

# COHECHO PASIVO SUBSIGUIENTE O POR RECOMPENSA

**Fernando Navarro Cardoso**

*Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

---

NAVARRO CARDOSO, Fernando. Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-25, pp. 1-40. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-25.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-23 (2016), 25 dic]

RESUMEN: El presente trabajo lleva a cabo un estudio dogmático del llamado cohecho subsiguiente o cohecho por recompensa, en la modalidad de cohecho pasivo, esto es, el que tiene por sujeto activo al funcionario público. Regulado en el artículo 421 del Código Penal, adquirió sustantividad propia con motivo de la Reforma del Texto punitivo del año 2010. Transcurridos unos años de vigencia, se lleva a cabo, salvo error u omisión, el primer estudio monográfico sobre el mismo. No se soslaya el controvertido aspecto de la determinación del bien jurídico-penal protegido. A partir de ahí se efectúa un análisis de los distintos elementos conformadores del tipo –con una propuesta de restricción de la conducta típica–, además de los problemas concursales que se plantean, culminando con unas reflexiones finales.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, cohecho pasivo, cohecho subsiguiente, integridad de la función pública.

ABSTRACT: This work deals with the so-called offence of subsequent bribery in its modality of passive bribery, meaning that the author must be a public servant. This offence is contained in Article 421 of the Spanish Criminal Code, introduced by the legal reform of 2010. After a few years of validity, this work is believed to be the first specific study of this offence. The controversial question about the content of the legal interest that is protected by this offence is not avoided either. From this starting point, the definitional elements of the offence are analyzed, suggesting a restrictive interpretation of the norm and also analysing the content of Articles 419 and 420 of the Criminal Code. The work also faces the problem of concurrent offences and concludes with some final considerations.

KEYWORDS: Corruption, passive bribery, subsequent bribery, integrity in public service.

Fecha de publicación: 25 diciembre 2016

---

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO. 3. CONDUCTAS. 4. SUJETO ACTIVO. 5. OBJETO MATERIAL. 6. CONSUMACIÓN. 7. TIPO SUBJETIVO. 8. CONCURSOS. 9. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

I. Sin duda alguna, el cohecho es el delito paradigmático en la lucha penal contra la corrupción pública, es decir, la corrupción que tiene lugar en el seno del sector público. Es el delito de corrupción por excelencia en tanto es el tipo penal que de manera más próxima refleja lo que en última instancia puede entenderse por ella: el abuso del poder público para obtener un beneficio privado (ilícito); de “compraventa del poder público” habla certeramente De la Mata Barranco<sup>1</sup>.

Las dificultades para definir la corrupción corren en paralelo con los apuros para definir el cohecho, sobre todo si se pretende hacer de manera sintética y aproximativa (en una vasta definición cabe introducir todos los matices pertinentes). Prueba de ello son las diversas ocasiones en las que en este apartado introductorio, tratando cualquier aspecto, tengo que advertir que se trata de algo sobre lo que luego volveré, dada la necesidad de abordar matices. Si acudiésemos al *Diccionario de la lengua española* para entresacar una posición de partida ya sería necesario introducir matices, entre otros motivos, porque deja fuera alguna modalidad de cohecho. De acuerdo con su segunda acepción, significa “corromper con dádivas... a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pide”. Así y todo es muy gráfico el paralelismo que traza: cohechar es sobornar, es comprar el ejercicio de la función pública para satisfacer un interés privado. Me resulta sumamente ilustrativo Díaz y García-Conlledo cuando al delimitar el objeto de su trabajo afirma que “se refiere sobre todo a la respuesta penal ante conductas de los servidores públicos que se apartan del ejercicio correcto de las funciones que como tales tienen encomendadas, haciendo interferir intereses privados propios o de terceros incompatibles con o, al menos, distorsionadores de los intereses públicos a que se orientan aquellas funciones”<sup>2</sup>. Cuestión distinta es qué cabe dentro de este marco en sede penal.

II. El llamado «cohecho pasivo subsiguiente» o «cohecho pasivo por recompensa»<sup>3</sup> fue introducido, en su actual redacción<sup>4</sup>, por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*<sup>5</sup> (en adelante, Reforma 2010). Regulado hoy en el art. 421 CP, ya

<sup>1</sup> De la Mata Barranco, N.J.: «La lucha contra la corrupción política», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, p. 8.

<sup>2</sup> Díaz y García Conlledo, M.: «Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español», *Revista de Derecho* (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Nicaragua), n.º 7, 2004, p. 149.

<sup>3</sup> Hablar de cohecho pasivo subsiguiente y no solo de cohecho subsiguiente conlleva una implícita toma de postura acerca de la tipificación del cohecho activo subsiguiente. Vid. supra n. 47.

<sup>4</sup> Aprovecho para dejar apuntada una fe de errata en mi trabajo «Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 114, 2014, p. 113, n. 29. Me comí un entrecomillado, de suerte que donde dice: “...introducido en la legislación española por la reforma de 2010...” debe decir “...introducido en la legislación española, en su actual redacción, por la reforma de 2010...”.

<sup>5</sup> Publicada en el B.O.E. n.º 152, de 23 de junio.

estaba previsto en el art. 425 CP en su redacción originaria del año 1995 (en adelante, CP1995), si bien se detectan notables cambios. Dado que a lo largo del presente trabajo voy a hacer referencia a ambas redacciones, aprovecho ya para transcribirlas:

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

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

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

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

El origen de la citada reforma se halla en la adhesión de España a diversos acuerdos internacionales. Según reza el Preámbulo de la LO 5/2010: “En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”. Sorprende, no obstante, como advierte Blanco Cordero, que no se haga referencia expresa a otros documentos internacionales, tanto o más relevantes que los citados, caso del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecho en Nueva York el 31 de octubre de 2003<sup>6</sup>. De hecho, hay coincidencia en la doctrina en destacar que, sin lugar a dudas, lo que sí incidió en los motivos de la reforma fue el *Informe de evaluación relativo a España* de GRECO, en el cual se recomienda a España la urgente ratificación del *Convenio penal sobre la corrupción* (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, y de su Protocolo Adicional, hecho en

<sup>6</sup> Blanco Cordero, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», *La Ley*, n 7534, 2010, p. 2.

Estrasburgo el 15 de mayo de 2003<sup>7</sup>, lo que vino a hacer en el año 2010, tras haberse comprometido ante el GRECO a ello<sup>8</sup>.

En realidad, la reforma alcanzó a toda la regulación del cohecho, reestructurándola, simplificándola e introduciendo algunas importantes modificaciones, si bien solo abordaré aquéllas que incidan en el análisis del tipo objeto del presente estudio.

El Código Penal español recoge cuatro modalidades de cohecho pasivo: el propio (art. 419 CP); el impropio (art. 420 CP); el cohecho pasivo por recompensa (art. 421 CP), también llamado cohecho «subsiguiente», expresión que puede conllevar de modo implícito un erróneo entendimiento, lo que podría invitar a su no uso, cuestión de la que luego me ocuparé; y el cohecho pasivo en consideración al cargo o función (art. 422 CP), también llamado «de facilitación» o «cohecho no corruptor», expresiones desacertadas en opinión de Otero González<sup>9</sup>, crítica que comparto respecto de la última, dado que encierra un oxímoron o *contradictio in terminis*: cohecho es sinónimo de corrupción; de resultas, al menos en principio, no puede haber una modalidad de cohecho cuya característica sea que no genera corrupción – algo sobre lo que volveré un poco más adelante, pues es una cuestión directamente vinculada al objeto jurídico–.

Una de las cuestiones aparentemente nada controvertidas es la consideración del cohecho en general como delito negociado en interés de ambas partes, de acuerdo con la ya clásica formulación de Olaizola Nogales<sup>10</sup>. Pero a poco que nos detengamos en ello podemos convenir que este delito hace tiempo que dejó de poseer un carácter bilateral. Como nos recuerda C. Mir Puig, a partir del Código Penal de 1944, cambia sustancialmente la conducta típica básica del cohecho, incluyendo el cohecho pasivo la acción consistente en “solicitar” y el cohecho activo la de “intentar corromper”. Y se trata de conductas insertas en tipos independientes, de suerte que la consumación de uno no está vinculada a la del otro: se castiga al funcionario que solicita dádiva, y al particular que intenta corromper solicitando dádiva; pero basta que uno de los dos lleve a cabo la conducta típica para que el correspondiente tipo se realice. Dicho de otro modo, “si de descubre la existencia del pacto, dará

<sup>7</sup> Informe del Grupo de Evaluación adoptado por el GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción, Consejo de Europa) en su 42 Reunión Plenaria, Estrasburgo, 11-15 de mayo de 2009 [En línea: [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)3\\_Spain\\_One\\_ES.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)3_Spain_One_ES.pdf). Último acceso: septiembre 2016]. Vid. la “recomendación” en marginal 87.

<sup>8</sup> El Instrumento de Ratificación del Convenio se publicó en el B.O.E. nº 182, de 28 de julio de 2010. El del Protocolo Adicional en el B.O.E. nº 56, de 7 de marzo de 2011.

<sup>9</sup> 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», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 105, 2011, pp. 64 y 68. Esta autora entiende que el tipo previsto en el art. 422 CP es una de las dos modalidades de cohecho impropio previstas. La otra es la contenida en el art. 420 CP.

<sup>10</sup> Olaizola Nogales, I.: *El delito de cohecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, si bien la expresión reproducida procede de Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español», *La Ley*, nº 8526, 2015, p. 2.

lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario”<sup>11</sup>. En definitiva, siendo cierto que lo normal es que haya un pacto entre el funcionario y el particular, motivo por el cual también se prevén formas bilaterales (“recibir” en el caso del funcionario, “entregar” en el caso del particular”), *el delito de cohecho tiene carácter unilateral en su configuración normativa*.

Con el cohecho por recompensa respecto de la teoría general del cohecho pasa como con muchos delitos respecto de la teoría general del delito: ésta ha sido construida en torno al homicidio. Por ello, muchos delitos cuesta encajarlos en dicha teoría. Del mismo modo, la teoría general del cohecho ha sido construida en torno al cohecho antecedente. Cuando se pretende encajar el cohecho por recompensa en ella, chirría por todos lados, o por muchos de ellos. Está construida, entre otros elementos, en torno al pacto entre el funcionario y el particular. Y la característica del cohecho por recompensa es que no hay pacto, o lo hubo pero no ha podido acreditarse. Si lo hay, dado el carácter unilateral del cohecho, estaríamos en alguna de las modalidades del cohecho antecedente, dependiendo del carácter legal o ilegal del acto (es decir, dependiendo de si trata del tipo previsto en el art. 419 CP o en el art. 420 CP, que son las modalidades que pueden conformar el cohecho por recompensa del art. 421 CP, norma penal, pues, incompleta –aspectos que luego abordaré con detenimiento al tratar la conducta típica–). Y, como debe resultar obvio, no puede construirse un tipo penal sobre una presunción (que hubo pacto pero que no ha podido demostrarse –extremo éste sobre el que también volveré–), dado que chocaría frontalmente con los principios más básicos que inspiran, no ya la teoría del cohecho, sino la propia teoría del delito.

El propio pacto desempeña un papel fundamental en la primera discusión en la teoría general del cohecho, como sucede en todo delito que engloba diversos tipos aparte del básico –atenuados y/o agravados–, y no es otra que la discusión acerca del bien jurídico-penal protegido: si hay uno y es común a todos; si puede identificarse una finalidad político-criminal distinta del objeto jurídico en concreto tutelado; o si las diferentes modalidades protegen distintos bienes jurídico-penales.

