

**DERECHO PENAL Y CORRUPCIÓN:  
ACERCA DE LOS LÍMITES DE LO INJUSTO  
Y LO PERMITIDO\***

**CRIMINAL LAW AND CORRUPTION:  
ABOUT THE LIMITS OF THE UNFAIR AND  
ALLOWED**

**M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Rivero**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

**Sumario:** **1.-** Consideraciones previas; **2.-** El alcance de los criterios relacionados con la ofensividad material de la conducta en la delimitación del ámbito punible de la corrupción; **2.1.-** Acerca del principio de insignificancia y la doctrina de la adecuación social; **2.2.-** El discurso de la adecuación social en la jurisprudencia en el ámbito de la corrupción pública: el paradigma del delito de cohecho pasivo impropio; **2.3.-** El alcance de la adecuación social en el ámbito de la corrupción privada; **3.-** Recapitulación y trazo de criterios a modo de propuesta. Bibliografía.

---

Recibido: septiembre 2016. Aceptado: febrero 2017

\* La presente contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER 2014-53159-P “Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción”.

**Resumen:** El trabajo analiza el papel que juegan en el ámbito de los delitos de corrupción algunos principios de elaboración doctrinal orientados a limitar el castigo con base en consideraciones relativas a la tolerancia social de la conducta así como a su insignificancia desde el punto de vista de la entidad de la lesión del bien jurídico. El estudio arroja como resultado un desigual ámbito de aplicación de tales enunciados en el ámbito de la corrupción pública y privada. En relación específica con el delito de cohecho pasivo impropio se ofrecen una serie de pautas en orden a fundamentar espacios de atipicidad de la conducta basadas en la ausencia de lesividad material del interés protegido por la norma penal. **Palabras clave:** corrupción pública, corrupción privada, bien jurídico, lesividad material, adecuación social, principio de insignificancia.

**Abstract:** The paper analyzes the role played by some principles of doctrinal elaboration in the field of crimes of corruption aimed at limiting punishment based on considerations regarding the social tolerance of behavior as well as its insignificance from the point of view of the entity of the lesion of the protected interest. The study throw as a result an unequal scope of application of such statements in the field of public and private corruption. In specific relation to the offense of improper passive bribery a series of guidelines are offered in order to support spaces of atypical behavior based on the absence of material lesivity of the interest protected by the penal norm.

**Keywords:** Public corruption, private corruption, protected interest, material harm, social adjustment, the principle of insignificance.

## 1. Consideraciones previas

Sabido es que la lucha contra las distintas manifestaciones de la corrupción ha marcado decisivamente la agenda de nuestro legislador en los últimos años, ya sea como respuesta a iniciativas surgidas en el Parlamento nacional, ya sea como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho de las obligaciones emanadas de instancias supranacionales, básicamente de la Unión Europea, condicionante en buena medida del contenido de la legislación interna<sup>1</sup>. Algunas muestras de dicha preocupa-

1 Véase por todos HUBER, B., “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19, 2002, págs. 95 ss.

ción son las medidas adoptadas en materia de transparencia e información, destacando la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, entre otros aspectos, prevé la creación del Portal de Transparencia<sup>2</sup>, o en relación con la vigilancia de la actividad económica de los partidos políticos, la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifica la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. Pero la batería de medidas contra la corrupción no se agota en las normas que pudiéramos calificar de forma genérica como de transparencia y control administrativo. Se extiende también y de manera especialmente visible en los últimos años al orden penal, en el que hemos asistido a importantes reformas en la materia, fruto de las cuales ha sido la exasperación del régimen de algunos delitos ya existentes así como la incorporación de nuevos tipos penales, como la financiación ilegal de partidos políticos o los relativos a la corrupción en el ámbito privado<sup>3</sup>.

2 Puede verse un análisis en GUICHOT, E., “La nueva regulación legal de la transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno como mecanismo de lucha contra la corrupción y la regeneración democrática”, en *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Madrid, 2014, págs. 215 ss.

3 La reforma del CP operada por la LO 5/2010 incrementó las penas de algunos delitos de corrupción pública, elevó el plazo de su prescripción, modificó las figuras del delito de cohecho y creó la figura de corrupción entre particulares, incorporando la modalidad de corrupción en el deporte.

LO 1/2015, de 30 de marzo, además de tipificar el delito de financiación ilegal de partidos políticos, incrementó la duración de la pena de inhabilitación en relación con determinados delitos contra la corrupción en el ámbito público, además de extender su alcance al ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Es el caso de los delitos de cohecho (arts. 419 ss.), prevaricación (art. 404 CP), malversación (art. 432 CP), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 ss. CP) o fraude (art. 436 CP). Introdujo igualmente la prohibición de obtener ayudas públicas o beneficios fiscales en relación con algunos delitos, como el cohecho de particulares en el ámbito de la contratación pública, así el tráfico de influencias. Por otra parte, amplió los tipos relacionados con la corrupción entre particulares.

Corrupción pública y privada representan así las dos direcciones en que se bifurcan en la actualidad las estrategias penales en la lucha contra la corrupción. Mientras la primera de ellas enfoca las distintas disfunciones de poder en el marco de la actuación llevada a cabo por funcionarios públicos o autoridades, los todavía novedosos tipos de corrupción privada sancionan los comportamientos más graves de desviación de conducta en el ámbito de los negocios, entendido el término en sentido amplio. Y si bien es cierto que los tipos relativos a la corrupción pública representan el ámbito natural de castigo de las actuaciones irregulares procedentes en general de la Administración, tal afirmación debe ser en cierta medida matizada desde el momento en que los delitos de corrupción en los negocios están llamados también a absorber buena parte de los actos corruptos llevados a cabo en el marco de la actuación de los entes públicos que actúan bajo la forma de sociedades instrumentales<sup>4</sup> y que, por ausencia de cualquiera de los elementos exigidos en los correspondientes tipos de corrupción pública, no pueden ser reconducidos a ellos<sup>5</sup>. Así, por ejemplo, de no poderse apreciar

4 Recordemos que por tales entes se entienden aquellos de los que se sirve la Administración para ejecutar su fines públicos, descargando así a ésta de la realización directa de la competencia en cuestión y dando vida al denominado principio de *descentralización funcional*. Su concepto comprende, básicamente, junto con las fundaciones, las llamadas *sociedades mercantiles públicas* así como las *entidades públicas empresariales*, constituyendo estas dos últimas el sector público empresarial (art. 3.2 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

5 Hay que hacer notar, con todo, que la amplia configuración del concepto de autoridad o funcionario público plasmado con carácter general en el art. 27 CP así como en disposiciones especiales (cfr. Art. 427 CP) permite dar cabida a la mayor parte de las formas de desviación de poder cometida por tales entidades instrumentales, lo que evita que la llamada “huida del Derecho Administrativo” de lugar también a la huida del Derecho penal. Sobre todos estos aspectos, GÓMEZ RIVERO, M.C., “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.18-06, mayo de 2016, páginas: 1-36. Otro tanto hay que decir de las llamadas entidades privadas colaboradoras. Al respecto puede verse de forma reciente MARTÍN LORENZO, M. “Concepto penal de funcionario y externalización de

el delito de cohecho por no concurrir la condición de funcionario de quien actúa desde el ente instrumental, vendrían en consideración los delitos de corrupción en los negocios de los arts. 286 bis y ter CP; allí donde no proceda aplicar el delito de fraude del art. 436 CP pudiera apreciarse el art. 252 CP, precepto que también entraría en juego de no poderse subsumir los hechos en el delito de malversación (art. 432 CP) debido a que en el caso concreto no se considere como público el patrimonio manejado por dichos entes (como sucede con las sociedades mercantiles estatales de capital público).

Comoquiera que sea, y admitiendo la existencia de vasos comunicantes entre las respectivas calificaciones que pueden merecer los hechos realizados desde la estructura de los entes públicos, resulta indiscutible que el régimen de cada una de estas formas de corrupción presenta perfiles propios en el Código penal, siendo diverso también el respectivo interés protegido. No se trata en este trabajo de dar cuenta de modo pormenorizado de los requisitos estructurales de cada una de esas tipologías delictivas. Lejos de lo anterior, el objeto de las presentes líneas se centra en un denominador común a todas ellas, que representa precisamente el negativo de la intervención penal. Se trata, en concreto, de analizar los márgenes dentro de los cuales en nuestra legislación penal actual es posible identificar ciertos espacios de impunidad en materia de corrupción, una materia en la que, sin embargo, pareciera a primera vista dar la impresión de que la creciente preocupación social ha abocado al orden penal a convertirse en el primer guardián no sólo de la rectitud administrativa, sino también, en los últimos años, de las relaciones en los negocios particulares. El propósito de la presente contribución es analizar si tal imagen es fundada o si, por el contrario, cabe afirmar que en nuestro Derecho penal la tutela de la corrupción respeta los principios de *ultima ratio* y mínima intervención penal.

---

funciones públicas”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho*, en *Estudios penales en Homenaje al Prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, 2016, págs. 2019 ss.

Ni que decir tiene que los indicadores no sólo primarios sino más inequívocos de tal muestra son los que puedan deducirse de la letra de la ley; esto es, los que arroje un estudio de los respectivos requisitos típicos de cada una de las figuras penales orientadas a la lucha contra la corrupción. Así, en el caso de la corrupción pública<sup>6</sup>, debiera comprobarse si realmente procede identificar zonas de atipicidad sobre la base de la consideración de que el comportamiento en cuestión no se estima necesitado de pena por encontrar ya la lesión o puesta en peligro del interés protegido una reacción adecuada y proporcionada en otras instancias extrapenales; en concreto, en el orden administrativo<sup>7</sup>, llamado a ofrecer en primera instancia una respuesta a la corrupción<sup>8</sup>. Probablemente tal estudio llevaría a advertir un elenco de comportamientos desviados que no obstante quedan al margen

- 
- 6 En los tipos delictivos relativos a la corrupción privada la renuncia a la intervención penal ha de encontrarse en la remisión del tratamiento de la conducta en cuestión al régimen de incumplimiento de la ordenación previa de la materia contenida en las normas de carácter mercantil (de modo destacado la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia) así como a las medidas regulatorias de que disponga el sector de la actividad en cuestión o incluso la empresa en cuyo seno surge el comportamiento desviado.
- 7 Por todos GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El tratamiento en el Código penal de los tipos relacionados con la corrupción”, en *La corrupción en la gestión política, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Servicio de Formación Continua*, 2013.
- 8 Cuestión que se vincula a la previa identificación del bien jurídico protegido por los delitos de corrupción pública. Si se sostuviera que se cifra en el deber de fidelidad y lealtad que pesa sobre los gestores públicos, habríamos de concluir que existe un solapamiento de las infracciones penales y administrativas, pues el establecimiento de un umbral tan bajo para la intervención penal impediría delimitar los intereses protegidos por una y otra rama del Derecho. Según tendremos ocasión de señalar, no es ésta la postura que suele defenderse desde la doctrina y jurisprudencia, que identifica como objeto de protección el buen funcionamiento de la Administración pública, cuya afectación relama en algunos tipos la producción de un daño y en otros su puesta en peligro. La consecuencia de la implicación de intereses de mayor calado a la simple infracción de un deber posicional es la de permitir, conforme al carácter de *ultima ratio* de la intervención penal, la fijación de ámbitos de renuncia por parte de este orden a favor de la exclusiva intervención administrativa.

del orden penal, lo que bien se presta a interpretarse como una muestra de la voluntad legislativa de reservar para aquél el castigo de las conductas más graves. Para ilustrar lo anterior bastaría poner como ejemplos la atipicidad de las resoluciones injustas que, sin embargo, no se consideren arbitrarias tal como exige el delito de prevaricación, del falseamiento de documentos contables que no se realice de forma idónea para causar un perjuicio, según requiere el art. 433 bis CP, o de la conducta del funcionario receptor de la influencia, atípica a efectos del delito de tráfico de influencias. Otros tantos espacios de impunidad arrojaría el estudio de los tipos de cohecho, siendo tal vez la modalidad más interesante la del cohecho impropio o “cohecho de facilitación”, en tanto que el menor contenido de injusto que suele predicarse de ella parece tendencialmente más fácil de compensar con ciertos límites legales en su tipicidad<sup>9</sup>. El estudio habría de

---

9 Ciertamente es que en nuestro Derecho no se contempla una limitación del ámbito típico de este delito al modo en que lo hace el CP alemán, cuyo parágrafo 331 castiga la modalidad de admisión de regalos o cohecho pasivo, supeditando el castigo a la ausencia de autorización para la aceptación del regalo por parte de la autoridad competente. En efecto, tras tipificar en el apartado primero de dicho precepto la conducta del funcionario nacional, de la Unión Europea o de quien se encuentra especialmente obligado al servicio público y, para el desempeño de sus funciones que para sí o para un tercero exige, se deja prometer o recibe una ventaja, contempla una causa de restricción de la pena en el apartado 3. En concreto, dispone que el hecho no será punible cuando el autor se deje prometer o reciba una ventaja que no haya exigido y la autoridad competente, en el marco de su competencia, previamente hubiere autorizado la aceptación, o bien el autor inmediatamente denuncie a ella los hechos y reciba autorización para la aceptación. Por otra parte, tampoco se contempla en nuestro ordenamiento limitación alguna relativa a la atención a las circunstancias en que se produce la aceptación de la dádiva en cuestión, como sin embargo hace el art. 305 del Código penal austriaco, relativo a la aceptación o solicitud de dádivas por parte de un funcionario para cometer un acto debido. Recordemos que el precepto condiciona la tipicidad de la aceptación o promesa de dádivas a que sean indebidas (“einen ungebührlichen Vorteil annimmt oder sich versprechen lässt”). Conforme al apartado 4 del art. 305, se consideran como no indebidas las ventajas cuya aceptación esté legalmente permitida o sean concedidas en relación con un asunto en cuya participación exista un interés oficial u objetivo que lo justifique, concedidas con fines para los que el funcionario en cuestión no tiene

extenderse al resto de los tipos relacionados con la corrupción, siendo posible detectar en algunos de ellos, y en contraste con lo anterior, un casi total solapamiento de las infracciones penales y las administrativas, en clara pugna con el principio de *ultima ratio* de la intervención penal. Bastaría citar ahora el delito de

