2002, de 17 de mayo. ROJ 3471/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid -- Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. Nº Recurso: 2296/2000 -- Fecha: 17/05/2002. Tipo Resolución: Sentencia

STS ROJ 867/2002. Nº Sentencia: 867/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Antonio MARTIN PALLIN. Nº Recurso: 2038/2000. Fecha: 29/07/2002. Tipo Resolución: Sentencia

STS Nº 1319/2002. ROJ 5201/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. Nº Recurso: 4008/2000. Fecha: 11/07/2002. Tipo Resolución: Sentencia.

STS ROJ 1497/2002. Nº Sentencia: 1497/2002. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER. Nº Recurso: 4188/2000. Fecha: 23/09/2002. Tipo Resolución: Sentencia

STS Nº 68/2003. ROJ 403/2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA. Nº Recurso: 2625/2001. Fecha: 27/01/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 333/2003. ROJ 1354/2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Carlos GRANADOS PEREZ. Nº Recurso: 3208/2001. Fecha: 28/02/2003. Tipo Resolución: Sentencia

STS 16-6-2003 Nº 214/2003. ROJ 866/2003. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Ramón SORIANO SORIANO. Nº Recurso: 3299/2001. Fecha: 11/02/2003. Tipo Resolución: Sentencia

STS Nº Sentencia: 331/2003. ROJ 15151/2003. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA. Nº Recurso: 3197/2001. Fecha: 05/03/2003. Tipo Resolución: Sentencia

STS Nº 504/2003. ROJ 2278/2003. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Andrés MARTINEZ ARRIETA. Nº Recurso: 2343/2001. Fecha: 02/04/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 866/2003. ROJ 4144/2003. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Antonio MARTIN PALLIN. Nº Recurso: 1081/2002. Fecha: 16/06/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 1391/2003. ROJ 7184/2003. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Ramón SORIANO SORIANO. Nº Recurso: 1094/2002. Fecha: 14/11/2003. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº Sentencia: 1590/2003. ROJ 2634/2004. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON. Nº Recurso: 2074/2001. Fecha: 22/04/2004. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 480/2004. ROJ 2392/2004. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Andrés MARTINEZ ARRIETA. Nº Recurso: 2157/2003. Fecha: 07/04/2004. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 663/2005. ROJ 3276/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Nº Recurso: 2428/2003. Fecha: 23/05/2005. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº Sentencia: 822/2005, ROJ 4149/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA. Nº Recurso: 248/2004. Fecha: 23/06/2005. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº Sentencia: 782/2005. ROJ 3745/2005. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Luis Román PUERTA LUIS. Nº Recurso: 2535/2003. Fecha: 10/06/2005. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº Sentencia: 1155/2005 ROJ 5531/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Gregorio GARCIA ANCOS. Nº Recurso: 484/2004. Fecha: 23/09/2005. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 47/2006. ROJ 269/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA. Nº Recurso: 1098/2004. Fecha: 26/01/2006. Tipo Resolución: Sentencia

STS Nº 636/2006 ROJ 3642/2006. de 8-VI-2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Tipo de resolución Sentencia.

STS Nº 1226/2006. ROJ 7940/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Nº Recurso: 2239/2005. Fecha: 15/12/2006. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 842/2006. ROJ 6187/2006. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Siro Francisco GARCIA PEREZ. Nº Recurso: 409/2005. Fecha: 31/07/2006. Tipo Resolución: Sentencia

STS 16.XI.2006. Nº 1096/2006 ROJ 7838/2006. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1 Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Tipo de resolución sentencia.

STS 7/2/2007. Nº 77/2007 ROJ 793/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Tipo de resolución sentencia.

SAP Andalucía Nº 202/2007. ROJ 5505/2007. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid Sección: 1. Ponente: Joaquín DELGADO GARCIA. Nº Recurso: 364/2003. Fecha: 20/03/2007. Tipo Resolución: Sentencia.

ATS ROJ .7784/2007, Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: José Manuel MAZA MARTIN. Nº Recurso: 20637/2006. Fecha: 01/06/2007. Tipo Resolución: Auto

STS N° 627/2007. ROJ 5440/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Siro Francisco GARCIA PEREZ. N° Recurso: 2264/2006. Fecha: 04/06/2007 Tipo Resolución: Sentencia.

SAP Madrid 10.VII.2007. N° 97/2007 ROJ 12900/2007. Audiencia Provincial. de Madrid N° Recurso: 44/2001. Fecha: 10/07/2007

STS N° 1030/2007. ROJ 8289/2007. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Ponente: Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA. N° Recurso: 759/2007. Fecha: 04/12/2007. Tipo Resolución: Sentencia

STS N° 1069/2007. ROJ 8852/2007. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Luciano VARELA CASTRO. N° Recurso: 10708/2007. Fecha: 28/12/2007. Tipo Resolución: Sentencia

Rol N° 2.321-07 Corte Suprema de Chile, 19/05/2008. [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).