Bien es verdad que ya de entrada la propia teoría general del bien jurídico la hemos convertido –y me incluyo– en un auténtico galimatías. Cualquiera que se acerque desde fuera a nuestra disciplina debe, para empezar, intentar hacerse una composición de lugar terminológica: una misma «cosa» recibe no se sabe cuántas denominaciones, y cada una de ellas dotada de algún matiz que pretendidamente la diferencia de otra u otras –y cierto es que, en muchas ocasiones, tales matices existen–. En mi caso, al menos en lo que a la terminología se refiere, no me puse a inventar nada, entre otros motivos, porque está por ver que tuviese las cualidades para ello, pero desde luego no las ganas. Asumí la distinción traída/construida por

<sup>11</sup> Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», *La Ley*, nº 7603, 2011, p. 2.

S. Mir Puig entre bien jurídico y bien jurídicopenal<sup>12</sup>. Me pareció sumamente sugerente en su momento, a la vez que luego muy acorde con mi tesis sobre el carácter unitario del sistema sancionador<sup>13</sup>.

Ciertamente se torna harto difícil compaginar los discursos sobre lo que en concreto se protege en el delito de cohecho –construidos en torno al tipo penal contemplado en el art. 419 CP, o en el mejor de los casos, tomando en consideración los tipos previstos en ese precepto y en el siguiente, esto es, los llamados cohechos pasivos propio e impropio antecedentes–, cuando se intentan trasladar al tipo contenido en el art. 421 CP, el llamado cohecho subsiguiente o por recompensa. En esta tesitura, los caminos se tornan obvios: o se fuerzan los discursos para que quepa aquello que más tarde o más temprano cualquiera puede/debe percibir que no cabe, o directamente se sostiene que el bien jurídico-penal protegido varía dependiendo de la modalidad de cohecho de que se trate, pues algunas de las tesis sobre este tema respecto del cohecho antecedente no es que no encajen respecto del cohecho por recompensa, sino que tampoco casan con el llamado cohecho en consideración al cargo o función.

En pocos delitos como el cohecho el debate en torno al bien jurídico-penal protegido es tan intenso, dadas las múltiples opiniones existentes. En este caso, además, la controversia tiene una gran relevancia práctica, lo que tendremos la ocasión de constatar más adelante.

A partir de aquí, el presente trabajo se centra en el análisis del delito de cohecho en la modalidad prevista en el art. 421 CP, el llamado «cohecho pasivo subsiguiente» o «cohecho pasivo por recompensa».

## 2. BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO

I. Vaya por delante que no pretendo abordar aquí este tema de manera exhaustiva, sobre todo porque ya existen obras que han llevado a cabo esa tarea expositiva y de manera sobresaliente, convertidas hoy en auténticos clásicos en la materia. Me refiero a los trabajos de Valeije Álvarez, Olaizola Nogales, Rodríguez Puerta, Vizueta Fernández y De la Mata Barranco<sup>14</sup>. Ciertamente es que todos ellos son anterior-

<sup>12</sup> Mir Puig, S.: «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XIV, 1991, pp. 205 y ss.

<sup>13</sup> Navarro Cardoso, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001.

<sup>14</sup> Valeije Álvarez, I.: *El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996; Olaizola Nogales, I.: *El delito de cohecho*, cit.; Rodríguez Puerta, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999; Vizueta Fernández, J.: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del cohecho*, Comares, Granada, 2003; De la Mata Barranco, N.J.: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004; el mismo: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006.



res a la Reforma 2010, la cual introdujo, como ya dije, notables cambios, y si no cambio de posiciones –que, al menos en apariencia, parece que en algunos casos sí se ha producido–, sí que quita y pone argumentos esgrimidos a favor o en contra de alguna de las opiniones mantenidas. Por otro lado, hay un inabarcable número de trabajos de muchísimos colegas que se han pronunciado sobre este tema del bien jurídico, investigaciones dedicadas al cohecho en general, o a un aspecto o modalidad del mismo. No he encontrado, hasta donde he podido comprobar, sin embargo, una nueva opinión, distinta de las ya reflejadas en los trabajos monográficos citados.

En otro orden de cosas, a nadie se le escapa que el concepto «bien jurídico-penal» admite dos acepciones: en sentido dogmático, como aquello que efectivamente protege la norma (bien jurídico-penal protegido); y en clave político-criminal, como aquello que se postula que debe tutelar la norma (bien jurídico-penal protegible). Pues bien, no pretendo dar una respuesta general para el delito de cohecho, que comprenda tanto al cohecho pasivo como al activo. Me conformo con identificar el bien jurídico-penal protegido en el cohecho pasivo por recompensa, aunque estimo que es común, cuando menos, a todas las modalidades de cohecho pasivo.

También me parece de todo punto necesario dejar sentadas otras premisas, todas en relación con la conformación del sistema sancionador constitucional<sup>15</sup>.

Primera. La Administración no tiene capacidad para autoatribuirse fines propios. Es un tema absolutamente superado en la doctrina administrativista y, por supuesto, en la jurisprudencia constitucional y ordinaria –como más abajo comprobaremos–. Baste para ello, en todo caso, una lectura rápida del art. 103.1 CE: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa...con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Segunda. Hay una importante diferencia funcional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal. Quien está llamada a desarrollar las políticas estatales conforme a los mandatos constitucionales (políticas educativas, sanitarias, fiscales, medioambientales, etc.) es la Administración. Para ello cuenta, como instrumento normativo, con el Derecho administrativo. El papel fundamental que se le atribuye es, pues, la ordenación de sectores. Y a quien la Constitución no le asigna ningún papel en este punto es al Derecho penal. Para que pueda ejercitar esa actividad de ordenación, se le confiere, a su vez, un instrumento sancionador. Es decir, la herramienta de la que dota el Texto constitucional a los poderes públicos en el orden sancionador para la consecución de los intereses generales que están llamados a servir son las infracciones y sus correspondientes sanciones, en ningún caso los delitos y las penas. El papel del Derecho penal debe quedar reducido a la emisión

<sup>15</sup> Vid., *in extenso*, Navarro Cardoso, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.

de juicios de reproche de conductas disvaliosas, las cuales pueden tener lugar —y no hay, de entrada, ningún inconveniente para ello— en el seno de sectores ordenados administrativamente.

Tercera. El Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal son manifestaciones de un unitario sistema jurídico-sancionador. Ambas están, pues, sometidas prácticamente a los mismos principios (legalidad, proporcionalidad y culpabilidad), así como a los correspondientes subprincipios derivados de aquéllos. De resultas, las infracciones administrativas y las infracciones penales responden a unos mismos fines (fin de prevención y fin de garantía), a unas mismas funciones (función de protección de bienes jurídicos y función de motivación) y a unos mismos parámetros básicos para delimitar los bienes jurídicos a proteger y protegidos. Por lo tanto, cuando coincide la intervención de ambas en un mismo sector, el bien jurídico (la finalidad político-sancionadora) debe ser coincidente. Y no tiene que resultar extraño en absoluto. Así, «La clásica, indeterminada y universalista función de los fines estatales como el bien común, el “interés público”, las necesidades públicas, se concretizan en la actualidad, en una grandísima parte, en la satisfacción de los derechos humanos y las libertades positivas de la persona. Objetivos primordiales de las Administraciones Públicas, en nuestro tiempo, debe ser precisamente la satisfacción de los derechos y libertades fundamentales y misión del Derecho Administrativo, garantizar efectivamente tal satisfacción»<sup>16</sup>. Cuestión distinta es que las infracciones administrativas y las infracciones penales en concreto tutelén exactamente lo mismo. Ello no puede ser así por razones obvias, en las que no me voy a detener. Si acaso, recordar dos prohibiciones: una, el bis in ídem<sup>17</sup>, y dos, el acceso a la pena privativa de libertad por parte de la sanción administrativa. De ahí se deriva, claro, una jerarquización entre ambas clases de infracciones; cuestión sobre la que, afortunadamente, pronto tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, siendo claro exponente las sentencias 2/1981, de 30 de enero, y 18/1981, de 8 de junio<sup>18</sup>.

II. Establecidas las premisas anteriores, entiendo que la *finalidad político-criminal* que preside este delito (coincidente, pues, con el bien jurídico protegido por el sistema sancionador en este ámbito, esto es, la finalidad político-sancionadora) es el *correcto funcionamiento de la Administración Pública* (com-

<sup>16</sup> Ortiz Díaz, J.: «El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo. Algunas consideraciones de cara al año 2000», en F. Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, t. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 71 (el subrayado ha sido alterado).

<sup>17</sup> Escapa en mucho al objeto del presente trabajo, pero no me resisto a advertir las posibles violaciones de este mandato de legalidad insertas en el Código Penal de la mano de las últimas reformas legislativas. Sirva de ejemplo las previsiones contenidas en el art. 305.5 CP.

<sup>18</sup> Vid. un comentario a las mismas, todo un clásico ya, en García de Enterría, E.: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 29, 1981. Bien es verdad que nunca se ha respetado del todo. Prueba de ello es el carácter más aflictivo que tienen determinadas sanciones administrativas (o administrativo-disciplinarias) cuando coinciden con sanciones penales en ciertos ámbitos.



partida con las otras modalidades de cohecho así como con otros delitos que tienen el mismo objeto), y el *bien jurídico-penal protegido* es la *integridad de la función pública*. Se solicita o se recibe una recompensa (ilícita) por haber emitido un acto, legal o ilegal, comprometiendo con ello la integridad de la función pública (en el caso de los cohechos antecedentes, más claro aún, pues se pide, se acepta o se recibe una dádiva, a cambio de ejecutar un acto, legal o ilegal).

Con la realización de tales conductas típicas (recibir o solicitar dádiva) se pone en concreto peligro (probabilidad objetiva de próxima producción real del daño) la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la función pública, aunque prefiero la expresión «integridad» porque me resulta mucho más plástica, más expresiva y acorde con lo que al final se espera del ejercicio de la función pública: que se atienda al interés general y que no hayan arbitrariedades<sup>19</sup>. No es, pues, la integridad como concepto próximo a un valor subjetivo como el honor, sino a un valor objetivo como imparcialidad, no arbitrariedad.

En relación con la pretensión última del legislador identificada, no resulta en absoluto controvertida, pues el grado de coincidencia en la doctrina es bastante alto en que es ese (del mismo modo en que también conviene que no es posible identificar un objeto jurídico único común a todos los delitos contra la Administración Pública<sup>20</sup>); más allá de que algún autor resalte algún aspecto concreto de lo que debe ser el correcto funcionamiento de la Administración. Es el caso de C. Mir Puig, que se refiere a la «objetividad» de la Administración Pública<sup>21</sup>, pero como también es un aspecto concreto y determinado la eficacia, explicitada de igual modo en el art. 103 CE. Creo, en la misma línea, que no se apartaría mucho de esta idea si se habla de «confianza pública en el correcto funcionamiento de la Administración Pública»<sup>22</sup>. Me parece, en todo caso, un matiz innecesario y que tal vez desenfoca en tanto puede parecer que se introduce un referente subjetivo.