---

una influencia decisiva, o bien se trate de ventajas usuales de pequeño valor, en relación con hechos cometidos profesionalmente. Ajena es igualmente a nuestro delito de cohecho la referencia a la adecuación social como causa de exclusión del tipo, como sin embargo se contempla en el Código penal portugués. El art. 372 de este texto menciona expresamente la adecuación social como causa excluyente de la pena en la redacción dada al precepto por la Ley 31/2010, de 2 de septiembre, entrada en vigor el 1 de marzo de 2011. En efecto, ubicado en el Capítulo IV de dicho Código penal, bajo la rúbrica “De los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones públicas”, sección primera, rubricada “De la corrupción”, tipifica el apartado primero del citado precepto la conducta del funcionario que “actuando en el ejercicio de sus funciones o por causa de ellas, por sí mismo o por medio de persona interpuesta con su consentimiento o ratificación, solicita o acepta, para sí o para un tercero una ventaja que no debida, de naturaleza económica o no”. Por su parte, el apartado tercero del mismo artículo dispone que se excluyen del ámbito típico del precepto “las conductas socialmente adecuadas y conforme a los usos y costumbres”. Ante la ausencia de cualquiera de esos límites en nuestro ordenamiento, las únicas muestras de la voluntad del legislador de acotar la tipicidad se ciñen a aspectos puntuales, vinculados básicamente a la exégesis del verbo típico. Habría de apuntarse en este sentido el dato de que la tipicidad de la conducta se supedita a que el funcionario “admita” la dádiva, lo que supone requerir la existencia de un concierto de voluntades más allá de la solicitud u ofrecimiento. Como se ha apuntado en la doctrina, “Sólo en estos casos, y no cuando hay una oferta unilateral, puede afirmarse que nos encontramos frente a supuestos graves, merecedores de una intervención penal”, OTERO GONZÁLEZ, P., “El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo, en *CPC n° 105*, 2011, pág. 65, 72; véase también OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, 2014, págs. 70 s; también en “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, en *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, 2016, págs. 739 ss. Resulta sin embargo llamativo que, en el sentido inverso de asegurar la mayor amplitud de la conducta, el legislador haya dejado claro desde la reforma de 2010 que el particular responde por esta modalidad, algo que antes, si bien de forma no unánime, la jurisprudencia había descartado. Al respecto OTERO GONZÁLEZ, P., *CPC 2011, op. cit.*, págs. 68 ss.



nombramientos ilegales (art. 405 CP), o la configuración típica del delito fraudes y exacciones ilegales (art. 436 CP).

Lógicamente la tarea de alcanzar una conclusión en torno a la existencia o no de resquicios a la intervención penal, y su correspondiente valoración como lagunas de punibilidad o, por el contrario, como loable expresión del carácter esencialmente limitado de aquélla, requeriría un análisis detallado de cada una de las figuras típicas, labor que sería propia de una monografía de dimensiones ingentes. Frente a dicha tarea, el objeto de este trabajo pretende centrarse en los “otros” ámbitos de renuncia a la intervención penal que planean en general sobre los tipos de corrupción; esto es, aquellos no deducibles explícitamente de la letra de la ley del respectivo tipo delictivo, sino que obedecen a la aplicación de algunos principios generales inspiradores de la labor interpretativa de los Tribunales de Justicia. Se trata en concreto del estudio de los argumentos que permiten sostener la atipicidad de la conducta con base en consideraciones relativas a la falta de lesividad real del bien jurídico protegido por el respectivo tipo delictivo. Entre ellos cobra un marcado protagonismo el criterio de la *adecuación social* así como el llamado *principio de insignificancia*. El estudio de la forma en la que ambos parámetros marcan los umbrales mínimos de gravedad que deban revestir las distintas conductas relacionadas con la corrupción resulta de gran interés para comprender el alcance real de las medidas penales en la materia. A ello se dedican las consideraciones que siguen.

## **2. El alcance de los criterios relacionados con la ofensividad material de la conducta en la delimitación del ámbito punible de la corrupción**

Con carácter previo a la tarea de indagar el grado de protagonismo que los anunciados principios tengan en el ámbito de la corrupción conviene realizar una serie de consideraciones que contribuyan a situar en sus justos términos el alcance del

debate. La primera de ellas llama la atención sobre la relación que guarda el aspecto que ahora nos ocupa con la cuestión que esbozábamos líneas más arriba, relativa a los indicadores de la renuncia a la intervención penal que pudieran deducirse expresamente de la configuración de los respectivos delitos contra la corrupción. En el caso de la pública, las muestras en tal sentido son explicables, tal como también apuntábamos, en clave de la decisión político criminal del legislador de remitir el tratamiento del comportamiento en cuestión al Derecho disciplinario o administrativo sancionador, que habría de ocuparse entonces –en exclusiva– de los injustos considerados valorativamente como de menor gravedad. En tal caso, si realmente pudiera afirmarse que el legislador penal ha seleccionado en la descripción de los tipos en cuestión sólo los comportamientos más graves, lógico sería aventurar que el reducto que quede a la aplicación de los criterios relacionados con la utilidad social de la conducta así como al principio de insignificancia esté llamado a ser reducido. Porque si el legislador ya ha renunciado en sede de tipicidad al castigo de los ilícitos de menor entidad, se impone concluir que a aquellos otros tipificados por su mayor envergadura difícilmente les será de aplicación la restricción propia de dichos criterios. Incoherente parece, en efecto, considerar adecuadas o de gravedad lesiva irrelevante las lesiones más importantes a los bienes jurídicos protegidos por un legislador penal que al redactar los respectivos delitos ya ha expulsado de este orden las infracciones menores. Si, por el contrario, como parece ser el caso de nuestro Código penal, el análisis de los distintos tipos arrojava como conclusión que en todos, o al menos en gran parte de ellos, existe una buena cuota de solapamiento entre el injusto penal y el sancionado por otras ramas del Derecho, cobrará pleno sentido la indagación en torno a si los comportamientos de menor gravedad, tipificados en principio de forma indiscriminada por el legislador penal, pueden quedar en el caso concreto extramuros del castigo en dicho orden, ya sea sobre la base de la ausencia de su lesividad material, ya sea sobre la base del reconocimiento de que determinados injustos menores, pese a su

tipicidad formal, no revisten la suficiente gravedad como para considerarse necesitados de la reacción penal.

En segundo lugar, y sin abandonar el capítulo de consideraciones preliminares, no de menor interés resulta tener presente la innegable relación que guarda la aplicación práctica que se reserve para aquellos principios en materia de corrupción con la previa delimitación del bien jurídico protegido por los respectivos tipos penales. En efecto, la atención al objeto de tutela de los relativos a la corrupción pública y privada resulta un punto de partida obligado para el posterior trazo de los límites con los que puedan reconocerse en el orden penal espacios de impunidad relacionados con el reconocimiento de la adecuación o utilidad social de la conducta así como con el *principio de insignificancia*, criterio que, como ya recordábamos líneas más arriba, requiere una labor exegética que normalmente va más allá de las pautas marcadas formalmente por el concreto delito para atender, desde un punto de vista sustantivo, al grado de afectación real del interés protegido.

Desde luego que con carácter previo incluso al estudio del singular modo en que se plasmen los intereses tutelados en los preceptos penales que sancionan las distintas formas de corrupción pública y privada, a nadie escapa que el objeto de protección de la primera de ellas parece gozar de indiscutido reconocimiento, como delata ya el simple dato de la mayor tradición de la protección que le concede el legislador penal frente a la segunda, la privada, de carácter aún relativamente novedosa en nuestro Ordenamiento positivo. La tipificación de estas nuevas formas de corrupción, en efecto, parece obedecer a una necesidad no “originaria”, sino sobrevenida al hilo de la creciente preocupación por colmar la sanción de las diversas manifestaciones de la corrupción. De hecho, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, mientras las oscilaciones doctrinales en torno a cuál sea el bien jurídico protegido por los tipos de corrupción pública se mueven en una misma horquilla de propuestas que en última instancia apuntan a la necesidad de garantizar el correcto

funcionamiento de la Administración pública, en tanto encargada de la gestión de intereses públicos de superior calado, cuando se trata de acotar el interés protegido por los delitos de corrupción entre particulares las divergencias interpretativas alcanzan cotas superiores que, por encima de su grado de acierto, evidencian la menor tradición y solidez del interés subyacente.

Suele reconocerse, en efecto, que el interés protegido de forma genérica por los tipos relacionados con la *corrupción pública* se cifra en la tutela del correcto funcionamiento de la Administración Pública en general, cuya garantía reclama ante todo el respeto de los principios constitucionales de igualdad, legalidad, objetividad e imparcialidad en la relación con los administrados. Superadas mayoritariamente en la actualidad las teorías que ponen el acento en aspectos que pudieran denominarse formales, como la protección de la confianza pública, la preservación del prestigio y la recta imagen de la Administración, o el quebrantamiento de los deberes de fidelidad o lealtad exigidos al funcionario<sup>10</sup>, existe en la actualidad un generalizado consenso

10 Intereses respecto a los que la doctrina ha puesto sobre el tapete las incoherencias a que pudieran dar paso. En relación con el delito de cohecho véase VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’ (art. 422 CP)” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 6, 2011, para quien la comprensión del interés protegido en clave de preservación de la confianza pública no sólo supondría manejar un sustrato tan vago como débil para justificar la intervención penal, sino que podría llevar a consecuencias absurdas: “Si la confianza de la opinión pública en el concreto desarrollo de las funciones administrativas debiese considerarse, efectivamente, el bien jurídico del delito de admisión de regalos, cuanto más elevados sean los niveles de corrupción...menos merecedoras de castigo deberían hacerse las conductas en que se concreta”, pág. 166; véase también DE LA MATA BARRANCO, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 17, 2006, pág. 124 ss: “lo que hay que plantearse es si dejaría de ser necesario someter a intervención penal las conductas constitutivas de cohecho cuando se tuviera la certeza de que las mismas nunca iban a ser conocidas por la opinión pública, pero si la respuesta fuera negativa, difícilmente podría cifrarse el objeto de tutela en la confianza sobre su inexistencia”, pág. 126.

Hay que reconocer que en la jurisprudencia no parece definitivamente deserrada aquella comprensión del bien jurídico. Valga de cita la STS de 16 de

en torno a que el sustrato merecedor de protección debe hallarse en aspectos materiales, orientados al respeto de aquellos principios constitucionales en la gestión administrativa y cuya esencia suele reconducirse al principio de imparcialidad<sup>11</sup>. Por el contrario, aquellos otros intereses sólo podrían encontrar su protección

---

marzo de 1998, traída a colación por la de 13 de junio de 2008, cuando señala que este delito “protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”, o la STS de 7 de octubre de 1993, que cifra la función del delito de cohecho en “garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes”.

- 11 Sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, véase entre otros VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, págs. 25 ss., quien cifra el bien jurídico en la idea de imparcialidad; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, págs. 89 ss; de modo más reciente, la misma autora en *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, *op. cit.*, págs. 27 ss., poniendo el acento en el acceso igualitario de los ciudadanos a los servicios públicos y cuestionando el castigo de la modalidad de cohecho pasivo impropio (págs. 44 ss.); RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, págs. 25 ss., ofreciendo un desarrollo de la idea de imparcialidad en las actividades administrativas y judicial; NAVARRO CARDOSO, F., quien cifra el bien jurídico protegido en la integridad de la función pública, expresión que usa de modo preferente a la imparcialidad por considerarla más expresiva, “Cohecho pasivo o subsiguiente por recompensa”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-25, 2016, págs. 6 ss; DE LA MATA BARRANCO, N., *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, 2004, págs. 35 ss; también en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2006, *op. cit.*, págs. 81 ss; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003, págs. 201 ss. Estos dos últimos autores ofrecen una perspectiva crítica de la tipificación del cohecho que cuestiona su autonomía sobre la base de la supuesta inconsistencia del interés protegido. Puede verse una exposición de las distintas posturas en DE PABLO SERRANO, A., “Dos claves del delito de cohecho pasivo impropio (art. 422): el bien jurídico protegido y la cláusula ‘en consideración al cargo o función’”. Su aplicación al ‘caso trajes de Camps’”, en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, (Dir. Puente Aba, L.), Barcelona, 2015, págs. 247 ss.

en otras instancias sancionadoras no penales; en concreto, en el Derecho administrativo, tal como impone el respeto de los principios penales de *ultima ratio* e *intervención mínima*. Todo ello sin perjuicio de que, ya en relación con los concretos tipos delictivos<sup>12</sup>, tal interés sea objeto de matices que se extiendan, incluso, a las distintas modalidades de una misma categoría delictiva<sup>13</sup>, así como de que, dependiendo de la especificidad de cada una de ellas, se afirme que el interés protegido se lesione o quede en estadio de peligro<sup>14</sup>.

La aceptación de tal punto de partida condiciona, según anticipábamos, el modo en que puedan identificarse espacios de renuncia a la intervención penal basados en los parámetros que centran nuestra atención; en concreto, la fundamentación de tal conclusión reclama como premisa la comprobación, bien de que desde un punto de vista material la conducta considerada

- 
- 12 Sirva de paradigma el art. 430 CP, relativo al ofrecimiento de influencias por parte de un particular a otro, cuyo bien jurídico parece difícilmente reconducible a la idea de imparcialidad que en general sirve de base a los delitos contra la corrupción. Escribe por ello MUÑOZ CONDE, F., que “parece que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y buen nombre de la Administración”, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición, Valencia 2015, pág. 886.
- 13 Así, por ejemplo, en el caso del cohecho no son aisladas las posturas que sostienen la necesidad de diferenciar el objeto de protección en función de que se trate de las modalidades de cohecho activo o pasivo. Es el caso de MUÑOZ CONDE, F., para quien aunque el bien jurídico protegido por las dos formas de cohecho sea el mismo, su contemplación se realiza desde distintos puntos de vista: “el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo)”, en *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, pág. 873. Véase también en este sentido CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Barcelona 1999, pág. 193.
- 14 Como sucede de forma paradigmática con la modalidad del llamado cohecho impropio, tipificado en el art. 422 CP, respecto al que suele existir unanimidad a la hora de afirmar que representa un delito de peligro respecto al recto ejercicio de las funciones administrativas. Véase, por ejemplo, DE PABLO SERRANO, A., en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción, op. cit.*, págs. 278 s.

adecuada socialmente no afecte el recto funcionamiento de la Administración conforme a aquellos principios de objetividad, imparcialidad, legalidad e igualdad, bien de que allí donde se detecte una merma a dicho interés, quepa argumentar que la lesión experimentada, por su grado de insignificancia, no merece protección en el orden penal.