STS N° 513/2008. ROJ 4423/2008. Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Municipio: Madrid. Sección: 1. Ponente: Luciano VARELA CASTRO. N° Recurso: 2275/2007. Fecha: 23/07/2008. Tipo Resolución: Sentencia.

STS N° 362/2008. ROJ 3976/2008. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente. Manuel MARCHENA GOMEZ. N° Recurso: 2162/2007. Fecha: 13/06/2008. Tipo Resolución: Sentencia.

STS: 362/2008. ROJ 3979/2008 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Manuel MARCHENA GOMEZ N° Recurso: 2162/2007 -- Fecha: 13/06/2008. Tipo de resolución Sentencia.

STS 334/2008. ROJ 2959/2008. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: José Manuel MAZA MARTIN. N° Recurso: 2232/2007. Fecha: 06/06/2008.

STS N° 102/2009. ROJ 923/2009. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Luciano VARELA CASTRO. N° Recurso: 1085/2007. Fecha: 03/02/2009. Tipo Resolución: Sentencia.

STS N° 353/2009. ROJ 1910/2009. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Luciano VARELA CASTRO. N° Recurso: 172/2008. Fecha: 02/04/2009. Tipo Resolución: Sentencia

STS N°987/2010 ROJ 5769/2010. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Perfecto Agustín ANDRES IBAÑEZ. N° Recurso: 337/2010. Fecha: 05/11/2010. Tipo Resolución: Sentencia.

STS N° 478/2010. ROJ 1280/2010 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan SAAVEDRA RUIZ. N° Recurso: 2172/2009 -- Fecha: 17/05/2010.

STS N° 443/2010. ROJ 2500/2010. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. N° Recurso: 1701/2009. Fecha: 19/05/2010. Tipo Resolución: Sentencia.

STS N° 1125/2011. ROJ 7290/2011. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. N° Recurso: 972/2011. Fecha: 02/11/2011. Tipo Resolución: Sentencia.

ATS 6320/2012, 4-VI ROJ 6320/2012 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Joaquín Giménez García. N° Recurso: 20339/2009. Fecha: 04/06/2012. Tipo Resolución: Auto.

SAP Sevilla. Nº 16/2012, ROJ 2716/2012. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Tribunal Jurado. Municipio: Sevilla. Sección: 100. Nº Recurso: 8232/2011. Fecha: 06/11/2012. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 186/2012 ROJ 1612/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Nº Recurso: 1087/2011. Fecha: 14/03/2012. Tipo Resolución: Sentencia

SAP Nº 16/2012. ROJA SAP SE 2716/2012. Tipo Órgano: Audiencia Provincial. Tribunal Jurado. Municipio: Sevilla. Sección: 100. Nº Recurso: 8232/2011. Fecha: 06/11/2012. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 323/2013. ROJ 1918/2013. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Nº Recurso: 424/2012. Fecha: 23/04/2013. Tipo Resolución: Sentencia.

STS 20/02/2014 Nº 123/2014 ROJ 2014/724. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Perfecto Agustín ANDRES IBAÑEZ. Nº Recurso: 1791/2013. Fecha: 20/02/2014. Tipo Resolución: Sentencia

SAP Audiencia Provincial de las Palmas Nº174/2014 ROJ 2458/2014. Audiencia Provincial. Municipio: Palmas de Gran Canaria. Nº Recurso: 781/2014. Fecha: 03/09/2014. Tipo Resolución: Sentencia.

STS Nº 815/2014 ROJ 5494/2014. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente: Julián Artemio SANCHEZ MELGAR. Nº Recurso: 729/2014. Fecha: 24/11/2014. Tipo Resolución: Sentencia.

## INDICE DE CONVENIOS INTERNACIONALES

CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDOR ES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Firmada en Francia el 17/12/ 1997, y entró en vigor el 26 de julio de 1999. Publicándose el Instrumento de ratificación en el BOE de 22 de febrero de 2002.

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1951 y entró en vigor en 1953. Link.[www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN. Nº 173 del Consejo de Europa. Estrasburgo, 27 de enero de 1999, publicado en España BOE Nº 182, de 28 de julio de 2010, entra en vigencia 01/07/199 entrada en vigencia en España 01/08/2010.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. año 2000. Art. 10 Nº 4, (La convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003). [www.uno.org/documents/treaties/UN\\_TOC](http://www.uno.org/documents/treaties/UN_TOC). Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. (La convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003).

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (CICC). Aprobado por la Organización de Estados Americanos (OEA), suscrita en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996.

CONVENCIÓN de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. (*Oficina de Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito*. Viena) NACIONES UNIDAS. Nueva York, 2004

CONVENIO de las Naciones Unidas contra la corrupción. ONU (*Oficina de Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito*. Viena) NACIONES UNIDAS. Nueva York, 2004.

CONVENIO DE LA UE. 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. Hecho en Bruselas, el 26/05/1997.

ANTI-CORRUPTION SUMMIT 2016, efectuada en Londres el 12 de mayo del año 2016. Consultada en línea Noviembre de 2016. <http://imco.org.mx/competitividad/cumbre-global-anticorrupcion-londres-2016/>