Frente a quienes puedan atribuirle al legislador la consecución de finalidades éticas (por ejemplo, «la generación de una «cultura de lo público» o de una infraestructura ética en el ámbito de la función pública»<sup>23</sup>), baste recordar que el mandato

<sup>19</sup> Vid., *pássim*, sobre el principio de imparcialidad como bien jurídico-penal protegido en el delito de cohecho, Valeije Álvarez, I.: *El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho*, cit., pp. 30 y ss.; Cugat Mauri, M.: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 104 y ss.

<sup>20</sup> Vid., en otros, Cugat Mauri, M.: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, cit., pp. 76 y ss.; De la Mata Barranco, N.J.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», cit., p. 104; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 841; Ortiz de Urbina Gimeno, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», en J.M. Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edic., Atelier, Barcelona, 2011, pp. 327 y 328, 335.

<sup>21</sup> Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 1.

<sup>22</sup> Olaizola Nogales, I.: *El delito de cohecho*, cit., p. 99, sostiene que esa confianza de la sociedad no es patrimonio exclusivo del cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Administración Pública.

<sup>23</sup> Atribución que le hace Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español», cit., p. 4, a Mir Puig, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*.

constitucional dirigido a los poderes públicos de que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten el disfrute real y efectivo de los derechos y libertades de los individuos, y de los grupos en los que se integra (art. 9.2 CE), tiene limitaciones: la dignidad de la persona y el resto de sus derechos, en tanto son el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE), lo que no podía ser de otro modo, dado que la libertad, la igualdad, la libertad y el pluralismo ideológico son elevados a la categoría de valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). De resultas, como sostiene acertadamente Vázquez-Portomeñe, aquella finalidad político-criminal, si fuese efectivamente defendida como tal, no superaría los juicios de necesidad y merecimiento de intervención penal, que también deben ser tomados en consideración en orden a su delimitación. Entiende que “la generación de un campo de acción ético en la Administración exige la inclusión de ciertos valores y códigos en las políticas de recursos humanos”<sup>24</sup>, cuestión en la que se debe coincidir sin mayor esfuerzo, dado lo establecido en el propio *Estatuto Básico del Empleado Público* (arts. 52 y ss.).

Respecto al bien jurídico-penal propuesto, aglutino en tres los argumentos en contra de esta opinión. El primero es “que existen tipos de cohecho que o en absoluto requieren o no necesariamente demandan una vulneración” de la imparcialidad, citando los casos, traídos a los nuevos tipos tras la Reforma 2010, del cohecho impropio y del cohecho en consideración al cargo o función<sup>25</sup>. Pero es que el núcleo del injusto no es la emisión del acto en sí. Se olvida otro elemento esencial, tan primordial como que es el que conforma la conducta típica: solicitar o recibir dádiva (y aceptar ofrecimiento o promesa de dádiva, en el caso de los cohechos pasivos antecedentes)<sup>26</sup>. Si, por ejemplo, solo tiene lugar la emisión del acto por un funcionario, y es contrario a derecho, dará lugar a la correspondiente infracción administrativo-disciplinaria, o penal, llegado el caso; y si es conforme a derecho, pues no tiene trascendencia alguna (más allá de la intrínseca al acto, claro está). De hecho, De la Mata Barranco pone de relieve que las definiciones de corrupción pública de Nieto García y Sabán Godoy destacan “la importancia de que el abuso de poder conlleve la realización de una actuación ilícita”, si bien ponen el acento no en “la utilización de dinero con fines corruptores”, sino en “el poder con fines lucrativos”. Esta ha sido, por lo demás, la posición de partida a la que me he adherido, al punto de iniciar el presente trabajo, precisamente, definiendo de modo

<sup>24</sup> Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español», cit., p. 4.

<sup>25</sup> De la Mata Barranco, N.J.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», cit., p. 114, citando a Octavio de Toledo Ubieta, E.: «Derecho Penal poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en J. Cerezo Mir; R.F. Suárez Montes; A. Beristáin Ipiña; C.M. Romeo Casabona (edit.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 872 y ss.

<sup>26</sup> Vid. Valeije Álvarez, I.: *El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho*, cit., pp. 31 y 32.

sintético la corrupción pública como “el abuso del poder público para obtener un beneficio privado (ilícito)”.

El segundo es que “siendo aplicables también estos preceptos a jueces, fiscales o parlamentarios, no puede inferirse la exigencia de imparcialidad de un art. 103 CE referido exclusivamente a la Administración Pública y predicarse con igual extensión y sin matización dicha imparcialidad para unos —jueces, fiscales y funcionarios administrativos— que para otros —parlamentarios—, sin que ni siquiera la imparcialidad exigible a los jueces resulte plenamente coincidente con la demandable a los funcionarios”. Pues bien, la expresión «Administración Pública» a la que se refiere el citado precepto constitucional engloba, en efecto, solo y exclusivamente a aquellos ámbitos donde se ejerza una función administrativa (administraciones, entidades, corporaciones,...). Dicho en términos subjetivos, solo engloba a los sujetos que desempeñan funciones administrativas. Pero es que no tiene que abarcar a jueces y fiscales, ni a parlamentarios, porque no forman parte en sentido estricto de una Administración, sino de otro Poder, del Judicial y del Legislativo, respectivamente. Pero eso no implica, ni mucho menos, que los jueces, por ejemplo, no tengan que ser imparciales. Lo que sucede es que su imparcialidad viene en otro precepto constitucional, aquel que proclama la independencia del Poder Judicial y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley; en concreto, en el art. 107 CE. El sentido del art. 103 CE es otro: dado que la Administración Pública está sometida a directrices políticas, es decir, se hace política a través de ella, lo que se busca es que no sea arbitraria en el ejercicio de la función pública. Es más, hay coincidencia en la doctrina a la hora de sostener que tras la Reforma 2010 no hay ya obstáculo normativo para encajar en el delito de cohecho el llamado «transfuguismo retribuido», cuestión sobre la que naturalmente luego volveré, en el epígrafe correspondiente. Y es que todos, ahora sí, se encuentran compelidos por el mandato contenido en el art. 9.3 CE, “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, esto es, deben velar por la integridad de la función pública, en sentido amplio, que ejerciten.

El tercer argumento es que “La dádiva podrá motivar su conducta,...pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente”<sup>27</sup>. Tiene razón De la Mata Barranco cuando afirma que es la dádiva lo que le mueve al funcionario, pero lo que éste tiene que representarse es que por haber emitido un acto, legal o ilegal, realiza la conducta típica, cual es solicitar o recibir esa dádiva, atentando contra la integridad de la función pública (y en el caso de los cohechos pasivos antecedentes, más claro aún, pues lo que tiene que representarse es que solicita, acepta o recibe dádiva, por emitir un acto, legal o ilegal). Por el contrario, si no tiene lugar la conducta típica, la emisión del acto ilegal será, en su caso, una infrac-

<sup>27</sup> De la Mata Barranco, N.J.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», cit., p. 114.

ción disciplinaria o penal. Y si el acto es legal, pues no habrá cometido infracción alguna. Si se afirma que el núcleo del injusto es la obtención sin más de un acto, no se tiene en cuenta el aspecto fundamental, el aspecto corruptor, la compraventa de la función pública, como bien apunta el citado autor<sup>28</sup>.

Entiendo que no es un argumento en contra en sentido estricto sostener que no se protege la “Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su «prestigio» o su «dignidad», como todavía se lee en ocasiones), sino a la administración con minúscula, en sentido funcional, como instrumento al servicio de los ciudadanos”<sup>29</sup>. Es acertada la matización en torno al concepto moderno de Administración Pública, como entidad prestadora de servicios públicos, y garantizadora del ejercicio de derechos y libertades. Desde esa perspectiva, claro que hay que entender a la Administración en sentido funcional, prestacional, y despojarla de cualquier otra consideración seguramente más propia de una perspectiva política autoritaria. Creo que no hay inconveniente alguno en afirmar que esa es la perspectiva mayoritaria de la doctrina actual<sup>30</sup>. Dicho esto, no defiendo la integridad de la Administración como institución, como organización, sino la integridad de la función, la integridad en el ejercicio real y material de la actividad administrativa, de la función pública, entendida como deber correlativo al derecho de la ciudadanía a relacionarse con la Administración y recibir de ella las correspondientes prestaciones. Reitero lo dicho antes acerca de la función atribuible a la Administración Pública en el seno de un Estado social y democrático de Derecho: hacer posible derechos y libertades fundamentales.

En cualquier caso, cuando en el cohecho se habla de Administración Pública, en realidad sería mucho más apropiado hablar, siguiendo la terminología constitucional, de «poderes públicos», pues un juez o un parlamentario pueden cometer también un cohecho<sup>31</sup>.

III. Las otras dos grandes opciones dogmáticas son: Primera. Concebir el mismo bien jurídico-penal protegido pero desde una óptica metaobjetiva, es decir, haciéndolo coincidir con el objeto jurídico del conjunto del sistema sancionador, el «correcto funcionamiento de la Administración Pública». Segunda. El bien jurídico-penal tutelado es el mismo pero conformado ahora desde una perspectiva subjetiva, esto es, como «delito de funcionario», «delito de cargo» o «delito de infracción de deber», como quiera decirse, lo que se traduciría en sostener que el objeto jurídico es, dicho de manera sintética, no la integridad de la función sino la «integridad del funcionario». Ambas opciones me parecen incorrectas.

<sup>28</sup> Vid., De la Mata Barranco, N.J.: «La lucha contra la corrupción política», pp. 7 y 8.

<sup>29</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 328.

<sup>30</sup> Morales Prats, F.; Rodríguez Puerta, M.J.: «Título XIX. Delitos contra la Administración Pública», en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, 7ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1346 y ss.; Rebollo Vargas, R.: *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 44 y ss.

<sup>31</sup> Vid. Valeije Álvarez, I.: *El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho*, cit., p. 28.

Respecto al correcto funcionamiento de la Administración Pública<sup>32</sup>, la crítica deriva de la incompetencia y de la ineficacia del Derecho Penal para lograr tal propósito, es decir, de la legitimidad de su intervención (competencia), y de su capacidad para la conducción ordenada de las circunstancias generadoras del incorrecto funcionamiento de la Administración Pública (eficacia)<sup>33</sup>.

Comenzando por la incompetencia, no es función de éste, como hemos tenido ocasión de apuntar, ordenar sectores, ordenar, en este caso, la actividad administrativa. Dicho en otros términos, el Derecho Penal no resuelve problemas (no es competente para ello), sino que sólo interviene, emitiendo juicios de reproche debido a la cantidad de injusto material de la conducta desaprobada. Sostener otra cosa distinta equivale a subvertir, no ya el papel del ordenamiento punitivo, sino de todo el sistema sancionador, generándose como resultado la inversión del papel que le corresponde a la normativa penal, al transformarse ésta en instrumento de acompañamiento de la normativa administrativa (ordenadora) en general, y de la administrativo-sancionadora en particular, cuando debe ser al revés.

En cuanto a la ineficacia, el Derecho Penal es absolutamente incapaz de evitar las causas que provocarían el incorrecto funcionamiento de la Administración Pública. El recurso a él obligaría a adelantar la barrera de protección a unos estadios tan alejados de la lesión que desbordarían muy mucho los principios garantistas y las reglas de imputación penales. Y, sobre todo, obligaría a conformar un bien jurídico demasiado ambiguo, vago e impreciso, no sirviendo para delimitar de modo claro y preciso el contenido de injusto material. Eso y no otra cosa supondría identificar el correcto funcionamiento de la Administración como objeto jurídico del cohecho.