Pareja labor se impone respecto a los delitos de corrupción en el ámbito privado, en los que de nuevo la mayor o menor amplitud de las zonas de impunidad que proceda reconocer aparece directamente condicionada por el modo en que se defina el interés objeto de protección. Como en parte avanzábamos, la doctrina suele ser oscilante a la hora de concretar si realmente la *ratio legis* de su tipificación obedece a la preservación exclusiva de un bien jurídico supraindividual, cifrado en el respeto de las reglas de competencia, según refiere expresamente la Exposición de Motivos de las LLOO 5/2010<sup>15</sup> y 1/2015<sup>16</sup>, o si junto a tal objeto de tutela adquiere también protagonismo, y en qué medida, la salvaguarda de los intereses de las empresas afectadas; en concreto, aquella que paga precios iguales o incluso superiores a los del mercado por la obtención de bienes o servicios de peor calidad<sup>17</sup>. Sea como fuere, también en este caso la delimitación

15 “La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”. Recordemos que esta reforma vino a trasponer a nuestro Ordenamiento la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, cuya finalidad es, según su Preámbulo, prevenir las formas de soborno en los negocios privados, en tanto que “distorsionan la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impiden un desarrollo económico sólido”.

16 Que justifica la reforma 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”.

17 La concepción pluriofensiva del bien jurídico encontró mayor eco en la doctrina previa a la reforma de 2015, pues en la redacción anterior la tipicidad

del art. 286 bis CP incluía la referencia al “incumplimiento de obligaciones”, lo que buena parte de la doctrina interpretaba como expresión de la infracción de deberes de lealtad hacia el empresario. Véase por ejemplo FARALDO CABANA, P., “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios Penales y Criminológicos* XXIII, 2001-2002, págs. 71 ss., quien cifra el interés protegido en los intereses legítimos de los empresarios competidores, que sería un bien individual de contenido económico, si bien su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que sería lesionado al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual. “Es el bien jurídico inmediato el que sirve de principal referencia a la hora de descubrir el sentido y finalidad de los delitos que nos ocupan en el marco de una interpretación teleológica, pues la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto y, por tanto, no es necesario acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien”; QUERALT JIMENEZ, J., “La corrupción privada. Apuntes a las novela 5/2010”, en ALVAREZ GARCÍA, F.J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, J.S./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN CABEZA OLMEDA, A./MARTINEZ GUERRA, A., (Coords.), en *Libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pág. 750; GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 19, 2007, págs. 245 ss., quien se pronuncia a favor de la conveniencia de apreciar una situación de peligro concreto para los intereses de algún competidor, así como para los intereses patrimoniales del titular de la empresa en cuestión; BOLEA BARDÓN, C., “El delito de corrupción privada”, en *InDret* 2/2013, quien cifra el bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada en el “buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador”. Tal acotación supone tanto la afectación de la capacidad competitiva de las empresas que participan en el mercado como la de la propia empresa, que paga un mismo precio por la peor oferta, pág. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en ALVAREZ GARCÍA, F.J., (coord.), *Libro homenaje al Prof. Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, págs. 352. La eliminación por la reforma de 2015 de la exigencia típica de que el comportamiento se realice con “incumplimiento de las obligaciones”, siendo ahora el elemento nuclear del tipo el “favorecimiento indebido”, parece dar la razón a los autores que consideran que se protege de modo exclusivo la “leal competencia, pues el legislador deja así definitivamente las infracciones de los deberes de lealtad para con la empresa fuera del ámbito de lo típico”, FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., “Corrupción en los negocios: el ‘favorecimiento indebido’ como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, en *CPC núm. 117, 2015*, págs. 159 ss., 174, quien propone una interpretación restrictiva del tipo basada en el previo



de zonas de atipicidad reclama la previa comprobación de que el bien jurídico no resulta en el caso concreto afectado o, al menos, que lo sea de un modo tal que decaiga la necesidad del recurso al orden penal.

A partir de estas consideraciones previas estamos en condiciones de adentrarnos en el objeto que interesa a esta investi-

---

incumplimiento de las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal; OTERO GONZÁLEZ, P., “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por la LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP), en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M., TEJADA BIELSA, J (Dir.), Barcelona, 2016, págs. 452 ss., 466 ss., quien aplaude la supresión de las cláusula relativa al “incumplimiento de obligaciones”. Ya en relación con la regulación anterior la autora proponía referir dicha cláusula a las obligaciones derivadas de las normas que regulan la competencia, en “La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1,2 y 3 del Código penal”, en *La Ley: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 82, 2011, págs. 29 ss. 35.

Entre los partidarios de sostener que el bien jurídico protegido es, en exclusiva, la competencia leal, véase también, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5<sup>ª</sup> ed., Valencia 2015, pág. 383, quien expone de modo crítico las distintas concepciones y asume que la razón de ser de la norma debe verse en la afectación de la libre competencia, proponiendo una serie de restricciones, págs. 381 ss; PUENTE ABA, L.M., “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC J.L., (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, págs. 918 s; CORCOY IDAOLU, M., “Algunas consideraciones político-criminales sobre la corrupción privada: límites y eficacia de los compliance”, en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M/ VICTOR MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2014, pág. 179; GIL NOBAJAS, M.S., “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, págs. 571 ss., donde ofrece una comparativa de los elementos típicos antes y después de la reforma de 2015 así como de su incidencia en la interpretación del bien jurídico; GARCÍA ALBERO, R., “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, (coord. *Quintero Olivares*), Pamplona, 2015, págs. 553 ss., 563, tomando postura a favor de una comprensión pluriofensiva del bien jurídico.

gación; a saber, el estudio del protagonismo que quepa conceder en sede de corrupción a aquellos principios de adecuación social e insignificancia. Resulta para ello conveniente comenzar con una referencia, siquiera sea somera, a su significado, alcance y valor que tienen en general en la actualidad.

### **2.1. Acerca del principio de insignificancia y la doctrina de la adecuación social**

Es sabido que el llamado principio de insignificancia dista con mucho de gozar de un reconocimiento generalizado en la doctrina y en la jurisprudencia. No debe extrañar que así sea teniendo en cuenta que su razón de ser es fundamentar espacios de impunidad allí donde la ley, formalmente, no los reconoce. Dos son a grandes rasgos los presupuestos sobre los que descansa su enunciado: en primer lugar, que se constate la efectiva producción de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico; en segundo lugar, que ésta presente una escasa lesividad en términos cuantitativos. Con tales premisas y según sus defensores, la renuncia a la pena por la insignificancia de la conducta se presenta como expresión del principio de intervención penal mínima, en tanto que la maquinaria penal no debe ponerse en marcha para el castigo de estos ataques de menor intensidad.

De lo sucintamente expuesto se deduce que la puesta en entredicho de aquel enunciado no tiene que ver con el fundamento que inspira su formulación, que por lo demás descansa en un principio de indiscutible vigencia en el ordenamiento penal. Por el contrario, aquella obedece a la supuesta infracción del principio de legalidad, en tanto que el intérprete carece de la potestad para definir los comportamientos que sean o no punibles. De ahí que los críticos con la elevación de tal criterio a principio exegético requieran el respaldo expreso de la ley en la calificación de una conducta como impune por su insignificancia. Tal exigencia reclama, bien un pronunciamiento específico del legislador en relación con cada tipo delictivo cuyo injusto sea graduable, bien una previsión con carácter general al modo en que lo hace en

el Derecho comparado el legislador procesal austríaco<sup>18</sup> o alemán<sup>19</sup>. En ausencia en nuestro Ordenamiento de una cláusula general al respecto, la tarea de indagar las manifestaciones legales del principio de insignificancia remite al análisis de cada tipo delictivo de la Parte Especial. Renunciando por razones lógicas a ofrecer en estas páginas un estudio pormenorizado de cada una de ellas, puede afirmarse que en general las muestras positivas del referido principio en nuestro Ordenamiento son detectables, al menos, en dos decisiones legislativas apegadas de modo específico a determinadas tipologías delictivas. Por un lado, en la decisión del legislador de 2015 de renunciar al castigo de determinadas infracciones antes constitutivas de faltas; por otra, en la incorporación de las llamadas *condiciones objetivas de penalidad* a una variopinta gama de tipos delictivos que, sobre la base de consideraciones de política criminal, discriminan los ámbitos en que procede la renuncia a la pena sobre la base de su innecesariedad.

Por las razones antedichas, fuera de aquellas decisiones puntuales del legislador, la aceptación de principio de insignificancia resulta altamente cuestionable. De hecho, un rastreo por la jurisprudencia arroja como resultado que, si bien no de forma exclusiva<sup>20</sup>, su planteamiento se concentre mayoritariamente en

- 18 El párrafo 42 del Código penal austríaco de 1974, suprimido por la reforma de 4 de diciembre de 2007, contemplaba una exención de pena atendiendo a la escasa gravedad del hecho. En la actualidad, tal posibilidad la recoge el art. 191 de la ley de procedimiento penal austríaca, que permite al fiscal abstenerse de la acusación cuando el hecho esté castigado con pena de multa o de prisión inferior a tres años siempre que, entre otras circunstancias, en consideración a la menor culpabilidad del autor, las consecuencias del hecho y el comportamiento del imputado tras su comisión, especialmente en atención a las reparaciones, así como otros aspectos que pudieran influir en la determinación de la pena, la lesividad del hecho pueda considerarse como pequeña.
- 19 El párrafo 153 de la ley de procedimiento penal permite que el fiscal se abstenga de la persecución de los delitos de menor gravedad cuando, entre otras circunstancias, se aprecie la escasa culpabilidad del autor y no exista interés público en la persecución.
- 20 Es posible encontrar la aplicación del principio en relación con otros tipos delictivos. En el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias puede citarse la SAP de Ourense de 23 de octubre de 2015, que consideró atípicas

el delito de tráfico de drogas, en relación al cual el dato de la menor cantidad y calidad de la sustancia incautada ordenada al tráfico ha servido de base para fundamentar algunos fallos absolutorios<sup>21</sup>. Con todo, resulta llamativo que ni siquiera ceñido a este ámbito reine unanimidad respecto al reconocimiento de tal principio, siendo detectables en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo fallos contrarios a su admisión, que ponen sobre el tapete lo cuestionable de fundamentar la impunidad de determinadas conductas sobre la base de su menor contenido de injusto<sup>22</sup>.

---

las lesiones sufridas por un menor al recibir un cachete por no hacer los deberes; la SAP de Madrid de 23 de abril de 2014, en relación con la simulación de delito: “no pueden ser penalmente típica las acciones que, aunque en principio encajen formalmente en una descripción típica y contengan algún desvalor jurídico...cuando en el caso concreto su grado de injusto es mínimo, pues conforme al carácter fragmentario del Derecho penal, las conductas penalmente típicas sólo deben estar constituidas por acciones relevantemente antijurídicas, y no por hechos cuya gravedad sea insignificante”; la SAP de Madrid de 27 de octubre de 2010, en relación con unas supuestas coacciones a un niño de 8 años consistentes en decirle que si no acompañaba al recurrente en el régimen de visitas “iba a meter a su madre en un problema dado que iba a tener que llamar a la policía”. En la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, la Sentencia de 8 de abril de 2002 no apreció el hurto en la sustracción de un talonario, y en relación con las falsedades documentales han delimitado casos de falsedad “inocua”, esto es, las que recaen sobre aspectos no esenciales del documento y que, por ello, no son susceptibles de inducir a error en el tráfico jurídico, las SSTs de 6 de mayo de 2003, de 5 de julio de 2004, o 27 de abril de 2009, entre otras. Esta última sentencia es igualmente interesante en relación con la insignificancia de una conducta de falso testimonio.

- 21 El fundamento de tal principio lo recoge la STS de 28 de octubre de 1996: “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”. En el mismo sentido, señala la STS de 11 de diciembre de 2000: “incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo”. Véase también, por ejemplo, las SSTs de 6 de noviembre de 2006, 10 de junio y 11 de noviembre de 2009.
- 22 Valga de cita la STS de 21 de junio de 2003. Tras recordar los ordenamientos de Derecho comparado que reconocen en su legislación procesal una

Puede aventurarse a la vista de lo anterior que en el específico ámbito de la corrupción que interesa a estas líneas el valor del principio en comentario esté llamado a ser prácticamente inexistente. En un terreno en el que el legislador, lejos de dar muestras de la renuncia a la pena sobre la base de la insignificancia material de la conducta manifiesta una clara tendencia a incriminar prácticamente todos los comportamientos desviados como expresión de una suerte de tolerancia cero contra la corrupción, difícilmente podrán defenderse espacios de impunidad

---

exención de pena sobre la base de la insignificancia de la conducta, ceñida en todo caso a los delitos de mínima gravedad, concluye que “todo ello demuestra que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de ‘lege ferenda’ un ‘principio de insignificancia’ que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u operar como causa suprallegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez que, movido por la gravedad que se atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto ya es suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad”. Véase también la STS de 6 de noviembre de 2007, para la que de la consideración del Derecho penal como instrumento de exclusiva protección de bienes jurídicos no puede derivarse sin más “que deba quedar excluida la persecución de conductas que infringen frontalmente el bien jurídico, aunque de forma insignificante... una asociación mecánica, acrítica y sin matices entre la escasa cuantía de la droga y la falta de antijuridicidad, podría chocar frontalmente, no ya con la expresa voluntad legislativa, sino con el necesario cumplimiento de compromisos y convenios internacionales que expresan la compartida voluntad de todos los Estados suscriptores de definir un marco jurídico de persecución del tráfico ilegal de drogas tóxicas. Todo ello sin olvidar que, de aceptarse la tesis de la sentencia de instancia, se estaría indirectamente alentando una estrategia delictiva basada en el artificial fraccionamiento de grandes cantidades que serían, de esta forma, presentadas como dosis no psicoactivas”. Véase también la STS de 21 de mayo de 2013, que considera que los cálculos del principio activo de cada droga conforme al Instituto Nacional de Toxicología, respaldados por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003, no son de aplicación cuando, como en el caso sometido a enjuiciamiento, se trata de menores; bebés en concreto.

extrarradio de la letra de la ley. Así se explica, por poner algún ejemplo reciente, que hayamos asistido al procesamiento de políticos por el supuesto blanqueo de 1000 euros procedentes de presuntas comisiones ilegales<sup>23</sup>, o que en relación con el delito de corrupción pública que con mayor facilidad permite cuantificar su injusto, la malversación, sea posible encontrar fallos condenatorios por sustracciones o desviaciones de fondos públicos con independencia de su montante<sup>24</sup>. Dado, pues, el escaso o nulo protagonismo de aquel principio y, en todo caso, lo altamente cuestionable de su enunciado, mayor interés comporta detenernos en la otra manifestación ya anunciada de la renuncia a la pena sobre la base de la ausencia de lesividad material al bien jurídico; a saber, la doctrina de la adecuación social.

Sin posibilidad ni pretensión de profundizar en este trabajo en su teorización, resulta obligado recordar que suele considerarse a WELZEL como precursor de esta construcción en la primera mitad del pasado siglo<sup>25</sup>. Ya entonces acuñó la consideración como adecuadas socialmente de aquellas acciones que pertenecen al “orden ético-social” de la vida en sociedad de acuerdo con los parámetros de un determinado contexto social e histórico. El reverso de tal formulación reza que serán acciones inadecuadas aquellas que caen fuera “del orden de la vida social que se ha formado históricamente”. Las acciones socialmente adecuadas, afirmaba, deben entenderse excluidas del tipo de injusto aun cuando formalmente encajen en su descripción típica. Entre los ejemplos que citaba ya en aquel escrito para ilustrar su teoría incluía la entrega de aguinaldos a los funcionarios con motivo de las fiestas navideñas, casos que debieran quedar al margen de los correspondientes tipos de desviación de poder precisamente por pertenecer a aquel orden usual de relaciones sociales.

23 Auto del TS de 12 de septiembre de 2016.

24 Sirva de ejemplo la SAP de Ávila de 16 de julio de 1996, en relación con una funcionaria que se apropió del dinero correspondiente al pago de una multa.

25 WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, en *ZStW*, 58, 1939, págs. 491 ss.

Sabido es también que la teoría de la adecuación social tuvo que hacer frente desde su formulación a importantes críticas que, a grandes rasgos, podrían resumirse, bien en la imprecisión de los criterios en que se basa y en la consiguiente vulneración de algunos principios inspiradores del orden penal<sup>26</sup>, bien en su innecesariedad. La primera de las críticas, la imprecisión, ha acompañado ciertamente como una sombra a la doctrina de la adecuación social desde sus primeras formulaciones hasta el día de hoy. Tan es así que incluso todavía hoy quienes en la literatura más reciente sostienen que el principio de adecuación social puede tener protagonismo en la dogmática penal actual, critican su falta de desarrollo, con la consiguiente necesidad de profundizar más en su elaboración<sup>27</sup>, en aras a identificar con el mínimo de solidez exigible su genuino ámbito de aplicación<sup>28</sup>.

26 Entre las objeciones que ha recibido el principio relacionadas con su falta de precisión, señala KNAUER, F., las siguientes: indeterminación del criterio, falta de límites precisos, criterio encubridor del simple sentimiento jurídico, el principio amenaza la función de garantía del bien jurídico y el principio de certeza, cuestiona la diferencia entre tipicidad y antijuricidad así como potencia el riesgo de que prevalezca el peculiar criterio del intérprete, en “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht –Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?”, en *ZSTW*, 2014, pág. 854.

27 KNAUER, F., en *ZSTW*, 2014, *op. cit.*, págs. 859 ss.

28 GRACIA MARTÍN, L., Este autor tras mostrarse partidario de seguir defendiendo la categoría de la adecuación social y criticar las posturas doctrinales que pretenden reconducir sus guías de solución a los criterios de imputación objetiva, se esfuerza en delimitar los casos que podrían quedar comprendidos en ella. Exige, en concreto, dos condiciones al respecto. La primera, que se trate de acciones claramente comprendidas en el tenor literal de los tipos penales en cuestión; en segundo lugar, que tales acciones den lugar, adicionalmente, “a modificaciones, alteraciones o afecciones materiales, reales y empíricamente comprobables, de los sustratos correspondientes a los bienes jurídicos protegidos precisamente por los mismos tipos penales en cuyo tenor literal son subsumibles”, en “La estructura dogmática y la función político criminal de la ‘adecuación social’ como ‘cierre normativo’ de lo injusto en el sistema finalista de Derecho penal y el abismo que la distancia de la teoría de la imputación objetiva”, en *Derecho penal, constitución y Derechos*, (Dir. Rebollo Vargas/Tenorio Tagle), Barcelona, 2013, págs. 241 ss. Así delimitados los supuestos que encontrarían cabida en la

Tal desarrollo no sólo pasa por delimitar con nitidez los parámetros de su aplicación, sino también por identificar los ámbitos en los que, ya en concreto, resulte admisible el recurso a dicho principio<sup>29</sup>.

Mucho más radical es la segunda de las críticas que ya anunciábamos, que pone en entredicho nada menos que el propio mantenimiento de la categoría de la adecuación social. Como sus representantes primeros y más destacados en la doctrina alemana pueden señalarse a HIRSCH y a ROXIN. Para el primero de los autores, los casos que se reconducen a esta construcción encuentran ya su solución en criterios como la interpretación de los tipos, la ausencia de lesión del bien jurídico, el riesgo permitido, la falta de dominio del hecho o la concurrencia de

---

categoría, el autor afirma que “entre la categoría dogmática finalista de la adecuación social y los criterios normativos de la doctrina de la imputación objetiva sólo puede verse un profundo abismo”, págs. 246 s.; el mismo en “Zur Struktur von ‘sozialadäquaten Handlungen’ und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechenaufbau”, en *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstasachen*, en *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70 Geburtstag*, 2008, págs. 205 ss. Debe verse también la obra de su discípula RUEDA MARTÍN, M.A., quien se muestra defensora de la adecuación social como criterio ajeno a la imputación objetiva, sistematizando los diversos supuestos que pueden plantearse como presupuesto para acotar el genuino ámbito de aplicación de la figura, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Barcelona, 2001, págs. 244 ss.

- 29 Cuestión planteada por ESER, A., “La ‘adecuación social’: ¿figura legal superflua o necesaria?”, en *Revista de Derecho penal*, 2002, págs. 453 ss. A la hora de conceder relevancia a la adecuación social propone un criterio diferenciado atento a la clase de bien jurídico de que se trate. Diferencia los que denomina como bienes de carácter “intrasocial”, en los que “la vida misma en sociedad y las relaciones interpersonales condicionan socialmente su protección tanto en la causa como en su alcance” frente a los “bienes jurídicos intrasociales”, entre los que menciona la vida y la integridad corporal “cuya protección y alcance están mucho menos condicionados socialmente en cuanto a su constitución”. Como ejemplo de la primera categoría cita el honor y los delitos contra la Administración Pública, en relación con los cuales señala que el alcance de su protección está condicionada “por la clase y extensión de la confianza en la integridad del cuerpo de funcionarios”, pág. 470.



causas de justificación<sup>30</sup>. Por su parte, para ROXIN, los parámetros de su formulación serían ya propios de construcciones que gozan de un reconocimiento generalizado y que desde un punto de vista sistemático descansan en anclajes más sólidos que los que ofrece la mera referencia a la permisibilidad social<sup>31</sup>. Son las consideraciones de este autor las que precisamente sirven de punto de partida al razonamiento de quienes consideran que la categoría de la adecuación social es tan solo el presupuesto o núcleo embrionario de los criterios de imputación objetiva<sup>32</sup>.

- 30 HIRSCH, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, *ZStW* 1962, págs. 87 ss. En relación con el clásico caso debatido en la doctrina alemana de las propinas y regalos a los carteros en Navidad, considera que la atipicidad de la conducta se debe a la falta de lesión del bien jurídico; en concreto, a que tales entregas no integran el concepto de regalo a efectos del tipo de cohecho, pág. 126.
- 31 Tras considerar que la adecuación social debe considerarse como un principio interpretador del tipo, afirma Roxin que, incluso con ese papel, existen “medios auxiliares interpretativos más precisos”. Para exponerlo, diferencia dos grandes grupos entre los casos en que suele venir en consideración el principio de adecuación social. El primero de ellos correspondería en realidad al de un riesgo jurídicamente irrelevante o permitido. Sería, por ejemplo, el caso de la participación en el tráfico viario respetando las reglas de la actividad, caso en el que, por tanto, “no es preciso acudir a la adecuación social para excluir una tipicidad que no procede ya con los criterios generales”. El segundo grupo de casos comprendería el de las acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general. Como ejemplo refiere el de la entrega de pequeñas cantidades de dinero al cartero en atención a los servicios prestados. En este caso, la atipicidad se debería a la falta de lesión del bien jurídico protegido por la norma penal. Resulta así, según el autor, que una interpretación orientada hacia el bien jurídico protegido “es preferible a la invocación indiferenciada a la adecuación social de esas acciones, pues evita el peligro de tomar decisiones siguiendo el mero sentimiento jurídico o incluso de declarar atípicos abusos generalmente extendidos”, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General. Tomo I, trad. De Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal*, Madrid, 1997, págs. 295 ss. Este razonamiento se encuentra ya en “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, en *Festschrift für Klug*, tomo I, Köln, 1983, págs. 303 ss.
- 32 En nuestra doctrina véase CANCIO MELIÁ, M., “La teoría de la adecuación social en Welzel”, en *ADPCP*, 1993, págs. 169 ss. Ofrece este autor una exhaustiva exposición de la formulación inicial de esta teoría así como de las vicisitudes de su desarrollo posterior experimentadas por su precursor: “no puede seguir afirmándose que los resultados dogmáticos de la teoría final de

A buen seguro, gran parte de la cuota de críticas que acompaña a la teoría de la adecuación social tenga que ver, a su vez, con su confusa delimitación respecto de otras construcciones manejadas de forma tradicional por la dogmática penal. Paradigmática es al respecto su compleja relación con el principio de *insignificancia*, con el que no de forma aislada, según tendremos ocasión de comprobar, suele relacionarse en la jurisprudencia, desconociendo así que las respectivas instituciones se ordenan a cubrir espacios de atipicidad distintos, sin que, por tanto, pueda hablarse de un genuino solapamiento. En nuestra literatura advierte con acierto la diferencia entre ambas categorías GRACIA MARTÍN, cuando señala que del concepto de adecuación social “hay que excluir todos los casos de insignificancia, de modo que si éstos deben quedar excluidos de los tipos penales, la razón habrá que buscarla en algún fundamento distinto al de la adecuación social”. Así resulta, continúa el autor, en tanto que la adecuación social requiere la “aprobación de la conducta por la comunidad con carácter general”, circunstancia que no se daría en estos otros casos<sup>33</sup>. En este sentido, y según hemos tenido ocasión de poner de relieve líneas más arriba, los supuestos de atipicidad explicables por la insignificancia de la conducta parten del reconocimiento de un indiscutible contenido de injusto de la actividad en cuestión, si bien su menor entidad impide identificar una lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, desde un punto de vista material, tenga la suficiente envergadura como para justificar la intervención penal.

Frente a los rasgos propios del principio de insignificancia, la doctrina de la adecuación social encuentra su ámbito

---

la acción son necesariamente incompatibles con la imputación objetiva; por el contrario, la teoría de la adecuación social era en los albores del finalismo un embrión de una verdadera teoría general de la imputación objetiva”, *op. cit.*, pág. 729.

- 33 GRACIA MARTÍN, L., “La estructura dogmática y la función político criminal de la ‘adecuación social’ como ‘cierre normativo’ de lo injusto en el sistema finalista de Derecho penal y el abismo que la distancia de la teoría de la imputación objetiva”, *op. cit.*, págs. 240 s.

de aplicación allí donde no pueda descubrirse propiamente un contenido material de injusto por falta de lesión o, en su caso, puesta en peligro del bien jurídico desde el punto de vista de su comprensión social. No se afirma nada nuevo al reconocer que los bienes jurídicos no son entidades absolutas, dotadas de una protección incondicional al margen de cualquier consideración social. Su exposición natural al ámbito de las relaciones sociales determina, por el contrario, que su tutela deba ser sensible a la modulación que necesariamente impone la dinámica de la interacción normal de los sujetos en sociedad, siempre lógicamente que se trate de conductas valoradas de forma positiva, ya sea en términos utilitaristas o meramente canalizadores del desarrollo de la personalidad. No es otra consideración la que explica, por ejemplo, la atipicidad de determinadas lesiones producidas en el marco de competiciones deportivas. Por ello, si realmente quisiera encontrarse un paralelismo de la adecuación con otras construcciones jurídico penales, éste debiera buscarse, antes que en el principio de la insignificancia, en la idea de riesgo permitido, en tanto que permitidas deben considerarse las exposiciones del bien jurídico que respetan el ámbito ordinario de las relaciones sociales. A ellas no puede extenderse el paternalismo del Estado ni procede, por tanto, que éste ofrezca una protección que excede a las necesidades de desenvolvimiento normal u ordinario de los miembros de la sociedad. A mi modo de ver, si se ha pretendido identificar el criterio de la adecuación social con los de imputación objetiva, ello se debe en buena medida a que se ha sobredimensionado el ámbito de aplicación que en realidad corresponde a aquel expediente, desconociendo que éste, por moverse en el terreno de la permisibilidad, es previo a las posibles restricciones a la tipicidad objetiva propias de la aplicación de los criterios de imputación, y que en la clásica formulación que ya acuñara ROXIN remite a la comprobación de que la acción representa un incremento relevante de riesgo de lesión del bien jurídico, que tal riesgo se realiza en el resultado así como que pertenece al ámbito o razón de ser de protección de la norma penal en cuestión.