En relación con la integridad del funcionario<sup>34</sup>, existen tres órdenes de razones. En primer lugar, como acabo de expresar, el Derecho Penal carece por completo de potestad reguladora. De resultas, no es competente tampoco para regular las relaciones entre empleado y empleador. No lo hace en el ámbito del Derecho Penal del

<sup>32</sup> Olaizola Nogales, I.: *El delito de cohecho*, cit., p. 111.

<sup>33</sup> Vid., *in extenso*, Navarro Cardoso, F.: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1321 y ss.

<sup>34</sup> Últimamente Vizueta Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», en C.M. Romeo Casabona; E. Sola Reche; M.A. Boldova Pasamar (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, p. 698, defiende la existencia de un bien jurídico-penal común a todas las modalidades de cohecho, y lo identifica con “la honradez o integridad de la condición de funcionario público, más exactamente, con la honradez o integridad de la condición de participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Algunos autores recurren a expresiones sinónimas, caso de Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., pp. 1 y 3, que habla de probidad. Se refiere a ella como “el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción” (el original en negrita), y entiendo que equipara tal expresión a la probidad porque, primero, cita la STS de 29 de octubre de 2001 (Rec. 1327/1993) [sic], que sostiene que ese es el bien jurídico protegido en el delito de cohecho; y segundo, porque luego (p. 3) concreta el bien jurídico en el caso del cohecho pasivo impropio en “la probidad económica o austeridad del funcionario e garantía de la futura legalidad o imparcialidad de sus actos administrativos”.



trabajo, y no lo debe hacer aquí. Las relaciones entre el funcionario y la Administración son competencia administrativa, y los incumplimientos de aquél, de sus obligaciones, su falta de lealtad, de probidad, quedan sometidos al régimen disciplinario. Por lo tanto, sostener que el bien jurídico-penal protegido es la integridad del funcionario supone dejar sin espacio al Derecho administrativo-disciplinario<sup>35</sup>. A mayor abundamiento, lo contrario obligaría a criminalizar toda actuación antijurídica de los funcionarios públicos, lo que chocaría frontalmente con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos (de lesividad, de ofensividad, o como quiera denominársele) y de intervención mínima aplicados al ámbito jurídico-penal. De lo que se trata, reitero, es de emitir un juicio de reproche sobre unas concretas conductas disvaliosas en cuanto en su dirección de ataque se encuentra la indemnidad del objeto jurídico, en este caso, la integridad de la función pública.

En segundo lugar, ha venido insistiendo la doctrina, de manera acertada, en lo trasnochado de erigir como fundamento material de la intervención del Derecho Penal propio de un Estado democrático, la fidelidad, el prestigio o la obediencia debida de determinados sujetos, pues evocan momentos políticos incompatibles con la realidad política actual<sup>36</sup>.

En tercer y último lugar, advierte Vázquez-Portomeñe que en los casos en los que se entregase una pluralidad de dádivas, cada una de ellas supondría un atentado a la honradez o integridad del funcionario, lo que obligaría a aceptar la concurrencia de un concurso de delitos<sup>37</sup>. Tal razonamiento lo hace en relación con el cohecho en consideración al cargo o función, pero entiendo que es extensible, al menos teóricamente, a otras modalidades.

Por último, en mi opinión es incompatible defender la integridad del funcionario como objeto jurídico y aseverar, al mismo tiempo, que el delito de cohecho tutela un único bien jurídico-penal: el particular participará, en el mejor de los casos, en la lesión o puesta en peligro de aquél. De resultas, el cohecho activo debe proteger algo distinto al cohecho pasivo. La solución vendría dada, en este caso, postulando la pluriofensividad del delito.

IV. Aunque las funciones dogmáticas que se le asignan al bien jurídico-penal protegido no es una cuestión pacífica en la doctrina, sí hay coincidencia en atribuirle una función interpretativa del tipo, de forma que delimita y, por ende, limita, la aplicación de aquél. El rendimiento material de esta función varía mucho dependiendo del ámbito de trabajo. La doctrina sí la tiene muy presente, como no podía ser de otro modo, en la delimitación de las conductas típicas. Y debieran tenerla

<sup>35</sup> Coincidentes, Morillas Cueva, L.; Portilla Contreras, G.: «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVI, Edersa, Madrid, 1994, p. 180

<sup>36</sup> García Arán, M.: *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 37.

<sup>37</sup> Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español», cit., p. 4.



igualmente presente los jueces y tribunales. Y no digo que no, pero un análisis de la jurisprudencia casacional releva otra cosa. Así, son muchos los recursos de casación que alegan que la conducta no ha lesionado el bien jurídico-penal protegido, y más allá que lo hagan, naturalmente, con vocación de defensa, sosteniendo que la conducta en concreto realizada no encaja en el supuesto de hecho de la norma, lo hacen invocando infracción de ley, la indebida aplicación de un precepto penal. Por su parte, la Sala 2ª del Tribunal Supremo suele contestar que el motivo no puede prosperar porque..., y dota al delito de cohecho del objeto jurídico que en esa sentencia se estima que es el correspondiente, pero en absoluto es posible identificar una postura uniforme, de hecho ni aproximada, al punto que incluso no son pocas las sentencias que sostienen la pluriofensividad del delito de cohecho. Planteado en estos términos, es obvio que el bien jurídico-penal no desempeña ninguna función dogmática limitadora. Bien es verdad que los estudios doctrinales lo que vienen a constatar es que la Sala Segunda mantiene una posición ecléctica<sup>38</sup>.

### 3. CONDUCTAS

I. El cohecho por recompensa previsto en el art. 421 CP prevé dos posibles conductas: «recibir» o «solicitar», recibir de manera efectiva o pedir, el objeto material del delito, “la dádiva, favor o retribución”. Como otras formas de cohecho, atendiendo a las modalidades de acción, responde a la estructura de un *delito mixto alternativo*, esto es, se perfecciona realizando cualquiera de las conductas previstas en el tipo, de suerte que si primero se solicita y luego se recibe, se comete un solo delito.

Junto a la conducta típica aparece la «conducta contrapartida», en afortunada expresión de Vizueta Fernández<sup>39</sup>, si bien, atendiendo ahora a la estructura de la norma, el art. 421 CP contiene una *norma penal incompleta*, en este caso (pues también puede ser la consecuencia jurídica), porque parte del supuesto de hecho está contenido en otro precepto, en otros, para ser exactos, los arts. 419 y 420 CP, a los que remite de modo expreso.

II. La primera cuestión a resolver es que las conductas típicas previstas en los arts. 419 y 420 son tres, pues junto a recibir y solicitar, se prevé también la acción consistente en «aceptar un ofrecimiento o promesa» de dádiva. En este punto un sector de la doctrina sostiene que se trata de un lapsus del legislador, si bien no explica los motivos de tal entendimiento<sup>40</sup>. Entiendo que no, que el legislador ha querido excluir esta conducta, y responde, desde mi punto de vista, a una lógica:

<sup>38</sup> Vid., respecto del tipo del art. 422 CP, 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», cit., pp. 62 y ss.

<sup>39</sup> Vizueta Fernández, J.: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del cohecho*, cit., v.gr., p. 231.

<sup>40</sup> Vizueta Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», cit., p. 704.

nadie va a pagar por algo que ya recibió y por lo que en su momento no tuvo que pagar. Dicho de otro modo, no es de esperar que alguien quiera pagar de más innecesariamente, salvo que se trate de un acto de liberalidad, claro está. Otra cosa es que el funcionario efectivamente reciba porque un tercero ha dado, en cuyo caso necesariamente debe aparecer el reproche penal, pues se menoscaba la integridad de la función pública.

Cuestión distinta es la planteada por Vizueta Fernández a raíz de esta situación. Se refiere al caso en el que la iniciativa parte del particular y pacta con el funcionario la entrega futura. Como la conducta de aceptación de promesa no está prevista en el cohecho por recompensa, sostiene acertadamente que este caso debe ser subsumido en el cohecho en atención al cargo o función: “Si la iniciativa corre a cargo del particular, esto es, si es este quien ofrece al funcionario público una dádiva, favor o retribución como recompensa por una conducta ya realizada en el ejercicio de su cargo, y entre ambos, particular y funcionario, llegan al acuerdo de su entrega o prestación futura –sin que tenga lugar su recepción efectiva–, no podrá aplicarse el precepto en estudio, aunque sí, siempre que la dádiva, favor o retribución tenga un contenido económico, la modalidad de recogida contenida en el art. 422CP, pues no cabe duda de que funcionario público que acepta la promesa de la entrega futura de una dádiva como recompensa por una conducta realizada en el ejercicio de su cargo, sea esta lícita o contraria a derecho, admite una dádiva ofrecida en consideración a su cargo o función”<sup>41</sup>.

III. Otro aspecto a resolver es la concreta identificación del injusto material, aunque implícita, por un lado, y tangencialmente, por otro, ya fue resuelta más arriba. Si el bien jurídico-penal protegido es la integridad de la función pública, y una de las modalidades de cohecho se caracteriza por cometer el delito a pesar de dictar un acto conforme a derecho, el injusto material no puede situarse en el entorno de la emisión de dicho acto, porque en la dirección de ataque de esa conducta no se encuentra el objeto jurídico, de suerte que no es ni abstractamente puesto en peligro. Si a eso se suma que otra modalidad de cohecho –precisamente el objeto de este trabajo– consiste en cometer el delito una vez dictado el acto, razones de estricta coherencia dogmática conducen, de modo indefectible, a sostener que *el núcleo del injusto material lo conforma la realización de la conducta típica, pedir una dádiva o efectivamente recibirla*, pues es de ese modo como se quebranta la integridad de la función pública<sup>42</sup>.

*Cuestión distinta es la graduación del injusto, siendo absolutamente razonable que se cuantifique atendiendo a si se ejecuta o no un acto, y si éste es o no confor-*

<sup>41</sup> Vizueta Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», cit., p. 704 (parte del original en cursiva).

<sup>42</sup> Coincidente, De la Mata Barranco, N.J.: «El funcionario público ante el Derecho Penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 20, 2010, p. 36: “el núcleo del injusto se agota en la adopción del acuerdo delictivo o en su intento”.

*me a derecho*. Tal coherencia intrasistemática queda hoy corroborada por la graduación penológica establecida tras la Reforma 2010: de tres a seis años de prisión en el cohecho propio, de dos a cuatro años en el impropio, y de seis meses a un año en el caso del cohecho en atención al cargo o función.

A modo de excursus, era de esperar, por exigencias derivadas del mismo principio de proporcionalidad que inspiró la graduación de la pena de prisión, que se mantuviese en las otras penas previstas, la de multa y la de inhabilitación –aunque sí se gradúa la cantidad de pena de suspensión en el cohecho del art. 422 CP–, teniendo presente que se trata, por igual, de penas principales. Pero del insoportable uso y abuso de la pena de prisión nada nuevo hay que decir, salvo denunciarlo en cada ocasión que se nos plantee, en la ingenua esperanza de que los partidos políticos incorporen de una vez a sus agendas políticas un debate serio, y sobre todo sereno, sobre la política criminal, en general (del indubitado sesgo autoritario que viene adquiriendo el Derecho Penal), y de la pena de prisión, en particular.

Siguiendo con el hilo de la reflexión, tiene pleno sentido que el tipo del art. 421 CP remita a la pena de los arts. 419 y 420 a modo de graduación de la cantidad de injusto material.