Comoquiera que sea, y sin poder abundar en la dificultad propia del criterio de adecuación social, lo cierto es que, ya sea dotándolo de autonomía, ya reconduciendo su concepto a otros expedientes<sup>34</sup>, el ámbito de los delitos de corrupción representa un buen exponente de las dificultades que comporta su aplicación en la práctica. De forma especial aquel principio adquiere singular protagonismo en relación con los tipos delictivos contra

34 En nuestra doctrina, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, págs. 145 ss., 151 ss., para quien la fundamentación de la atipicidad en el ámbito de los delitos de corrupción habrá de conseguirse “mediante los instrumentos habituales de interpretación”. Véase también en nuestra doctrina RUEDA MARTÍN, M.A., para quien la exclusión del delito de cohecho de supuestos de esta naturaleza requiere atender ante todo a la finalidad del sujeto que realiza la acción, que no es penalmente relevante “porque el resultado que se pretende alcanzar no reviste la manifestación concreta de la lesión del bien jurídico que integra el resultado típico con los elementos que determinan la gravedad jurídico penal de la lesión del bien jurídico en estos delitos” (cfr. delitos de cohecho). *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción op. cit.* págs. 272 s; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., para quien los espacios de atipicidad de la conducta, antes que en razones de adecuación social, deben descubrirse en realidad de la mano de la indagación acerca de si el ofrecimiento supone realmente una lesión para el bien jurídico en el caso concreto. Reclama, por ello, para apreciar el delito la vinculación de la entrega “a la realización de actividades interesadas, la venta de receptividad, predisposición o simpatía de los funcionarios públicos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2011, *op. cit.*, pág. 163, p. 174. Conforme a sus planteamientos, lo que se considere como adecuado socialmente no determina que en el caso concreto tal conducta no pueda atentar al bien jurídico protegido en el delito de cohecho en consideración a la función, a saber la imparcialidad de la Administración: “Ni la adecuación social del regalo puede servir de pretexto para excluir del ámbito típico conductas idóneas para afectar, de modo relevante, al bien jurídico que protege, ni su falta de adaptación a la ética social dominante puede justificar la conversión en delitos de cualesquiera prácticas que carecen de aquella virtualidad”, pág. 163. Frente a esta postura, entiendo que las acciones socialmente adecuadas no pueden considerarse lesivas para el bien jurídico; todo ello con independencia de que la atipicidad por falta de lesión o puesta en peligro de éste pueda deberse a otras causas que exceden de la adecuación social o, dicho de otro modo, de las posibilidades de que un comportamiento en concreto no sea reconducible a lo normal o adecuado en los usos sociales pero sin embargo no ponga en peligro el bien jurídico.

la desviación de poder que, por no incorporar restricción alguna a su ámbito típico, pudieran comprender formalmente conductas sin embargo amparadas por el juego de las relaciones sociales<sup>35</sup>. El exponente más claro es el delito de cohecho, no siendo por ello de extrañar que incluso algún Código penal de Derecho comparado contemple expresamente como causa de exclusión de la tipicidad en este delito la adecuación social<sup>36</sup> y que, en ausencia de ella en nuestro Código penal, dicha mención haya sido reclamada en nuestra doctrina de *lege ferenda*<sup>37</sup>. Tampoco sorprende, por ello, que en nuestra jurisprudencia sea una constante la necesidad de comprobar aquél parámetro, tal como tendremos ocasión de poner de manifiesto en lo que sigue. En todo caso, dado el diverso papel que está llamada a jugar la adecuación social en el respectivo ámbito de los delitos de corrupción pública y privada, analizamos por separado cada uno de ellos.

## **2.2. El discurso de la adecuación social en la jurisprudencia en el ámbito de la corrupción pública: el paradigma del delito de cohecho pasivo impropio**

Aun cuando el discurso de la adecuación social está presente en el razonamiento de los tribunales de justicia en relación

35 En la doctrina alemana, por ejemplo, VALERIUS, B “Der Amtsträger zu Gast bei Freunden: Vorteils-gewährung bei Sponsoring durch Versendung von Eintrittskarten für die Fussball-Weltmeisterschaft?”, en *GA*, 2010, págs. 210 ss, 217; BOCK, D/BORRMANN, L., “Vorteilsannahme (§ 331StGB) und Vorteils-gewährung (§ 333 StGB) durch Kultur-sponsoring?”, en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2009, n. 6, págs. 632 s.

36 Según ya tuvimos ocasión de referir, es el caso del Código penal portugués, cuyo art. 372 menciona expresamente la adecuación social como causa excluyente de la pena en la redacción dada al precepto por la Ley 31/2010, de 2 de septiembre, entrada en vigor el 1 de marzo de 2011.

37 BOCK, D/BORRMANN, L., en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2009, *op. cit.*, proponen introducir *de lege ferenda*, límites en la aplicación del delito relacionados con la adecuación social que sirvieran, además, como guía interpretativa en cada caso. En concreto, proponen la modificación del precepto “para decir algo parecido a: ‘La autoridad o funcionario público que, fuera de los usos sociales y de cortesía, admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos...’”

con diversos tipos delictivos relacionados con la corrupción<sup>38</sup>, se toma como paradigma de este análisis el delito de cohecho y,

38 Así, por ejemplo, en relación con el art. 441 CP, que castiga la realización ilícita por parte de autoridad o funcionario público de “una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa”, resulta interesante la cita del Auto del TS de 2 de junio de 2008. En él se planteaba la posible existencia de un delito del art. 441 en el caso de la Presidenta del TC que mantuvo un intercambio de opiniones jurídicas con una letrada en ejercicio, en el curso de la cual la primera dio a ésta una serie de indicaciones y la remitió a un bufete de abogados especializados en la materia. El Auto consideró que la conducta podía considerarse socialmente adecuada, en tanto que “no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal”. Estas notas, según el Auto, no concurrían en el caso en cuestión, puesto que “en la conversación mantenida por la persona aforada se deslizan expresiones que se ajustan sin dificultad a los módulos de adecuación social generalmente admitidos. La formulación de un comentario acerca de las incidencias procesales de un determinado asunto, incluso, la indicación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como vía posible para la impugnación de actos jurisdiccionales, no puede considerarse, sin más, un hecho delictivo llamado a ser investigado por la jurisdicción criminal” (puede verse un comentario en REDONDO HERMIDA, A., “El concepto de conducta socialmente adecuada en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008: comentario jurídico al caso ‘Presidenta del Tribunal Constitucional’”, en *Diario La Ley*, 5 de diciembre de 2008). En relación con el mismo tipo delictivo, véase también la STS de 25 de enero de 2010, que consideró que no era constitutiva del delito del art. 441 CP la conducta del magistrado que aconsejó al letrado de la defensa sobre la forma en que debía declarar, de modo claro y sencillo: no “podemos integrar el elemento típico “asesoramiento” con las banalidades referidas a la conveniencia de la brevedad y claridad en el mensaje a verter en una vista oral, ni el ofrecimiento de fianza, pues ese extremo aparece anteriormente ofertado y, por otra parte, es una práctica habitual en el cuestionamiento de las medidas cautelares de contenido personal... Desde esta perspectiva la expresión de la conveniente brevedad y claridad en la expresión de la pretensión, así como el ofrecimiento de una fianza, no afecta al contenido esencial de la función y no integra el concepto típico de asesoramiento”.

de modo específico, la modalidad del conocido como cohecho impropio, por ser la que con mayor claridad permite exponer el protagonismo de aquella construcción en la materia. La razón de que así sea debe verse en que en los tipos delictivos cuya tipicidad exige que la entrega se oriente a la realización de un acto posterior, como es el caso de los arts. 419 y 420 CP<sup>39</sup>, la dádiva, favor o retribución debe tener, atendiendo a las circunstancias del caso, tal envergadura que resulte idónea para motivar la realización del acto. Y desde este punto de vista ni las acciones insignificantes ni las socialmente adecuadas cohonestan con aquella exigencia. Distintas se presentan las cosas en relación con las modalidades de cohecho subsiguiente (art. 421) así como de cohecho impropio (art. 422), en tanto que al no condicionarse en ellas la entrega a la consecución de un fin ulterior, su ámbito típico pudiera incluir formalmente conductas de escaso contenido de injusto e incluso socialmente admitidas que, por ello, debieran quedar al margen de la intervención penal.

---

Con respecto al tráfico de influencias puede verse el Auto del TS de 17 de febrero de 2010: “En cada caso concreto habrá que analizar, desde la perspectiva de la adecuación social, cada acto y comprobar si en cada caso concreto se ha producido una influencia antijurídica subsumible en el tipo penal del tráfico de influencias. En general, existirá influencia en función de la capacidad que una persona tiene para conseguir que otra persona haga su voluntad, no bastando con tener acceso, ni la posibilidad de la mera indicación, sino que tenga la entidad suficiente para entender que ha conformed la voluntad del funcionario por la influencia recibida”. En relación con los fallos de las Audiencias, véase la SAP de Islas Baleares de 19 de marzo de 2012, que si bien aprecia el delito en el caso concreto afirma: “La doctrina ha hecho ver, respecto de este elemento, la necesidad de relegar extramuros de la previsión penal los supuestos de la llamada influencia adecuada socialmente, en los casos en que comúnmente no queda reprobada la conducta por su inmersión social, y de la **llamada influencia no causal**, por la pre-resolución tomada ya por el funcionario. Sólo así, se dice, será respetado el principio de intervención mínima y no se convertirá el delito en una norma puramente moralizante de la vida administrativa y social”.

- 39 Recordemos que el art. 419 CP requiere que la conducta se realice “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; y el art. 420 CP “para realizar un acto propio de su cargo”.

De modo específico nuestra atención se centra en el denominado *cohecho pasivo impropio*, que analiza el acuerdo de voluntades desde la perspectiva de la autoridad o funcionario público, contemplado en el art. 422 CP. Castiga este precepto la admisión por parte de éstos, en provecho propio o de un tercero, por sí o por persona interpuesta, de dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función. Suele ser común afirmar que el tipo delictivo en comentario sanciona la creación de una suerte de clima que propicia el riesgo de atraer hacia el oferente la simpatía de la autoridad o funcionario y, con ello, de que en un futuro hipotético aquél pudiera llegar a recibir un trato de favor, clima que parece colmarse con la admisión del ofrecimiento en cuestión<sup>40</sup>. Precisamente por tratarse de conductas obsequiosas que sólo pretenden agradar a quien las recibe, pero no influir en acto concreto alguno, esta modalidad se presenta como un terreno especialmente propicio a plantear la dificultad de delimitar el salto entre lo tolerable e inadmisibles<sup>41</sup>, algo que explica que el grueso de los pronunciamientos jurisprudenciales que en materia de corrupción plantean el alcance de la adecuación social recaiga sobre este tipo delictivo que, por ello, manejamos como paradigma.

40 Al respecto, desde una visión crítica, véase por todos VÁZQUEZ-PORTO-MEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Santiago de Compostela, 2003, págs. 396 ss.

41 Distintas se presentan las cosas cuando la solicitud o recepción de regalos o dádivas o la aceptación de ofrecimiento o promesa pretende que la autoridad o funcionario realice un acto contrario a los deberes de su cargo o que retrase el que se debiera realizar (art. 419 CP), puesto que la mayor gravedad de la conducta estrecha considerablemente los márgenes de la posible aplicación del criterio de la adecuación social. Por ello en tales supuestos, si acaso, éste tan sólo podría apreciarse desde el punto de vista del particular que ofrece, esto es, a la hora de enjuiciar el cohecho activo, y debiera reducirse a los casos de entregas de muy pequeña cuantía que no tuvieran capacidad para poner en peligro la rectitud de la actuación de funcionario. Sirva de ejemplo la SAP de Cádiz de 5 de diciembre de 2014, que descartó que fuera reconducible a los usos sociales la conducta de quien ofreció 115 euros a un agente de la Guardia Civil para que no le detuviera con la droga que portaba “dado que la cantidad de 115 €, en ningún caso se puede considerar un regalo de poco valor donado por cortesía, o por tradición o costumbre”.



Cierto es que la restricción que contempla el tipo, relativa a la comprobación de que la entrega tenga lugar en consideración al cargo o función de la autoridad o funcionario público, y no en atención a otro tipo de relaciones (de amistad, de reconocimiento profesional o de cualquier otra índole), se presenta ya como un importante criterio de atipicidad de la conducta atenta a la falta de afectación real del interés protegido por la norma. En efecto, de admitirse que éste no se cifra en la mera protección de la confianza de los ciudadanos en la recta actuación de la Administración, o en la imagen de ésta, sino que se orienta a evitar que se comprometa, siquiera sea en términos de peligrosidad, el recto funcionamiento de la Administración Pública, se explica que cuando se compruebe que la razón de ser de la entrega obedece a otro fundamento ajeno al desempeño del cargo o función, haya de despreciarse el riesgo de que en el futuro la autoridad o funcionario se muestre proclive a desviar su actuación a favor de quien realiza la entrega y, con ello, que materialmente se lesione o ponga en peligro real el bien jurídico.

Más allá de tal restricción típica consagrada expresamente en la letra de la ley, interesa detenernos en aquella otra que atendiera a la inidoneidad de la entrega para afectar al recto ejercicio de la función pública por razones relacionadas con la condición del ofrecimiento, su índole o entidad. Los relativamente escasos fallos jurisprudenciales en que se suscita esta cuestión se ciñen, generalmente, a debatir sobre la incidencia de la dádiva a la vista de su ínfimo valor en términos cuantitativos<sup>42</sup> y adelantando en buena medida conclusiones, puede afirmarse que sólo en ocasiones muy puntuales nuestros Tribunales de justicia parecen estar dispuestos a conceder alguna relevancia al criterio en comentario, con un razonamiento que, dicho sea de paso, se

---

42 Si bien algunos fallos han planteado el criterio pese a que la cantidad ofrecida tenía cierta envergadura. Sirva de ejemplo la STS 14/2015, de 26 de enero, que planteó –y excluyó– la aplicación del criterio en el caso de un presidente autonómico que exigió a un empresario hotelero que le entregase a su esposa mensualmente 3000 euros simulando la existencia de un contrato de trabajo.

muestra más afanado en resolver el caso en cuestión que en trazar criterios de carácter general en la materia<sup>43</sup>. En efecto, si bien no es infrecuente encontrar en un rastreo por la jurisprudencia la mención a las posibilidades hipotéticas de aplicar el criterio de los usos sociales para fundamentar la atipicidad de determinados actos en principio desviados, la gran mayoría de sentencias terminan desestimando su apreciación en el caso concreto sometido a enjuiciamiento.

En concreto, nuestro Tribunal Supremo ha descartado la procedencia de excluir la tipicidad de la conducta por ampararse en la adecuación social, entre otras, en la Sentencia de 23 de abril de 2013, en el caso Camps. Tras recordar la necesidad de comprobar la conexión causal entre la entrega del regalo y la función ejercida por su destinatario, que, al decir de la sentencia, se cifra en la fórmula de que “si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no se hu-

---

43 Algo que no debe extrañar teniendo en cuenta que el único criterio general que puede descubrirse en nuestra legislación positiva lo ofrece el Estatuto del Empleado Público. En concreto, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, contempla en su art. 53.7, entre los principios éticos: “No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas”. Por su parte, el art. 54.6 del mismo texto al tratar los “Principios de conducta” dispone en el art. 54.6 “Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”. El art. 95.2 j) contempla como falta disciplinaria grave; “La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro”.