De resultas, son dos los elementos que terminan conformando aquél, como entiendo que no podía ser de otro modo, pues ambos intervienen en la compraventa de la función pública. Por este motivo no parece del todo correcto caracterizar al cohecho por recompensa por la “desvinculación entre la recepción de la dádiva, favor o retribución al funcionario y el acto oficial efectuado por el mismo, con anterioridad a dicha recepción”<sup>43</sup>. Si se produce tal desvinculación, el único hecho penalmente relevante sería el acto oficial efectuado, siempre que contrario a derecho, y la recepción de la dádiva, si, concurriendo el resto de elementos típicos, encaja en el delito de exacción ilegal.

IV. La dinámica comisiva del cohecho por recompensa no es compleja, al menos en apariencia: un funcionario realiza, no realiza o retrasa, en el ejercicio de su cargo, un acto contrario a sus deberes (art. 419 CP), o realiza un acto propio de su cargo (art. 420 CP), y posteriormente, pide<sup>44</sup> o efectivamente recibe una dádiva por ello. Dicho de otro modo, solicita o recibe la dádiva como recompensa por el acto realizado –no realizado, o retrasado–. Por lo tanto, este tipo penal solo es de aplicación para los supuestos en los que el funcionario previamente a la realización de la conducta típica ha realizado la conducta contrapartida.

De resultas de lo anterior, hay que llegar a la conclusión que si bien el cohecho antecedente se caracteriza porque hay un pacto entre el funcionario y el particular, *el cohecho por recompensa se caracteriza por no existe tal pacto, o habiendo*

<sup>43</sup> Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 8.

<sup>44</sup> De manera expresa o tácita. Vid. Blanco Cordero, I.: «Artículos 419 a 427», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1579.

*existido, no ha podido acreditarse.* Y no puede ser de otro modo. Lo razono. Primero, en el cohecho antecedente no hay que esperar a la realización de la conducta contrapartida o acto corrupto (realizar, no realizar o retrasar) para entender consumado el delito, pues basta la realización de la conducta típica o acto corruptor para que el delito esté técnicamente perfeccionado. A ello se suma que el cohecho como ya corroboramos en la Introducción, tiene carácter unilateral: basta que se solicite la dádiva sin que sea imprescindible que la otra parte acepte la petición. Siendo así, si hubo un pacto, y pudo acreditarse, el hecho debe subsumirse en el tipo del art. 419 CP, si el acto es contrario a derecho, o en el del art. 420 CP, si el acto es conforme a derecho. Segundo. Hubo pacto pero no pudo acreditarse, aunque sí la recepción de dádiva por el funcionario. En este supuesto cobra pleno sentido el cohecho por recompensa en su modalidad de recibir. En tanto el funcionario recibe una dádiva por haber emitido un acto, quebranta la integridad de la función pública. Tercero. No hubo pacto, pero se acredita la solicitud de dádiva por el funcionario tras haber emitido un acto. También en este caso se quebranta el objeto jurídico. La cantidad de pena a imponer en estos dos últimos casos, que se corresponden con las previsiones del art. 421 CP, depende del carácter legal o ilegal del acto.

Le asiste la razón, pues, tanto al sector doctrinal que defiende que esta modalidad está prevista para los casos en que no hubo pacto<sup>45</sup>, como al que sostiene que la pudo prever el legislador solo o también para los supuestos en que el pacto no pudo acreditarse<sup>46</sup>. En ambos casos sí se ha acreditado que el funcionario cuando menos solicitó una dádiva.

Las constelaciones de casos serían:

- El funcionario emite un acto contrario a derecho y recibe dádiva: lo razonable es pensar que hubo pacto. De lo contrario, ¿por qué iba el funcionario si no a dictar el acto contrario a derecho? En este supuesto, la afectación del bien jurídico-penal no debe resultar controvertida.
- El funcionario emite un acto contrario a derecho y solicita dádiva: no parece un supuesto imaginable, pues, ¿por qué iba a emitir ese acto si no media un soborno? También aquí hay un claro menoscabo de la integridad de la función pública.
- El funcionario emite un acto conforme a derecho y recibe dádiva: lo razonable es pensar que hubo pacto, pues si recibe es porque previamente le ofrecieron. En todo caso, también aquí se produce una afectación del bien jurídico-penal protegido.
- El funcionario emite un acto conforme a derecho y solicita dádiva: es, sin

<sup>45</sup> Llegan a la misma conclusión, aunque sin razonarlo, Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 5; Rodríguez Puerta, M.J.: «Modificaciones en materia de cohecho», cit., p. 469.

<sup>46</sup> Blanco Cordero, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», cit., p. 3. Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 3.

lugar a dudas, el supuesto más extraño, pues no tiene mucho sentido que el funcionario pida una dádiva por un acto conforme a derecho. Ciertamente que en la dirección de ataque de la conducta se encuentra también la integridad de la función pública, pero el riesgo de lesión no es tan relevante como para dotar de un mínimo de contenido al injusto material. De resultas, sostengo que *los casos en los que el funcionario emite un acto conforme a derecho y solicita dádiva deben quedar en el ámbito administrativo-disciplinario*.

Si el funcionario hace creer erróneamente al particular que el acto es legal pero gracias a un esfuerzo interpretativo llevado a cabo por él, la dinámica comisiva es más propia de una estafa, en grado de tentativa si no consigue el desplazamiento patrimonial perjudicial.

Dos consideraciones a este panorama dibujado. En primer lugar, es a todas luces evidente que debe rechazarse de plazo que pueda servir de justificación político-criminal evitar la impunidad porque hubo pacto aunque no pudo acreditarse. Planteado en esos términos supondría validar un delito de sospecha, lo que resulta de todo punto inadmisibles<sup>47</sup>.

En segundo lugar, señala Muñoz Conde que una supuesta recompensa encubierta entregada como dádiva o regalo encajaría en el tipo del art. 422 CP<sup>48</sup>, con la sensible rebaja penológica que conlleva. Esa es precisamente una de las hipótesis que baraja Rodríguez Puerta para explicar los motivos del legislador<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> De la misma opinión, entre otros, Blanco Cordero, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», cit., p. 3.

Cuestión aparte es que dice a continuación que “no alcanzo a entender, en este contexto, la razón por la que no se castiga en el art. 424 al particular que paga al funcionario para recompensarle por el acto realizado, esto es, el cohecho activo subsiguiente. Constituye una laguna de punibilidad merecedora de crítica”. Lo cierto, es, sin embargo, que sí puede entenderse previsto el cohecho activo subsiguiente respecto de la conducta del funcionario consistente en recibir, es decir, en el caso de bilateralidad. Así, conforme al art. 424.2 CP, “cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan” (el particular entrega, el funcionario recibe). De la misma opinión Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 13. Interpreto que implícitamente Rodríguez Puerta, M.J.: «Modificaciones en materia de cohecho», en F.J. Álvarez García y J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 467, es de la misma opinión en tanto sostiene, de manera expresa, que el art. 424 CP castiga “los mismos supuestos y con las mismas penas que a los funcionarios”. Esta opinión la reitera tratando el cohecho activo o del particular (p. 470): el art. 424 CP despeja “de forma definitiva las dudas sobre la responsabilidad del particular en el delito de cohecho (cohecho activo). La opción acogida da una respuesta clara a esta cuestión al equiparar la responsabilidad del funcionario y la del particular en el delito de cohecho. Este último responderá del mismo modo que el funcionario en relación a las cuatro modalidades de cohecho”; las cuales las había explicitado poco antes (p. 467): cohecho propio, cohecho impropio, cohecho subsiguiente y cohecho de facilitación.

Lo que sí que no está prevista, y en este extremo sí le asiste la razón a Cordero Blanco, es la conducta del particular consistente en ofrecer.

<sup>48</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 876.

<sup>49</sup> Rodríguez Puerta, M.J.: «Modificaciones en materia de cohecho», cit., p. 469.

De la anterior conclusión se infiere que los cohechos pasivos antecedentes se caracterizan porque antecede un pacto, a diferencia del cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa, donde el pacto no tiene lugar, o no ha podido acreditarse. Lo relevante de los primeros es, pues, la existencia del pacto, no la exigencia de una relación causa-efecto estrictamente temporal entre la conducta típica y la conducta contrapartida, entre el acto corruptor y el acto corrupto. Planteado así, dicha relación no tiene que anteceder necesariamente en el tiempo a la realización del acto de contrapartida. Por lo tanto, como acertadamente apunta C. Mir Puig, mientras haya pacto, la dádiva puede ser entregada o el favor efectuado antes o después de la realización del acto corrupto<sup>50</sup>, si es que tiene lugar, evidentemente.

Esa conclusión invita, a su vez, a otra reflexión ahora terminológica sobre los conceptos empleados, cohechos antecedentes y cohecho subsiguiente: si bien puede entenderse correcta la expresión cohechos antecedentes, porque tiene que anteceder un pacto, no lo es tanto la expresión subsiguiente, pues en este caso no es que el pacto sea después, sino que no hay pacto, o no pudo acreditarse. Aquí la expresión subsiguiente no sería correlativa al elemento caracterizador del cohecho antecedente, el pacto, sino al objeto corruptor, la dádiva, que necesariamente se tiene que solicitar o entregar con posterioridad a la realización del acto corrupto y sin que haya mediado pacto. Planteado en estos términos, parecería preferible para referirse al tipo contenido en el art. 421 CP la expresión cohecho por recompensa. No obstante, está previsto y extendido el término también en el Derecho comparado, razón por la cual, siempre que no se pierda de vista el matiz introducido cabe una u otra denominación<sup>51</sup>.

V. El acto corruptor o acto conformador de la conducta contrapartida, sea cual sea el tipo de referencia, debe ser un «acto del cargo».

Hay coincidencia en la doctrina en que el acto del cargo a efectos penales no es el acto administrativo en sentido estricto, sino que es un concepto más amplio. Las razones ya las apuntó Valeije Álvarez: ni todos los actos emanados por funcionario son actos administrativos, ni para ser sujeto activo se requiere tener potestad para dictar actos administrativos. Se trata de un *concepto funcional que pretende abarcar todos los actos que el sujeto activo pueda desarrollar en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, tomado aquél y tomadas éstas, en sentido genérico, no restringidas a las específicas de su puesto de trabajo*. La doctrina suele expresarlo

<sup>50</sup> Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., pp. 5 y 7, en relación con el cohecho propio e impropio, respectivamente.

<sup>51</sup> Ya lo había constatado Valeije Álvarez, I.: *El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho*, cit., p. 175. Vid. Benito Sánchez, D.: «Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal alemán», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15, 2013, pp. 9 y ss.; Bernal del Castillo, J.: «Los delitos de soborno en el Derecho Penal español y británico», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 116, 2015, pp. 84 y ss.; Matellanes Rodríguez, N.: «El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el Código Penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación», cit., pp. 251 y ss.



señalando que se trata de competencias funcionales, abarcando no solo las competencias exclusivas sino también las genéricas del cargo o función. Un importante matiz: como no hay norma que habilite (que otorgue competencia) para dictar actos contrarios a derecho, Valeije introduce el concepto «relación funcional inmediata»: se incluyen todos los actos que guarden relación funcional (no competencial) con el cargo o función que se desempeña; que el sujeto activo pueda realizarlo «desde el cargo», como dice Comes Raga, en razón de su adscripción genérica al órgano competente; o en palabras de Ortiz de Urbina Jimeno, que haya una conexión con la actividad pública del funcionario de modo que pueda realizar el acto “con especial facilidad”<sup>52</sup>.