La previsión paralela en el caso de los funcionarios comunitarios se contempla en el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas, cuyo art. 11 dispone: “El funcionario no podrá aceptar de un gobierno ni de ninguna fuente ajena a la institución a la que pertenece, sin autorización de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, ninguna distinción honorífica, condecoración, merced, donativo o remuneración, sea cual fuere su naturaleza, salvo por razón de servicios prestados antes de su nombramiento o durante el transcurso de la excedencia especial por servicio militar o nacional, y sólo por causa de tales servicios”.

quiera dirigido a él ofreciéndole aquella”, trae a colación la doctrina de la adecuación social. Teniendo en cuenta la Sentencia la dificultad de concreción del criterio<sup>44</sup>, descarta su aplicación al supuesto sometido a enjuiciamiento, tal como lo habían hecho ya resoluciones previas recaídas también sobre el mismo caso<sup>45</sup>. A la misma conclusión llegó la STS de 20 de febrero de 2014, en el caso de un inspector de policía que, en su condición de tal, recibía consumiciones gratis y favores sexuales de un club de alterne cuya legalidad de sus actividades y contratación de personal debía controlar. El argumento de la sentencia descansa en la razón de ser del cohecho impropio, que se agotaría, según el fallo, en el respeto del funcionario o autoridad a las normas propias de su estatuto<sup>46</sup>. Si bien la sentencia parece dispuesta a

44 “En este sentido parece, en efecto, ilógico estimar que un regalo de ínfimo valor pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario o autoridad, a tal respecto deben tenerse presente las exigencias de la adecuación social, conforme a las cuales conducta socialmente adecuada es la conducta tolerable en la sociedad, porque se la estima normal en un determinado orden social histórico; la conducta socialmente tolerada no constituye una acción ejemplar o plausible, sino que se limita a representar un comportamiento no sujeto a reprobación social”. Recordando la STS de 13 de junio de 2008 insiste en la dificultad de delimitar el ámbito de relevancia típica de determinadas acciones, remitiéndose al art. 54.6 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como al número 6 del apartado 3 del denominado Código del Buen Gobierno de los miembros del Gobierno, los altos cargos de la Administración del Estado, cuando afirma “se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o prestamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”.

45 Es el caso del Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de julio de 2011: “todas las prendas de vestir con las que fueron obsequiadas aquellas personas merecen la conceptualización de dádiva a los efectos de lo establecido en el artículo 426 del Código Penal, sin que puedan equipararse, dada la peculiaridad del objeto regalado, la reiteración en su entrega y su mismo valor, a los presentes o a las atenciones de cortesía o de mero reconocimiento que los usos sociales aceptan como inocuos y admisibles. Unos regalos de tal clase y características no pueden, por su propia naturaleza, incardinarse en el marco de la adecuación social”.

46 “El delito de que se trata, conocido como cohecho impropio, responde a la necesidad de que los funcionarios públicos, en particular los que desempeñan

reconocer algún margen de juego al criterio de la adecuación social, fija las “atenciones permitidas” en términos tales que prácticamente lo convierte en inservible<sup>47</sup>. Ya antes merece ser mencionada en la misma línea la STS de 13 de junio de 2008. Se trataba de unos guardias civiles que acudían con frecuencia a un club de alterne sin abonar las consumiciones ni los servicios sexuales que recibían en el lugar. Tras recordar una vez más el Tribunal la exigencia de la conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, se plantea si en el caso concreto los hechos pueden corresponder a los usos sociales, lo que de inmediato descarta, subrayando la relación entre estos actos y la condición de guardia civil de quienes recibían gratuitamente consumiciones y mantenían del mismo modo relaciones sexuales con las prostitutas<sup>48</sup>.

Sólo de modo muy excepcional nuestros Tribunales han concedido protagonismo a la adecuación social en el ámbito de la corrupción. Resulta interesante al respecto la cita del Auto del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2005 cuando afirma: “La recepción de un obsequio de Navidad de los valores habituales, en todo caso, no es constitutiva del delito del art. 426 CP, dado que la doctrina viene considerando unánimemente que tales hechos no realizan el tipo penal por ser socialmente adecuados. Por lo tanto, es necesario determinar a quiénes indivi-

---

funciones de poder, se atengan con rigor en su comportamiento a las normas propias de su estatuto, y actúen conforme a la ley y de la manera más imparcial; de modo que ningún interés privado pueda interferir en sus intervenciones, desnaturalizándolas”.

47 La sentencia se refiere, en efecto, a conductas que son irrelevantes: “Así, ningún reproche cabría hacer al policía que, practicando una entrada y registro, hubiese aceptado e incluso pedido un vaso de agua. Pero, claramente, no es el caso”.

48 “El no abono durante seis meses de las consumiciones de un club de alterne y, sobre todo, la asunción por el encargado del coste económico propio de los encuentros sexuales que Íñigo y Cristóbal mantenían con las prostitutas que allí trabajaban, va más allá de la idea de exclusión de la tipicidad por adecuación social. Esa generosidad no puede ahora escudarse en actos de liberalidad propios de un contexto social tolerante con ese tipo de regalos”.

dualmente se remitieron los obsequios y el valor de los mismos para poder pensar en la imputación de un delito al receptor de los mismos”.

En el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias, tiene interés la cita de la SAP de Islas Baleares, de 5 de marzo de 1997, en el caso de un encargado de un cementerio municipal que aceptó propinas de familiares de fallecidos. Según la sentencia, la pretensión de castigar en todo caso la recepción de dádivas por parte de funcionarios requeriría convenir en que “lo que la ley penal pretende, castigando estas conductas, es velar por una angelical y quimérica pureza de cualquiera de las personas que ejercen funciones públicas”. Por el contrario, continúa, “debe procederse a una interpretación limitadora o restrictiva de la literalidad del precepto, reconduciendo al mismo únicamente aquellas conductas de las que se deduzca un mínimo de contenido de injusto o de lesividad para el bien jurídico protegido, que no es aquella quimérica pureza, sino el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la concreta función que tenga encomendada, entre las públicas, el sujeto que realice la dádiva”. En el caso concreto, considera que la recepción de tales propinas debe considerarse atípica en aplicación del criterio de la adecuación social “por tratarse de acciones que, aun no siendo ejemplares, permanecen plenamente dentro del orden ético social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad”.

Interesante resulta también la cita de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de junio de 2011. Su originalidad reside en que a la hora de determinar la relevancia que pueda tener la adecuación social en relación con los delitos de corrupción discrimina la solución en función de que se esté enjuiciando un caso de cohecho impropio activo o pasivo. Ciertamente es, según admite el fallo, que en relación con determinados obsequios menores el parámetro de los usos sociales puede ser aplicado tanto a particulares como a funcionarios<sup>49</sup>. Sin embargo, añade, se trataría de

49 En concreto, consideró que no tenía la consideración de cohecho –activo y pasivo– el ofrecimiento (y aceptación por el funcionario) de unos videojue-

casos muy puntuales, pudiendo diferenciarse en el resto entre la actuación del particular, más propensa a calificarse bajo el prisma de la adecuación social, y la del funcionario. En concreto, en el caso sometido a su enjuiciamiento, en el que se trataba de la conducta de ofrecimiento y aceptación de 30 euros al jefe de la oficina de DNI por realizar compulsas fuera de las horas de oficina, consideró que la conducta era atípica para el particular, en tanto que la entrega de tal cantidad carece de potencialidad corruptora: “No existe prueba alguna de la intención o propósito de corromper por parte del particular que le entrega 30 €, cinco días después de recibir un favor del acusado”. Distinta es la valoración de los hechos, según la sentencia, para el funcionario en tanto que “por el lado pasivo la mera solicitud de dinero agota el tipo”. En el caso concreto solicitó pequeñas cantidades (20 euros), lo que evidencia ser, según el fallo, “una práctica que ha generalizado” el funcionario.

Lógicamente, la adopción de tal criterio diferenciador no impidió que esa misma Sentencia apreciara supuestos en los que no procede el recurso al criterio de la adecuación social ni en relación con el funcionario ni con el particular. Así lo consideró en el caso de la cancelación de los antecedentes policiales por el funcionario de Policía a quien necesitaba de tal acción para obtener un permiso de residencia, pidiendo 1500 euros de los que se abonaron 300, la concesión de la residencia por arraigo a cambio de 1000 euros, el pago de 100 euros para conseguir un pasaporte, de 1000 euros para expedir el DNI a quien ni siquiera se encontraba en territorio español, de 500 euros por recuperar la documentación de extranjería a quien la había extraviado, o de 300 euros por la renovación de un DNI.

---

gos por parte de quien trabajaba en una tienda de electrónica y obtuvo la renovación de su DNI así como de sus allegados sin necesidad de pasar por la Comisaría ni pagar tasa alguna. A tal conclusión debe llegarse, según la Sentencia, teniendo en cuenta que “dicha tienda lleva ubicada al lado de la Comisaría de la C/ Robayna, sede de la Oficina del DNI, más de treinta años, y la amistad con el acusado le proporciona ese trato de cortesía, que en modo alguno puede alarmar”.

### 2.3. El alcance de la adecuación social en el ámbito de la corrupción privada

Se ha afirmado en la doctrina que el criterio de la adecuación social no sólo cobra protagonismo a efectos del art. 286 bis CP<sup>50</sup>, sino que incluso su aplicación arroja un ámbito de impunidad más amplio que en el delito de cohecho. Escribe en este sentido BOLEA BARDON que así resulta teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la corrupción de los funcionarios es más sensible que el tutelado por los delitos de corrupción privada: “Mientras que en el ámbito público, el contacto entre el Estado y el ciudadano viene regulado en gran medida por la ley y la correcta actuación de los funcionarios públicos parte de su no corruptibilidad, la corrupción en la toma de decisiones forma parte de la esencia de la economía privada en el sentido de que las preferencias siempre se hacen depender de las ventajas”<sup>51</sup>.

Aun coincidiendo plenamente con la afirmación relativa a que en los tipos de corrupción privada el margen de impunidad debe ser más generoso que en el caso de los delitos de funcionarios, no comparto, sin embargo, que la razón de ser para ello tenga que ver con la adecuación social del comportamiento ni que, por tanto, en la –casi inexistente– aplicación práctica del precepto tal criterio esté llamado a cobrar protagonismo alguno. Si se parte, como hacemos en este trabajo, de que el ámbito de

50 Al respecto FARALDO CABANA, P., en *Estudios Penales y Criminológicos* XXIII, 2001-2002, *op. cit.*, pág. 77, en relación con los regalos “hechos a ‘personas de acuerdo con los usos sociales del tráfico o de cortesía’, debiendo quedar excluidas del delito “las entregas u ofertas de cosas que o bien por su insignificancia no son objetivamente adecuadas para motivar a la persona a incumplir sus obligaciones, o bien están amparadas por los usos sociales”; GIL NOBAJAS, M.S., en relación con los principios de adecuación social e insignificancia, “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, *op. cit.*, págs. 579 s.

51 BOLEA BARDÓN, C., *InDret* 2/2013, *op. cit.*, pág. 15.

la adecuación social se corresponde con comportamientos lícitos, la mayor o menor permeabilidad de determinadas prácticas desviadas en el desenvolvimiento normal de las relaciones empresariales no puede afectar a la apreciación de aquella construcción. Frecuentes o no, aquéllas han de considerarse ilícitas y, desde luego, su reiteración no es un argumento convincente para expulsarlas del ámbito típico que ha trazado el legislador. No se quiere decir con lo anterior que éste haya desconocido la realidad de las prácticas adecuadas socialmente en el terreno que nos ocupa. Al contrario, entiendo que ha dado buenas muestras de su consideración precisamente al dejar fuera del ámbito de lo punible modalidades de comportamiento que, típicas en relación con el cohecho, sin embargo son impunes en las relaciones entre privados justamente por su aceptación social. Es el caso del llamado cohecho impropio o del cohecho subsiguiente, en tanto que los regalos, invitaciones y dádivas en general en las relaciones comerciales privadas forman parte de las prácticas empresariales comúnmente aceptadas, razón por la cual el legislador ha renunciado a su castigo<sup>52</sup>. No es, por tanto, que nuestro Código penal haya sido insensible a tal parámetro a la hora de definir las conductas típicas a efectos del delito. Lo que quiere decirse es que, en relación con las que ha tipificado, no tiene cabida alguna la atención al paradigma de la adecuación social.

En efecto, la mayor generosidad en el trazo de ámbitos de impunidad en la corrupción en los negocios se explica por una selección más estricta de las conductas que engrosan el tipo delictivo, dejando a otros órdenes extrapenales la sanción de aquellos otros comportamientos que, ahora sí, en parte por su carácter generalizado, no resulten merecedores de sanción o, aun siéndolos, deban encontrar su respuesta en las previsiones de la Ley 17/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

52 GARCÍA ALBERO, R., “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, pág. 565: “el tipo no ha pretendido eliminar algo que ha sido y es socialmente adecuado, al menos en nuestro país: los regalos e invitaciones entre empresas privadas, o las comisiones que puedan libremente pactar entre ellas. Sólo cuando tales ventajas comprometan gravemente la competencia leal entrará en acción el delito”.



y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Parece inequívoco en este sentido el art. 286 bis CP cuando incorpora una serie de elementos típicos orientados a seleccionar los comportamientos más graves. En concreto, suprimida por la reforma de 2015 la exigencia de que la conducta se realice con “incumplimiento de las obligaciones”, el tipo actual exige, en primer lugar, como elemento restrictivo de la tipicidad la exigencia de que el beneficio o ventaja no se encuentre justificado, elemento que remite a la normativa mercantil. El resultado es que si la conducta en cuestión se considera prohibida en esta rama del Derecho parece un contrasentido apreciar la adecuación social para excluir del ámbito típico lo que ya en ese otro orden primario no se ampara por los usos sociales<sup>53</sup>. En segundo lugar, a la hora de describir la finalidad de la entrega el precepto exige, de modo paralelo a cuando sucede en relación con el delito de cohecho propio, que sea “para favorecer indebidamente a otro” en las relaciones comerciales. Acotada con tan importantes elementos restrictivos la conducta resulta, de modo similar a cuanto veíamos en relación con el delito de cohecho propio, que si la entrega sólo es explicable en clave de una alteración o pretensión de alteración real de las reglas de la competencia, difícilmente tales prácticas pueden ampararse ni en la filosofía propia de la adecuación social, ni bajo el paraguas del –cuestionable– principio de insignificancia<sup>54</sup>. Todavía, en tercer lugar, la redacción típica parece ofrecer una muestra más en el sentido

53 OTERO GONZÁLEZ, P., “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por la LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP), *op. cit.*, pág. 465: “beneficio o ventaja ‘no justificados’ es el que supera los usos sociales y comerciales”.