De resultas, hay coincidencia en la doctrina y en la jurisprudencia en que hay que excluir las actividades que pueda realizar el funcionario manifiestamente extrañas al cargo o función, como pueden ser la de naturaleza privada<sup>53</sup>. La solución en estos casos, como apunta Muñoz Conde, puede ser la posible incardinación en el delito de estafa y/o tráfico de influencias, “si solicita la remuneración con el pretexto de tener unas relaciones que realmente no tiene, o una participación en cohecho, si el funcionario interviene como persona intermedia para sobornar a otro funcionario”<sup>54</sup>.

VI. El *art. 419 CP* prevé tres posibles conductas contrapartida o actos corruptores: realizar un acto contrario a los deberes propios del funcionario, o retrasar o directamente no realizar el que debiera practicar.

A diferencia de la legislación anterior a la Reforma 2010, en la que se fijaban distintas modalidades de cohecho pasivo propio según el acto fuese constitutivo de delito o injusto pero no constitutivo de delito, el actual *art. 419 CP* reúne el cohecho pasivo propio en torno a tres conductas contrapartidas distintas, caracterizadas por realizar un acto contrario a derecho, otorgándoles a las tres la misma cantidad de injusto material. Esto, de entrada, refuerza la opinión de que el núcleo del injusto material lo otorga la conducta corrupta (la conducta típica), haga un acto contrario a derecho (*art. 419 CP*), conforme a derecho (*art. 420 CP*), o no realice acto alguno (*art. 422 CP*). Realizar o no realizar un acto, y que éste sea o no contrario a derecho lo tiene en cuenta el legislador, pero para medir la cantidad de injusto. Siguiendo a Pozuelo Pérez, *el carácter justo o injusto (la contrariedad o no a derecho) del acto no lo da, en efecto, la acción corrupta de recibir o solicitar la*

<sup>52</sup> Valeije Álvarez, I.: *El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho*, cit., pp. 191 y ss.; Comes Raga, I.: «El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente», *Revista General de Derecho Penal*, nº 22, 2014, pp. 14 y ss.; Ortiz de Urbina Gimeno, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 337.

<sup>53</sup> Vizuela Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», cit., p. 702. Vid. la jurisprudencia citada por Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 116, 2015, p. 131, n. 23; así como la citada por Ortiz de Urbina Gimeno, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 337.

<sup>54</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 876.

*dádiva*. Según sus propias palabras, “un acto no se convierte en injusto por el hecho de que el funcionario haya mostrado su venalidad”. Y dice más: “La imparcialidad que debe presidir la actuación del funcionario queda siempre comprometida, con independencia del acto que realice, en el momento en que solicite o reciba una dádiva a cambio de realizarlo, sin que ello prejuzgue el carácter justo o injusto del acto que vaya a realizar a cambio”<sup>55</sup>.

Aclarado lo anterior, la contrariedad a derecho hay que determinarla conforme a algún criterio. La doctrina parece decantarse por hacerlo poniendo en relación el acto con la normativa concreta que lo regula. Algunos autores, caso de Vizueta Fernández, proponen un criterio concreto: el acto debe ser constitutivo, al menos, de un ilícito administrativo<sup>56</sup>. Otros, en cambio, proponen un criterio aparentemente más genérico. Así, para Pozuelo Pérez, debe tratarse de “una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico, no bastando con una mera ilegalidad formal o administrativa”<sup>57</sup>. Por el contrario, la jurisprudencia, en opinión de Ortiz de Urbina Gimeno, a partir de la STS 1952/2000, de 19 diciembre, ha abandonado este criterio de exigencia de vulneración de una norma concreta y le basta la producción de una “infracción de principios constitucionales”<sup>58</sup>. También Ramos Rubio entiende que ese es el posicionamiento de la jurisprudencia. Así, dice que el acto realizado en el ejercicio del cargo pero contrario a los deberes inherentes al mismo no debe plantear problemas interpretativos, al menos en lo que a la jurisprudencia viene entendiendo, sean conductas graves (constitutivas de delito de acuerdo con la vieja regulación del cohecho), sean un “acto injusto” (siguiendo con la vieja distinción), “puesto que ninguna duda puede haber de que los deberes aludidos no son otros, cuando menos, que los de imparcialidad, objetividad y probidad”<sup>59</sup>.

Si se mantiene el criterio doctrinal, en la concreción de la contrariedad puede, o debe, desempeñar un papel determinante que se trate de un acto reglado o discrecional. De hecho, es más fácil de detectar la comisión de un acto injusto cuando es un acto reglado que cuando es un acto discrecional.

Por último, la desaparición de la distinción entre acto constitutivo de delito y acto injusto despeja toda duda respecto de la posibilidad de incluir el llamado

<sup>55</sup> Pozuelo Pérez, L.: «Los delitos contra la Administración Pública», en J. Díaz-Maroto Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Civitas, Madrid, 2011, p. 591. De la misma opinión, entre otros, Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 2. Cfr., en sentido contrario, Rodríguez Puerta, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, cit., pp. 224 y ss.: lo que convierte al acto en injusto es la conducta corrupta del funcionario: cuando recibe o solicita la dádiva.

<sup>56</sup> Vizueta Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», cit., p. 702.

<sup>57</sup> Pozuelo Pérez, L.: «Los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 588.

<sup>58</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 337, y la jurisprudencia ahí citada.

<sup>59</sup> Ramos Rubio, C.: «Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional...», en G. Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 346.

«transfuguismo retribuido», esto es, las decisiones de naturaleza política, en tanto acto contrario a los deberes inherentes al cargo. Rodríguez Puerta, coincidente con esta opción, cita como ejemplos, clásicos por otro lado, “votar a favor o en contra de una moción de censura, de una modificación del plan urbanístico o cambiar de partido político”, a cambio de una ventaja<sup>60</sup>.

VII. El *art. 420 CP*, por su parte, recoge el supuesto en el que el funcionario realiza un acto propio del cargo, coincidiendo la doctrina en que se trata, en definitiva, de un acto conforme a derecho, lícito, ajustado a la norma que lo regula.

Como el Código Penal, en la redacción anterior a la Reforma 2010, distinguía entre acto propio del cargo (*art. 425.1 CP1995*) y acto no prohibido legalmente (*art. 426 CP1995*), la doctrina discute si el actual *art. 420 CP* recoge ambas categorías o no. Identifico cuatro posturas al respecto, si bien hay que advertir que algunos autores no han vuelto a pronunciarse tras la profunda reforma legislativa, de suerte que ignoramos su actual posicionamiento al respecto. Es el caso de Díaz y García-Conlledo. Proponía que se englobase entre los actos no prohibidos legalmente los actos lícitos no comprendidos dentro de la esfera funcional del funcionario, pero vinculados con su trabajo; si bien, e insistió en un trabajo posterior, solo buscaba un criterio de distinción entre ambas figuras, reconociendo que se trataba de una propuesta poco deseable político-criminalmente hablando<sup>61</sup>. Otra opinión era la de Orts Berenguer y Valeije Álvarez, fijando la gravedad de la conducta y, por ende, la aplicación de uno u otro precepto, atendiendo a la naturaleza jurídica (de aplicación el *art. 425.1 CP1995*) o material (*art. 426 CP1995*) de la actividad administrativa objeto del pacto corrupto<sup>62</sup>. Una tercera opinión es la de Castro Moreno: el primer precepto para los actos lícitos e ilícitos que realizaba el funcionario en el ejercicio del cargo, mientras que en el segundo se subsumían los actos ajenos al cargo<sup>63</sup>. La última es la de Morales Prats y Rodríguez Puerta: en el *art. 425.1*

<sup>60</sup> Rodríguez Puerta, M.J.: «Modificaciones en materia de cohecho», cit., p. 468. De la misma opinión Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 5.

Creo, pues, que se equivoca Vizueta Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», cit., p. 704, poniendo como ejemplo de cohecho pasivo impropio del *art. 420 CP* el “concejal que, tras tomar posesión de su cargo en la sesión constitutiva del ayuntamiento, acepta la promesa de la entrega de una cantidad de dinero a cambio de, en la elección de alcalde, votar al concejal que encabeza la lista de un partido político que no es el suyo”. Si hay que buscar el ejemplo paradigmático de transfuguismo político probablemente sea ese. En todo caso, la elección de alcalde tiene lugar en la misma sesión constitutiva, lo que no queda del todo claro en el ejemplo puesto.

<sup>61</sup> Díaz y García Conlledo, M.: voz «Cohecho», en D.M. Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 261. El trabajo posterior es, el mismo, «Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español», cit., pp. 185 y ss. Luego veremos su pronunciamiento frente al texto del Proyecto que culminó como Reforma 2010.

<sup>62</sup> Orts Berenguer, E.; Valeije Álvarez, I.: «Artículo 426», en T.S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 1839.

<sup>63</sup> Castro Moreno, A.: «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del *art. 425.1* del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras», *Actualidad Penal*, nº 2, 2002, pp. 9 y ss., 9 y 13.

CP1995 encajaban los supuestos de error sobre el carácter injusto del hecho (el funcionario ignora el carácter injusto del acto objeto del cohecho), así como los actos de naturaleza discrecional ajustados a Derecho, encajando en el art. 426 CP1995 los actos reglados<sup>64</sup>.

Vázquez-Portomeñe Seijas ha respondido a, o matizado, algunas de ellas. En relación con la primera opinión (la de Díaz y García-Conlledo), entiende que el legislador lo que ha querido es unificar todos los actos legales del funcionario en un precepto, incluyendo todos los actos que ejecuta dentro de sus competencias, incluso cuando tiene solo una “cierta vinculación” con él. Añade un argumento aportado por Olaizola Nogales: en sede de cohecho nunca se ha distinguido entre competencias genéricas y competencias específicas; aunque ello no le lleva a sostener que los actos previstos en el art. 426 CP deben ser castigados<sup>65</sup>. Respecto a la segunda (la de Orts y Valeije), no cree que “se compadezca bien con la necesidad de preservar el estándar normativo de la imparcialidad en la prestación de servicios a la ciudadanía, por parte de la Administración Pública, o sea, con lo que, a juicio de la doctrina absolutamente dominante, constituye el bien jurídico del cohecho”, y concluye: “En suma, lo lógico es inclinarse por la tesis de que el legislador siempre ha tenido el propósito de someter al régimen jurídico-penal del cohecho todos los casos en que el acto interesado –ya sea de naturaleza jurídica, ya material o técnica– se halla en relación funcional inmediata con el funcionario público”<sup>66</sup>.

En cuanto a la tercera opinión (la de Castro Moreno), hoy resulta insostenible, dada la actual configuración del cohecho: los actos manifiestamente extraños al funcionario no tienen encaje en el tipo del cohecho porque, en todo caso, deben ser «actos del cargo».

La última posición la resuelve hoy la propia Rodríguez Puerta, sosteniendo la inclusión en el tipo de los actos conformes a derecho, sean reglados o discrecionales<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Morales Prats, F.; Rodríguez Puerta, M.J.: «Título XIX. Delitos contra la Administración Pública», 3ª edic., cit., pp. 1726 y ss.

<sup>65</sup> Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales», cit., p. 131. La cita de Olaizola Nogales, I.: *El delito de cohecho*, cit., pp. 303 y 304.

<sup>66</sup> Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales», cit., pp. 133 y 134. Luego en la nota a pie de página 31 aclara: “El concepto de «relación funcional inmediata» es producto de una interpretación teleológicamente orientada de los tipos de cohecho, dirigida a radiar [sic] de su ámbito de aplicación las conductas que no presentan una relación mínimamente significativa con el desarrollo de las funciones públicas. En un sistema de tipificación del cohecho que hace de ese concepto su piedra de toque, el que el acto o actuación comprometidos por el funcionario se incluya o no en el ámbito de sus competencias específicas carece de valor interpretativo, por no presentar mayor desvalor o contenido de injusto”.

<sup>67</sup> Rodríguez Puerta, M.J.: «Modificaciones en materia de cohecho», cit., p. 469, sin ulteriores matizaciones.

De resultas, Vázquez-Portomeñe toma como punto de partida que la actual redacción del art. 420 CP hace pensar que el tipo está abierto “a toda clase de actuaciones lícitas”, de suerte que, al igual que viene haciendo la jurisprudencia, ahora no se distingue entre “actos propios del cargo” y “actos no prohibidos legalmente”. Admitiendo que el tipo del art. 420 CP recoge tanto los supuestos de actos reglados como de actos discrecionales<sup>68</sup>, propone una interpretación de los actos subsumibles en el supuesto de hecho de la norma (propuesta que incluye una reforma del delito de exacciones ilegales) a partir de aquella distinción. En su opinión, los actos discrecionales debieran tener una respuesta punitiva más severa –más pena–, dado que la ciudadanía se halla en una situación de mayor desprotección al tener el funcionario un margen de decisión mayor respecto de los actos reglados, y estar fundado ese mayor margen en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), de suerte que puede optar por distintas soluciones, todas conforme a derecho formal y materialmente<sup>69</sup>.

Frente a esa tesis, o junto a ella, para ser más exacto, se sitúa, entre otros, Ramos Rubio. En su opinión, aquellos autores que incluían en los actos no prohibidos legalmente los actos menores propios de los órganos de auxilio y apoyo al órgano administrativo, pueden entender que ahora son atípicos, pues de no ser así, “se produciría un incremento sancionador incomprensible y desproporcionado (desde la multa de tres a seis meses hasta la prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años)”<sup>70</sup>.

Antes de tomar postura, me parecen oportunas dos consideraciones. La primera es que pretender seguir interpretando un tipo penal conforme a una redacción que ha sufrido profundas modificaciones puede implicar no tener en cuenta desde luego la *voluntas legislatoris*, pero puede que tampoco la *voluntas legis*, pues es obvio que el precepto ya no contiene esa distinción. La segunda es que, en todo caso, son plausibles los esfuerzos detectados en la doctrina en tanto le mueve la voluntad de acotar materialmente el ámbito de aplicación de un precepto penal conforme a los principios que ordenan la potestad de sancionar, de suerte que las conductas típicas

<sup>68</sup> Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español», cit., p. 1.

<sup>69</sup> Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español», cit., p. 2. Desarrolla su tesis en el mismo, «Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales», cit., pp. 153 y ss.

<sup>70</sup> Ramos Rubio, C.: «Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional...», cit., p. 346. Se adhiere expresamente a esta posición Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., pp. 7 y 8. También, ahora en otro trabajo, Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: «Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales», cit., p. 130 opina que deben ser excluidos del ámbito del art. 420 CP. Díaz y García Conlledo, M.: «El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2007», en C. Arangüena Fanego, A.J. Sanz Morán (coord.), *La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 187, se muestra partidario de que los actos de mero trámite, etc., a los que se referían Orts y Valeije, pasen a ser atípicos.



posean un contenido mínimo de injusto material (recordando, en este punto precisamente, que más arriba propugné una restricción del tipo del cohecho por recompensa vía exclusión de una conducta, en mi opinión, sin lesividad material penalmente relevante).

De resultas, coincido con Vázquez-Portomeñe en que el art. 420 CP solo contempla un límite expreso: quedan excluidos los actos realizados al margen absolutamente de sus competencias. Pero, del mismo modo, actos que en el mejor de los casos no van a llegar a la consideración de infracciones administrativas muy graves, y puede que tampoco graves, no pueden delimitar la cantidad de lesividad de una conducta.

#### 4. SUJETO ACTIVO

Haré primero las observaciones pertinentes respecto de los autores, y luego las correspondientes a los partícipes.

Se trata de un *delito especial propio*, esto es, solo y exclusivamente puede ser cometido por quien reúna la cualidad exigida en el tipo, en ese caso, ser autoridad o funcionario público<sup>71</sup>.

El Derecho Penal, de acuerdo con el sentir unánime de la doctrina, maneja un *concepto autónomo de funcionario público*, de suerte que no está vinculado a la normativa administrativa. De hecho, una las pocas definiciones que contiene el Texto punitivo respecto de las categorías propias de la Parte General del Derecho Penal es la de funcionario público. En realidad, define los conceptos autoridad y funcionario público. No obstante, como toda autoridad es funcionario público a efectos penales –aunque no al revés, es decir, no todo funcionario público a efectos penales es autoridad–, suele recurrirse al concepto funcionario como genérico.

Art. 24 CP dice: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la

<sup>71</sup> Vid., in extenso, últimamente, De la Mata Barranco, N.J.: «El funcionario público ante el Derecho Penal», *cit.*; Javato Martín, A.M.: «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 23, 2011; Roca de Agapito, L.: «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 31, 2013. Un clásico en la literatura penal en esta materia es Valeije Álvarez, I.: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 62, 1997



Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Es también unánime la opinión doctrinal de que se trata de un *concepto funcional*, no formal: funcionario es todo aquel que participe del desempeño de funciones públicas. Eso sí, dadas las múltiples formas de tal desempeño, el concepto de funcionario comprende no solo a los que directamente trabajan en una administración pública, sino en cualquiera de los entes, organismos, órganos descentrados locales, corporaciones, fundaciones, sociedades, entidades, etc., que desarrollen funciones de titularidad pública (la llamada Administración institucional y el llamado sector público instrumental)<sup>72</sup>. De resultas, la condición penal de funcionario se mantiene en todos estos casos con independencia del vínculo que mantenga el empleado con el empleador; dicho de otra manera, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo: funcionarios de carrera, titulares o interinos, personal laboral, estatutario, eventual, contratados administrativos, mercantiles, civiles, etc., siempre que realicen, con cierta permanencia, cualquier actuación que pueda catalogarse como de carácter público<sup>73</sup>.

Nicolás Jiménez, describiendo las características definatorias del concepto funcional de funcionario público, dice que no se exige la *nota de incorporación* ni la de permanencia<sup>74</sup>. Esta observación debe ser razonablemente matizada en dos sentidos: En primer lugar, el soborno puede hacerse personalmente o por medio de tercero. Del mismo modo, el delito puede cometerse en beneficio del propio funcionario o un tercero, pero la descripción típica no encierra ninguna duda: el acto debe ser realizado por el propio funcionario personalmente, y solo puede adquirirse la condición de funcionario si previamente se ha producido su incorporación al ejercicio de la función pública, pues solo a partir de ese momento estará en condiciones de realizar la conducta contrapartida. No pierdo de vista que el cohecho pasivo por recompensa se caracteriza porque el acto corruptor (la conducta típica) tiene lugar con posterioridad al acto corrupto (la conducta contrapartida). Por lo tanto, el acto, como ya dejamos sentido en el apartado anterior, tiene que haberse producido. Y si solo lo puede hacer el funcionario, éste, obviamente, ha tenido que haberse incorporado de manera efectiva al ejercicio de la función pública.

En segundo lugar, dice que no se exige la *nota de permanencia*. En efecto, no tiene que ser, *v.gr.*, funcionario de carrera, o personal laboral indefinido, para poder ser autor, pero sí se requiere, como acertadamente matiza De la Mata Barranco, una

<sup>72</sup> Vid. el recientísimo trabajo de Gómez Rivero, C.: «El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016.

<sup>73</sup> De la Mata Barranco, N.J.: «El funcionario público ante el Derecho Penal: cuestiones generales», cit., p. 17.

<sup>74</sup> Nicolás Jiménez, P.: «Delitos contra la Administración Pública I», en C.M. Romeo Casabona; E. Sola Reche; M.A. Boldova Pasamar (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, p. 678.

cierta permanencia: el plazo de tiempo necesario, al menos, para que adquiriera la condición penal de funcionario público y pueda cometer el delito.

Dada la amplitud que permite el concepto penal de funcionario, Vizueta Fernández, siguiendo a Rodríguez Puerta, sostiene que, “en rigor, más que de cohecho cometido por autoridad o funcionario público, deberíamos hablar de cohecho cometido por quien participa en el ejercicio de funciones públicas”<sup>75</sup>.

La excepción la constituye los supuestos donde la gestión está externalizada y se desarrolla a través de empresas privadas que accedieron a la misma mediante el correspondiente proceso de adjudicación. En este punto introduce un importante matiz Nicolás Jiménez: la privatización de la gestión y la entrega de la misma a una empresa privada concesionaria del servicio conlleva que el personal de la misma no tenga la consideración ni penal de funcionario público. Ahora bien, esas funciones pueden ser desempeñadas también por empresas privadas integradas en la gestión del municipio. En efecto, un servicio puede estar sometido a gestión directa por la propia Administración, e incorporar a una empresa privada para el desarrollo de una tarea. Y pone un ejemplo extraído de una resolución judicial: “ejerce una función pública la empresa privada contratada por un ayuntamiento para la supervisión de las zonas rurales del término municipal con la intención de paliar la proliferación de construcciones ilegales. La adjudicación del contrato representa un nombramiento por la autoridad (STS 186/2012, de 14 de marzo)”<sup>76</sup>.

En otro orden de cosas, de la lectura del art. 24 CP se infiere que son tres las fuentes por las que se adquiere la condición penal de funcionario: por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Muñoz Conde señala que, en realidad, la fuente es solo una, por disposición de la ley, dado que las otras tienen que tener su fundamento en una ley<sup>77</sup>.

Una de las primeras dudas que surge es qué sucede cuando el funcionario reúne los requisitos de acceso al ejercicio de la función pública pero carece del título habilitante, o cuando no puede acceder a él porque precisamente carece de los requisitos de acceso. La doctrina coincide en que, como quiera que se maneja un concepto funcional, el *funcionario de hecho* lo es, a efectos penales, claro está<sup>78</sup>.

Negativamente, Muñoz Conde identifica unos supuestos que habría que excluir del concepto de funcionario. Uno es cuando el particular se autoatribuye la condición de funcionario sin título habilitante. Este caso, según el citado autor, es incardinable en el delito de usurpación de funciones públicas. Otro es cuando el particu-

<sup>75</sup> Vizueta Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», cit., p. 698, citando a Rodríguez Puerta, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, cit., pp. 166 y ss.

<sup>76</sup> Nicolás Jiménez, P.: «Delitos contra la Administración Pública I», cit., p. 679.

<sup>77</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 842.

<sup>78</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 842.

lar acepta a sabiendas un nombramiento ilegal. En este caso, se comete el delito previsto en el art. 406 CP<sup>79</sup>.