54 OTERO GONZÁLEZ, P., “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por la LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP), *op. cit.*, pág. 466: “los regalos de cortesía admitidos por los usos sociales y habituales en el ámbito de las empresas privadas (y que no guarden ninguna relación causal con la adjudicación) no entran en el tipo por el principio de insignificancia en la medida en que tales beneficios o ventajas no comprometen gravemente la competencia leal, principio de insignificancia que se supera... a través de la exigencia de que el favorecimiento sea indebido”.

de cuanto venimos afirmando, en tanto que también la entrega o recepción de beneficios y ventajas de menor cuantía se considera típica, sin perjuicio de que los jueces y tribunales puedan imponer en tal caso la pena inferior en grado así como reducir la pena de multa a su prudente arbitrio (art. 286 ter 3 CP)<sup>55</sup>. Quedan de este modo definitivamente desterrados como argumentos para la impunidad la atención a las pequeñas atenciones o favores que pudieran entenderse habituales. En realidad, y volvemos con ello a las consideraciones ya expuestas, si tales ofrecimientos se excluyen del tipo la razón habrá de verse en que por su cuantía o circunstancias carecen de idoneidad para influir en la decisión del destinatario, tal como exige el precepto<sup>56</sup>.

- 55 Buen exponente de ello son las previsiones contenidas en el específico ámbito del ejercicio de las profesiones sanitarias por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuyo art. 30 establece una serie de incompatibilidades en relación con determinadas actividades sanitarias y farmacéuticas (Al respecto, GÓMEZ MARTÍN, V., “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *CPC 2016*, n.º 118, págs. 99 ss. Ya antes, POZUELO PÉREZ, L., “El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos”, en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona 2015, págs. 1727 ss.). A los efectos del delito de cohecho privado resulta interesante lo dispuesto en el apartado 6 de la misma norma, que recoge las previsiones que contemplaba la derogada Ley 25/1990, del Medicamento, en su art. 3.6: “A efectos de garantizar la independencia de las decisiones relacionadas con la prescripción, dispensación, y administración de medicamentos respecto de intereses comerciales se prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de convivencia. Esta prohibición será asimismo de aplicación cuando el ofrecimiento se realice a profesionales sanitarios que prescriban productos sanitarios. Se exceptúan de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia. Estos podrán alcanzar hasta un máximo de un 10% para los medicamentos financiados con cargo al Sistema Nacional de Salud, siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores y queden reflejados en la correspondiente factura”.
- 56 MAGRO SERVET, V., Consideraciones prácticas sobre el delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis CP). Supuestos incluidos y excluidos *Diario La Ley*, N.º 8706, 19 de febrero de 2016.

Ni que decir tiene que distinto de cuanto se viene afirmando es la posibilidad de identificar ámbitos de atipicidad por razones distintas a la adecuación social. Destaca en este sentido la que tiene que ver con la previa delimitación del bien jurídico protegido por la norma. Apuntábamos líneas más arriba la dificultad para concretar de modo inequívoco cuál sea el interés protegido por el art. 286 bis CP, debido al distinto modo en que puede definirse según se conceda mayor o menor protagonismo a la dimensión supraindividual –cifrada en la alteración de la competencia– o individual –atenta al perjuicio, real o exponencial, de la empresa afectada por la mala práctica–. Si, como creo que debe hacerse, se da la razón a la doctrina que considera que este segundo aspecto es esencial en la delimitación de tal interés<sup>57</sup>, la consideración como impunes de determinadas conductas que no suponen su lesión es ajena al razonamiento de la adecuación social. Así resulta en el ejemplo que propone BOLEA BARDON del encargado de la empresa que elige un concreto restaurante para celebrar las comidas de trabajo debido a que recibe un porcentaje como comisión, si bien la contratación como tal no representa una peor oferta respecto a las que en general se ofrecen en el mercado<sup>58</sup>. Como señala esta autora, el supuesto ha de considerarse atípico, solución que, insistamos, se debe a la ausencia de lesión del bien jurídico, no a la tolerancia social de la práctica por mucho que pueda considerarse como generalizada<sup>59</sup>.

57 BOLEA BARDÓN, C., *InDret* 2/2013, *op. cit.*, págs. 10 ss.

58 *Ibidem*, págs. 18 ss.

59 Puede citarse también a GILI PASCUAL A., *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 19, 2007, *op. cit.*, quien comentando el art. 286 ter CP según su redacción en el Proyecto de reforma del CP de 2007, y en relación con la exigencia de la infracción de obligaciones en la contratación, tal como exigía el tipo, ponía el ejemplo del encargado de un comercio minorista que aceptase premios ofrecidos por una empresa a cambio de situar sus productos en los expositores de mayor visibilidad. Afirmaba al respecto: “salvo que se esté dispuesto a sobredimensionar el papel que la adecuación social o el principio de insignificancia pueden estar llamados a cumplir respecto de un tipo penal, habrá que admitir que la clave de bóveda para resolver acerca del definitivo encaje formal de comportamientos

### 3. Recapitulación y trazo de criterios a modo de propuesta

A la vista de cuanto se ha expuesto, es el momento de recapitular y valorar el alcance de los espacios de atipicidad que pueden descubrirse en el específico ámbito de la corrupción que nos ocupa. Hemos comprobado cómo, más allá de las restricciones puntuales incorporadas al tenor literal de algunos tipos delictivos, no existen con carácter general previsiones específicas que permitieran excluir la pena en atención a la falta de lesividad material del bien jurídico de la conducta en cuestión. Hacíamos referencia en este sentido a las restricciones incorporadas por el legislador al delito de corrupción en los negocios así como, ya específicamente en el ámbito de la corrupción pública, a las del delito de cohecho impropio, sobre el que se han centrado estas consideraciones. En relación con él recordábamos que tan sólo puede descubrirse un criterio restrictivo del alcance típico, cifrado en la comprobación de que la entrega se realice en consideración al cargo o función de la autoridad o funcionario público, exigencia que, dependiendo de la clave en que se interprete el bien jurídico protegido por el delito, puede relacionarse con la ausencia de lesividad material de la conducta.

Más allá de estas limitaciones al castigo derivadas de las respectivas exigencias típicas del delito de que se trate, mayor complejidad reviste la cuestión en torno al ámbito de aplicación que en materia de corrupción tengan los expedientes elaborados de modo general por la dogmática penal para limitar el ámbito de castigo que formalmente arroja el enunciado típico; en concreto,

---

de tan escasa lesividad como el descrito en el tipo depende del elemento de referencia”, pág. 274; QUERALT JIMENEZ, J., quien cuestiona que el parámetro pueda ser lo habitual o usual: “Si, como se afirma en cierto argot empresarial, el mercado es una rat race, lo que indique el mercado, es decir, los demás competidores, con sus prácticas cotidianas, sería lo socialmente adecuado. Sin embargo, si el parámetro del mercado fuera la codicia, el tipo delictivo perdería todo su sentido, tanto aquí como en los demás pasajes del código en que tales consideraciones fundamentan la antijuridicidad de los comportamientos ilegítimos. Por lo tanto, lo que sea adeudado al mercado, dado que el soborno lo puede ser, no puede ser aceptado sin más” “La corrupción privada. Apuntes a las novela 5/2010”, *op. cit.*, pág. 753.

los criterios de adecuación social e insignificancia. De hecho, la dificultad no se ciñe sólo a la fundamentación en el caso concreto de la concurrencia de las respectivas exigencias de cada uno de ellos, sino que se extiende al carácter altamente cuestionable del propio enunciado. Es lo que sucede, según hemos visto, con el principio de insignificancia y, si bien en menor medida, con el principio de adecuación social cuyo protagonismo en materia de corrupción, según poníamos de relieve en el texto, se concentra en los delitos de corrupción pública. Recordábamos por otra parte que aun cuando tales fórmulas han permitido la canalización teórica de buena parte de los casos en que se debate la ausencia de ofensividad material de la conducta, en absoluto agotan la fenomenología imaginable. Para advertirlo, bastaría ejemplificar con lo cuestionable que resulta castigar conforme a un delito de peligro, como es el cohecho impropio, conductas que, pese a ser formalmente subsumibles en el tipo, carecen de capacidad para generar el riesgo que el legislador pretende evitar con la tipificación del comportamiento. Imaginemos el caso de un recluso condenado por un delito contra la seguridad vial que al finalizar el cumplimiento de su condena gratifica al funcionario de prisiones que lo ha custodiado con un lujoso reloj, en consideración al trato tan humano y amable que ha recibido de él, o el caso de la mujer que ha dado a luz en un hospital público y que decide regalar al ginecólogo que la ha atendido cinco valiosos jamones en consideración a la magnífica asistencia recibida en un momento tan especial. En tanto que la relación del sujeto activo con el pasivo debe entenderse definitivamente agotada con el cumplimiento de la condena o la conclusión de la prestación asistencial en los respectivos casos, difícilmente podría sostenerse que esas conductas generen la situación de peligro que sanciona el art. 422 CP, de modo tal que, pese a ser subsumibles en la descripción típica, debieran quedar impunes.

Sea como fuere, en cualquiera de los escenarios en que surge la cuestión que nos ocupa, la ausencia de pautas precisas con base en las cuales fundamentar una solución inequívoca determina la conveniencia de trazar una serie de parámetros que

no sólo sean de utilidad para identificar espacios de atipicidad de la conducta, sino también para definir la concreta razón de ser a que obedezca la permisibilidad en el supuesto en cuestión. En lo que sigue se intentan ofrecer líneas de solución al respecto, si bien ceñidas a los delitos de corrupción pública, en tanto que, por las razones expuestas, ilustran las distintas causas de atipicidad que pueden plantearse en la práctica; entre ellas, las relativas a la adecuación social de la conducta así como a su eventual insignificancia. Adelantando conclusiones, podemos decir que algunas de ellas atienden a la entidad de la ventaja ofertada; otras a la cualidad del funcionario o empleado público que la recibe y, por último, otras hacen referencia a la relación entre el ofertante y el receptor de la dádiva.

Para empezar, parece indiscutible que la valoración del caso obliga a tener en cuenta la índole de la ventaja ofrecida, prometida o solicitada, tanto en términos *cuantitativos* como *cualitativos*. Lo primero resulta evidente ya a la hora de marcar los espacios de permisibilidad por razón de la irrelevancia de la conducta desde un punto de vista de su consideración social<sup>60</sup>; esto es, a la hora de delimitar los ámbitos en los que la conformidad de la práctica con los estándares sociales permita considerarla permitida. Bastaría traer a colación el tan repetido ejemplo de las atenciones consistentes en la entrega de una caja de puros o de un décimo de lotería, conductas en relación con las cuales existe un generalizado consenso en torno a que no superan los umbrales de las relaciones sociales permitidas<sup>61</sup>. Parece, en efecto,

60 Véase VALEJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., págs. 139 ss., 141 s., con referencias doctrinales.

61 Ejemplifica MUÑOZ CONDE, F., la diferencia valorativa en función de la entidad del regalo sobre la base de algunos ejemplos. Como casos de menor entidad propone el ofrecimiento de un cigarrillo o de un buen cigarro, la invitación a un café o una cerveza o el envío de un ramo de flores: “Mientras esas dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales (variables según las zonas geográficas y el carácter de sus gentes) se considere como habitual... el art. 422 no debe ser aplicado por más que el regalo se realice en consideración a su cargo o función”. Contrastan

indiscutible la improcedencia de valorar por un mismo rasero estas entregas, de un lado, y de otro el regalo de un viaje con todos los gastos pagados para el funcionario y su acompañante a una playa caribeña, de bolsos de lujo o de trajes a medida de alta confección. La razón última de tal consideración debe verse, según hemos tenido ocasión de poner de relieve, en que allí donde se trata de entregas nimias no existe un riesgo relevante de lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión, puesto que la entrega de obsequios de este tipo no parece tener, por sí sola, capacidad para crear un clima futuro favorable a la obtención de favores por parte del receptor<sup>62</sup>. Es más, incluso pensando en regalos de valor superior, pueden delimitarse ciertos casos amparados por las costumbres sociales. Absurdo parecería en este sentido criminalizar, por ejemplo, a la mujer que regala un jamón al médico de la Seguridad Social que la ha atendido en el parto. Etiquetar actos de este tipo como corruptos llevaría a un insostenible clima de desafección en las relaciones sociales.

Ejemplos como éste sirven precisamente para llamar la atención acerca de la necesidad de atender junto a los aspectos cuantitativos a otros factores; entre ellos, la *cualidad* del regalo que, según entiendo, debe ser tomada en consideración en varios sentidos. En primer lugar, porque la entidad de la entrega puede ser un indicio importante a la hora de valorar la afectación del interés protegido por la norma penal. Puede, en efecto, resultar más escandaloso, por evidenciar la pretensión de alteración del correcto funcionamiento de la Administración y su imparcialidad, el ofrecimiento de una pequeña cantidad de dinero (por ejemplo, 20 euros a un funcionario encargado de recoger una solicitud), que la entrega de otras atenciones por valor superior y que sin embargo corresponde al ámbito normal de las relaciones

---

estos ejemplos con otros que propone: invitaciones a lujosos restaurantes, vacaciones pagadas para el funcionario y su familia, o recepción de jamones de pata negra. En *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, págs. 877 s.

62 En la doctrina alemana puede verse BOCK, D/BORRMANN, L., en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2009, *op. cit.*, págs. 632 s, quienes limitan la aplicación del principio a las donaciones de bagatela (*Bagatellzuwendungen*).

sociales (por ejemplo, un pin de plata valorado en mayor importe que recrea a modo publicitario el logo de la entidad mercantil para la que trabaja el oferente)<sup>63</sup>. En segundo lugar, y es un aspecto que se deduce igualmente de los casos expuestos, porque la entrega de respectivos regalos del mismo valor puede merecer mayor o menor repulsa ya desde el sentimiento social más básico teniendo en cuenta el sujeto del que procede. No se presta, en efecto, a la misma valoración la entrega del ya referido pin de plata valorado en 60 euros por el representante de la entidad empresarial que en todo caso dispone de estas piezas para su obsequio, que la entrega también de un pin del mismo metal y valor pero comprado en una joyería por un particular con la finalidad de congraciarse con el funcionario en cuestión. Por ello, en estos casos de entregas ciertamente menores pero cuyas circunstancias impiden reconducirlas al ámbito de la tolerancia social, tan sólo procederá acudir, en su caso, al cuestionable principio de insignificancia para fundamentar la renuncia a la intervención penal<sup>64</sup>. Por último, en tercer lugar, no puede desatenderse el valor o utilidad que representa tal entrega para el receptor. Gráfico es en este sentido el ejemplo propuesto por POZUELO PÉREZ del “funcionario fanático de la filatelia al que sólo le falta para terminar su colección, que es lo que más le importa en el mundo, un sello de escaso valor pero difícil de encontrar: si alguien se lo da a cambio de cualquiera de las conductas contenidas en los arts. 419 ss., tendremos que afirmar que hay un delito de cohecho”<sup>65</sup>. Todo ello, lógicamente, sin desconocer la necesidad de atender adicionalmente a las circunstancias del caso concreto

63 Sobre la necesidad de atender a la índole de la dádiva a efectos de apreciar su posible adecuación social puede verse GEERDS, F., *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung*, Tübingen, 1961, págs. 72 ss.

64 Propone BLANCO CORDERO, I., manejar a título orientativo una horquilla entre 50 y 100 euros como referencia, “Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos”, en *La Ley Penal*, nº 113, marzo-abril 2015, pág. 14.

65 POZUELO PÉREZ, L., en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, op. cit., págs. 1726 s.



que pudieran influir en la valoración de la práctica así como a la potencial reiteración del comportamiento<sup>66</sup>.

Por otra parte, y a la hora de fundamentar los márgenes dentro de los cuales proceda la renuncia a la pena, entiendo que el parámetro debe ser distinto según se esté enjuiciando un caso de cohecho *pasivo* o *activo*. La ya referida entrega u ofrecimiento por el particular de una cantidad insignificante de dinero, 20 euros en el caso que manejábamos y que puede quedar impune con base en el principio de insignificancia, difícilmente resiste esa consideración cuando es el funcionario público, gravado por deberes de imparcialidad, quien procede a la solicitud de esa pequeña cantidad de dinero. En efecto, mientras que dentro de ciertos límites puede tolerarse la entrega de obsequios menores del particular al funcionario, el deber de imparcialidad que pesa sobre éste determina que su conducta deba enjuiciarse con más rigor a efectos de apreciar, en su caso, un delito de cohecho pasivo. Es más, entiendo que en relación con esta modalidad la baremación admite todavía cierto matiz dependiendo de que el funcionario se limite a aceptar o bien solicite la dádiva, caso este último en el que debe descartarse cualquier resquicio de atipicidad tanto con base en el principio de adecuación social como de la insignificancia de la conducta.

Junto con los aspectos anteriores, y pensando específicamente en las posibilidades de fundamentar la atipicidad de los hechos en cuestión sobre la base de la teoría de la adecuación social, se impone igualmente tener presente la concreta *categoría* de la autoridad o funcionario obsequiado. Según entiendo, debe

66 Entre otros, ARRIBAS LÓPEZ, E, *Diario La ley*, 2009, *op. cit.*, al considerar que “el valor menor de una cosa puede ser poco motivador para unos y mucho para otros, en función de sus circunstancias personales y económicas; distinto para un alto cargo administrativo o político que para un funcionario medio; poco condicionante si se acepta en una única ocasión y más condicionante si se recibe de forma sistémica y acumulativa aunque su valor no sea excesivo”; PORTOMENE SEIJAS, F., “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’ (art. 422 CP), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2011, págs. 162 s.

trazarse una diferencia esencial entre los altos cargos políticos y los administrativos cuando se trata de enjuiciar la entidad de determinados ofrecimientos, pudiendo servir de paradigma el regalo de invitaciones para asistir a eventos<sup>67</sup>. Mientras en relación con los primeros es admisible en determinadas ocasiones su entrega en concepto de gastos de representación, tal posibilidad está por definición ausente en el caso de los cargos políticos de menor nivel así como en general en el caso de los funcionarios<sup>68</sup>.

No menor atención entiendo que merece el tipo de *relación* que medie entre el ofertante y el beneficiario de la dádiva. En el específico ámbito del cohecho existe una consolidada línea jurisprudencial que pone de relieve la necesidad de atender a si el ofrecimiento del regalo tiene lugar en consideración a la función que desempeña el funcionario o autoridad o si, por el contrario, se explica con base en otro tipo de relaciones personales. Sólo en el primer caso se darían los presupuestos de aplicación del delito, debiendo quedar de otro modo la entrega extramuros de la intervención penal. Como señalábamos líneas más arriba, también esta restricción es comprensible en clave del reconocimiento de

67 Al respecto, BLANCO CORDERO, I., quien analiza en concreto la calificación que merezca el regalo a empleados públicos de entradas de espectáculos, en *La Ley Penal*, nº 113, marzo-abril 2015, *op. cit.*, págs. 10 s. Según su propuesta, que reproduce prácticamente en su totalidad la realizada por TRÜG, G. en la doctrina alemana (“Vorteilsgewährung durch *Übersendung* von WM-Gutscheinen- Schützt Sponsoring vor Strafe?”, en *NJW* 2009, págs. 197 ss.), la determinación de cuándo la invitación se acepta en el ejercicio de funciones de representación y no es, por tanto, punible requiere atender al rango que ocupa el funcionario público: “cuanto más alto sea este más claramente se puede decir que es representante del órgano público al que encarna”.

68 En la doctrina alemana puede verse al respecto ZIMMERMANN, T., “Korruption und Gobernation”, en *ZStW* 2012, págs. 1023 ss. Señala este autor críticamente cómo la práctica demuestra un tratamiento penal menos severo en el caso de los miembros del Gobierno que en el de los funcionarios, dato que pareciera explicarse por el hecho de que la concesión de ventajas está permitida de forma más amplia en el ámbito de la política que en el de la función pública. En nuestra doctrina puede verse VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2011, *op. cit.*, págs. 161 s.

que de otro modo no sería posible fundamentar una situación de ofensividad real de la conducta, por tratarse de atenciones sin capacidad para influir en la toma de decisiones futuras del receptor. Pero más allá de este aspecto, la atención a la relación entre ambos sujetos es importante en orden a determinar si existe o puede existir un interés subyacente, presente o futuro, que permita fundamentar la afectación del bien jurídico protegido, siquiera sea en términos de peligrosidad<sup>69</sup>. En este sentido referíamos la existencia de casos en los que la carencia de cualquier posible relación futura entre ofertante y receptor en términos de autoridad/ciudadano; administrador/administrado impide fundamentar la creación del clima propicio a la corrupción que sanciona el cohecho impropio. Poníamos en este sentido el caso del excarcelado que gratifica al funcionario de prisiones que lo ha custodiado con un lujoso reloj en consideración al trato recibido durante el tiempo de privación de libertad o el de la mujer que obsequia con valiosos regalos al médico –funcionario público– que la ha asistido en el parto. En la medida en que la relación del sujeto activo con el pasivo debe entenderse definitivamente agotada con el cumplimiento de la condena o con la realización de la prestación asistencial, la conducta habría de considerarse atípica<sup>70</sup>. Aunque los ejemplos pueden ser numerosos, otro tanto habría que decir en el caso propuesto por la doctrina alemana del regalo realizado al funcionario en consideración a su función

69 BLANCO CORDERO, I, *La Ley Penal*, 2015, *op.cit.*, pág. 12, quien maneja este dato como “un indicio importante de la eventual puesta en peligro de la imparcialidad de los procedimientos administrativos”.

70 De forma aún más evidente si cabe habrá de excluirse el potencial peligro allí donde no sólo no medie una relación de futuro en términos profesionales entre el oferente y aceptante del regalo, sino que ésta nunca haya existido. En este sentido interpreto las palabras de BLANCO CORDERO, I., cuando afirma “no deberían dar lugar a la aplicación el tipo penal aquellas invitaciones de pequeño valor a empleados públicos en el ámbito del patrocinio de actividades deportivas, culturales o de otro tipo entregadas por empresarios con los que no existe ninguna relación...No parece adecuado dar por sentado que el empleado que acepta una invitación es un sujeto predispuesto a corromperse en el futuro”, en *La Ley Penal* 2015, *op. cit.*, pág. 12.

con motivo de su jubilación<sup>71</sup>, caso en el que, de nuevo, queda excluida por definición la posibilidad de descubrir una situación de peligro futuro para el bien jurídico protegido por el delito de cohecho.

Hasta aquí el trazo de algunos criterios que pudieran servir de orientación en la aplicación práctica del precepto. A nadie escapa que ni los aquí defendidos ni cualesquiera otros que llegaran a proponerse, pueden suplir la necesaria valoración judicial en el caso concreto, ni el consiguiente margen de discrecionalidad que su aplicación comporta. Y si bien es cierto que tal aspecto añade una importante cuota de inseguridad y que, por ello, pudiera ser acreedor de un juicio negativo, entiendo que en el ámbito que ha ocupado a este trabajo, la corrupción, lejos de contemplarse como una tacha, aquella necesidad de la interpretación judicial se presta a valorarse como un valioso instrumento para dejar fuera del ámbito de lo punible aquellas conductas que debieran ventilarse en otros ámbitos, ajenos al orden penal. La imparable ansia legislativa por reprimir en este ordenamiento todas las manifestaciones de la corrupción parece necesitada más que nunca del recto juicio de una labor interpretativa que, obviamente sin traspasar el sentido de la ley, tenga presente que principios como el de subsidiariedad e intervención mínima son de obligado respeto en el orden penal, también, incluso, cuando de la corrupción se trata.

---

71 WALTHER, F., “Der Korruptionsstrafrecht des StGB”, en *JURA*, 2010, núm. 7, pág. 517, quien maneja como criterios reductores de la tipicidad la finalidad del precepto así como la exclusión de la imputación objetiva por tratarse de un riesgo permitido.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C, “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J, (coord.), *Libro homenaje al Prof. Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013.
- BLANCO CORDERO, I., “Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos”, en *La Ley Penal*, nº 113, marzo-abril 2015.
- BOCK, D/BORRMANN, L., “Vorteilsannahme (§ 331StGB) und Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) durch Kultur-sponsoring?”, en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2009.
- BOLEA BARDÓN, C., “El delito de corrupción privada”, en *InDret* 2/2013.
- CANCIO MELIÁ, M., “La teoría de la adecuación social en We-lzel”, en *ADPCP*, 1993.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Barcelona 1999.
- CORCOY IDAOLO, M., “Algunas consideraciones político-criminales sobre la corrupción privada: límites y eficacia de los compliance”, en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDA-SOLO, M/VICTOR MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2014.
- DE LA MATA BARRANCO N., *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, 2004.
- “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006.
- DE PABLO SERRANO, A., “Dos claves del delito de cohecho pasivo impropio (art. 422): el bien jurídico protegido y la cláusula ‘en consideración al cargo o función’. Su aplicación al ‘caso trajes de Camps’”, en *La intervención penal*

- en supuestos de fraude y corrupción*, (Dir. Puente Aba, L), Barcelona, 2015.
- ESER, A., “La ‘adecuación social’: ¿figura legal supérflua o necesaria?”, en *Revista de Derecho penal*, 2002.
- FARALDO CABANA, P., “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios Penales y Criminológicos XXIII*, 2001-2002.
- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., “Corrupción en los negocios: el ‘favorecimiento indebido’ como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, en *CPC* núm. 117, 2015.
- GARCÍA ALBERO, R., “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, (coord. Quintero Olivares), Pamplona, 2015.
- GEERDS, F., *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung*, Tübingen, 1961.
- GIL NOBAJAS, M.S., “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015.
- GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 19, 2007.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *CPC*, 2016.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 18-06, mayo de 2016.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “El tratamiento en el Código penal de los tipos relacionados con la corrupción”, en *La corrupción en la gestión política, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Servicio de Formación Continua*, 2013.

- GRACIA MARTÍN, L., “Zur Struktur von ‘sozialadäquaten Handlungen’ und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechenaufbau”, en *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht –Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstasachen, en Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70 Geburtstag*, 2008
- “La estructura dogmática y la función político criminal de la ‘adecuación social’ como ‘cierre normativo’ de lo injusto en el sistema finalista de Derecho penal y el abismo que la distancia de la teoría de la imputación objetiva”, en *Derecho penal, constitución y Derechos*, (Dir. Rebollo Vargas/Tenorio Tagle), Barcelona, 2013.
- GUICHOT, E., “La nueva regulación legal de la transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno como mecanismo de lucha contra la corrupción y la regeneración democrática”, en *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Madrid, 2014.
- HIRSCH, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, *ZStW* 1962.
- HUBER, B., “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, en *Anales de la Facultad de Derecho* núm. 19, 2002.
- KNAUER, F., “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht –Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?, en *ZSTW*, 2014.
- MAGRO SERVET, V., Consideraciones prácticas sobre el delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis CP). Supuestos incluidos y excluidos *Diario La Ley*, Nº 8706, 19 de febrero de 2016.
- MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho*, en *Estudios penales en Homenaje al Prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial, 5º ed.*, Valencia 2015.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, 20ª edición*, Valencia 2015.
- NAVARRO CARDOSO, F., “Cohecho pasivo o subsiguiente por recompensa”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-25, 2016.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Valencia, 1999.
- La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, 2014.
- “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, en *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid, 2016.
- OTERO GONZÁLEZ, P., “El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo, en CPC nº 105, 2011.
- “La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1,2 y 3 del Código penal”, en *La Ley: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 82, 2011.
- “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por la LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP), en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M., TEJADA BIELSA, J (Dir.), Barcelona, 2016.
- POZUELO PÉREZ, L., “El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos”, en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona 2015.
- PUNTE ABA, L.M., “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC J.L., (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*.
- QUERALT JIMENEZ, J., “La corrupción privada. Apuntes a la novela 5/2010”, en ALVAREZ GARCÍA, F.J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, J.S/GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN CABEZA OLMEDA, A./MARTINEZ GUERRA,



- A., (Coords), en libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos, Valencia, 2013.
- REDONDO HERMIDA, A., “El concepto de conducta socialmente adecuada en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008: comentario jurídico al caso ‘Presidenta del Tribunal Constitucional’”, en *Diario La Ley*, 5 de diciembre de 2008.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999.
- ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General. Tomo I, trad. De Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal*, Madrid, 1997, págs. 295 ss. Este razonamiento se encuentra ya en “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, en *Festschrift für Klug, tomo I*, Köln, 1983.
- RUEDA MARTÍN, M.A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Barcelona, 2001.
- TRÜG, G., (“Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen- Schützt Sponsoring vor Strafe?”, en *NJW* 2009.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996.
- VALERIUS, B., “Der Amtsträger zu Gast bei Freunden: Vorteilsgewährung bei Sponsoring durch Versendung von Eintrittskarten für die Fussball-Weltmeisterschaft?”, en *GA*, 2010.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’ (art. 422 CP)” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2011.
- Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Santiago de Compostela, 2003.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003.

- WALTHER, F., “Der Korruptionsstrafrecht des StGB”, en *JURA*, 2010.
- WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, en *ZStW*, 58, 1939.
- ZIMMERMANN, T., “Korruption und Gobernation”, en *ZStW* 2012.