En cuanto al *concepto de autoridad*, sus notas características son tener mando o ejercer jurisdicción propia. Como señala Muñoz Conde, “el mando implica una actividad autoritaria. La jurisdicción, la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos”; y pone algunos ejemplos: ser miembro titular de la mesa electoral, ser miembro del jurado (en estos casos, desde el nombramiento hasta la finalización del juicio). Nicolás Jiménez aporta una delimitación jurisprudencial: “Tener mando o jurisdicción propia implica tener capacidad para ejecutar una potestad pública, administrativa o judicial por sí mismo en un ámbito competencial objetivo y territorial (STS 793/2006, de 14 de julio)”.

El Código Penal amplía el concepto de funcionario público a los efectos del delito de cohecho a otros sujetos que no son funcionarios a efectos administrativos. Así, señala el art. 423 CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”. Resulta curioso que hubiese que esperar a la Reforma 2010 para que esta ampliación del concepto penal de funcionario alcanzase a todas las modalidades de cohecho pasivo (pues estaba prevista en el art. 422 CP1995 y los cohechos pasivos impropios y por recompensa, como hemos visto, estaban previstos en el art. 425 CP1995), lo que llamó la atención del Grupo de Evaluación de GRECO.

El precepto ha sufrido varias ampliaciones, la última con *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. La conocida Reforma 2015. Hay una discusión en el seno de la doctrina sobre su necesidad. Muñoz Conde entiende implícitamente que es necesario, en tanto que no son funcionarios públicos ni a efectos penales. Por el contrario, Blanco Cordero sostiene que algunas de dichas figuras ya venían siendo tratadas como funcionarios públicos por la jurisprudencia, y si lo eran era porque encajaban al reunir los requisitos del art. 24 CP<sup>80</sup>.

El art. 427 CP contiene otra ampliación, en este caso, sí de funcionarios públicos comunitarios y de otros países, llevada a cabo por exigencias internacionales:

Art. 427 CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o

<sup>79</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 842.

<sup>80</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 843; Blanco Cordero, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», cit., p. 5. Coincidente con el último autor, De la Mata Barranco, N.J.: «El funcionario público ante el Derecho Penal: cuestiones generales», cit., p. 36, opinión vertida con anterioridad a la Reforma 2010, pero entiendo que, *mutatis mutandi*, trasladable a la actualidad.

judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

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

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

Por otro lado, se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica:

Art. 427 bis: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

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

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

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

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

No hay ningún inconveniente dogmático ni material para que una persona jurídica no solo pueda ser autora de un cohecho activo sino también pasivo, dado el carácter funcional del concepto penal de funcionario y las modernas formas de gestión indirecta de servicios públicos. A ello se refiere expresamente Gómez Rivero: aun cuando el legislador probablemente estuviese pensando en el cohecho activo, también cabe, respecto del cohecho pasivo, en relación con “los administradores de las sociedades instrumentales, conforme a las previsiones del nuevo art. 31 bis quinquies [.2] CP”<sup>81</sup>.

Por último, como delito especial propio, queda excluida dogmáticamente la imputación del extraño a título de coautor y de autor mediato. No hay inconveniente, por el contrario, para que responda a título de partícipe, en cualquiera de sus modalidades (inductor, cooperador necesario, cómplice). Junto con el particular que pueda participar en la comisión del hecho, también cabe la participación de otro funcionario. Así, como el soborno puede hacerse “por sí o por persona interpuesta”, también cabe la participación de ese otro funcionario, por ejemplo, mediando en el soborno.

<sup>81</sup> Gómez Rivero, C.: «El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental», cit., pp. 9 y ss., 26 y ss., 28.

## 5. OBJETO MATERIAL

El objeto material u objeto sobre el que recae la conducta típica —esto es, el objeto con el que se corrompe— viene constituido, en interpretación auténtica, por “dádiva, favor o retribución”. Así reza el art. 421 CP. Pero como quiera que se trata de una norma penal incompleta (y luego veremos otros elementos ausentes en la redacción pero no en la conformación del tipo objetivo), en interpretación sistemática, el objeto material lo constituye “dádiva, favor o retribución de cualquier clase”, por referencia a los arts. 419 y 420, ambos CP.

Definido en esos términos, la primera puntualización que hay que hacer es en relación con el ofrecimiento y promesa. Entiendo que no son objetos materiales. Acudiendo a la interpretación gramatical, son sustantivos que acompañan al verbo para delimitar su contenido: se acepta el ofrecimiento de una ventaja, se acepta la promesa de una ventaja. Este entendimiento viene corroborado si acudimos a la interpretación histórica: la tercera conducta típica se incorpora al delito de cohecho por mandato contenido en el *Protocolo Adicional del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, primer instrumento comunitario que obligó a los Estados miembros a castigar penalmente la corrupción pasiva y activa de los funcionarios públicos nacionales, nacionales de otros Estados miembros y de los funcionarios comunitarios. El art. 2 contiene la definición de corrupción pasiva: “A efectos del presente Protocolo constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o no cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función, que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas”. Por lo tanto, en interpretación sistemática y teleológica, el objeto material del cohecho pasivo por recompensa puede ser una dádiva, un favor o una retribución de cualquier clases<sup>82</sup>. No le falta razón a Blanco Cordero cuando apunta que si el objetivo de la Reforma 2010 fue acomodar la legislación penal a los compromisos internacionales, hubiese sido más conveniente utilizar la expresión empleada en los convenios, “beneficio indebido”<sup>83</sup>.

En cualquier caso, todos son conceptos sinónimos, que permiten delimitar con la

<sup>82</sup> Sobre los criterios de interpretación de la norma penal, vid., a modo de explicación sucinta, Orts Berenguer, E.; González Cussac, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 127 y ss.

<sup>83</sup> Blanco Cordero, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», cit., p. 2. De todos modos, España no representa ninguna excepción, pues el Derecho comparado europeo pone de manifiesto el recurso hecho por las legislaciones nacionales a múltiples expresiones. Vid., en este sentido, Castro Cuenca, C.G.: «Delitos contra la Administración Pública y lucha contra la corrupción en la reforma del Código Penal español», en L. Zúñiga Rodríguez, M.C. Gorjón Barranco, J. Fernández García (coord.), *La Reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, pp. 182 y 183.



amplitud necesaria el objeto con el que se corrompe<sup>84</sup>. Por ello, se justifica que se recurra a al vocablo dádiva como expresión genérica que engloba a las demás<sup>85</sup>.

La segunda cuestión es la naturaleza de la dádiva. Discusiones históricas al margen, parece que no debiera existir duda hoy en que no tiene que ser de contenido económico. La redacción del precepto se antoja indubitada: “de cualquier clase”. Caben, pues, favores sexuales, políticos, sociales, honoríficos, etc., opinión unánime hoy en la doctrina.

Cuestión distinta es que la dádiva deba ser susceptible de valoración económica, lo que entiendo que no. No, de entrada, porque la pena de multa está fijada, con carácter general, conforme a la modalidad de días-multa. Y si resulta condenada una persona jurídica, la multa proporcional no lo es conforme al valor de la dádiva, como era la pena de multa antes de la Reforma 2010, sino proporcional al beneficio, objeto distinto a la dádiva<sup>86</sup>.

En relación con la cuantía de la dádiva, el debate es siempre complejo, pues el grado de coincidencia abstracto es total, pero resulta harto difícil fijar un criterio concreto, salvo que quieran rechazarse de plano los detalles de cortesía, o se fije una cuantía determinada, como ya va sucediendo en nuestro entorno continental europeo. Hay plena coincidencia en que, como dice Pozuelo Pérez, hay que superar un “umbral mínimo de relevancia penal” desde un punto de vista cuantitativo<sup>87</sup>, pues no puede criminalizarse un hecho identitario como es la “cultura del regalo” – mucho más extendida de lo que en apariencia se piensan los españoles: o a ver si la bibliotecaria alemana que ha estado soportándonos estoicamente año tras año en nuestras estancias de investigación rechaza el libro de García Márquez, traducido, *natürlich*, que le obsequiamos la Navidad que nos pilla allí, cuando no nos han pillado varias y en todas ha caído un regalo, a ella, y a la *Frau...* de turno, dicho con todo afecto, eficiente secretaria del colega que nos ha acogido en su seno, y extensión sin par de la oficina consular patria–. El exceso, como bien apunta Pozuelo, puede hacer aparecer el cohecho previsto en el art. 422 CP, el cohecho en consideración al cargo o función.

En otro orden de cosas, aunque el tenor literal del art. 421 CP no lo contemple,

<sup>84</sup> Coincidente, Blanco Cordero, I.: «Artículos 419 a 427», cit., p. 1581; Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 3; Ortiz de Urbina Gimeno, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», cit., pp. 335 y 336; si bien, como Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 874, entienden que el ofrecimiento y la promesa son también objetos materiales.

<sup>85</sup> Cuestión distinta, que escapa al objeto del presente trabajo, es la delimitación del objeto material del cohecho en consideración al cargo o función, sin duda, más restringido que el resto de cohechos pasivos.

<sup>86</sup> Coincidente, Blanco Cordero, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», cit., p. 6; Ortiz de Urbina Gimeno, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 336; Pozuelo Pérez, L.: «Los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 586, n. 5, parece mostrarse partidaria de entender que no es necesario que tenga contenido evaluable; Vizqueta Fernández, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», cit., p. 699. Cfr., en sentido contrario, Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 3; Rodríguez Puerta, M.J.: «Modificaciones en materia de cohecho», cit., p. 468.

<sup>87</sup> Pozuelo Pérez, L.: «Los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 586.

por nadie se discute que la dádiva puede recibirse en provecho propio o de tercero. Lo que sí es objeto de controversia son los casos de motivación altruista o donde el provecho es exclusivo para el erario público. Según Vizuela Fernández, hay que excluir estos casos, poniendo como ejemplo la aceptación por un alcalde de una importante donación con la que se repara un colegio público, o un camino que sufragan dos empresas usuarias casi en exclusiva del mismo (SAP Valencia, Sección 2ª, 550/1997, de 2 diciembre, citada por él). Muñoz Conde, por el contrario, sostiene que ni los motivos altruistas excluyen el cohecho, poniendo como ejemplo destinar el dinero recibido a una obra benéfica, acudiendo también a la jurisprudencia: médico que invierte el dinero recibido en mejorar el equipo del departamento en que trabajaba (STS 61/1998, de 16 de marzo). Por su parte, Blanco Cordero, siguiendo a Morales Prats y Rodríguez Puerta, defiende que para que sea cohecho, el funcionario tiene que resultar beneficiado, aunque sea indirectamente. Precisamente por ello, coincide con Vizuela en que en los ejemplos por él puestos no cabe apreciar cohecho<sup>88</sup>.

Por último, también se cuestiona si la dádiva debe ser recibida entera, en el supuesto en que la conducta típica consista en recibir, claro está. Pozuelo Pérez cita una resolución judicial que considera que, en efecto, la dádiva hay que percibirla en su totalidad para entender consumado el delito (STS , de 22 de abril)<sup>89</sup>. Yo disiento de tal postura. Primero, porque la otra modalidad no requiere ningún tipo de recepción. Esto es, basta para la consumación del delito solicitar. Pero, sobre todo, porque en el caso de recepción efectiva parcial, la afectación del bien jurídico-penal es a todas luces evidente que se ha producido.

## 6. CONSUMACIÓN

Dada la estructura comisiva del delito de cohecho pasivo por recompensa, caracterizada porque primero tiene lugar la conducta contrapartida y luego la conducta típica, es obvio que muchas de las opiniones en torno a las características tipológicas de perfeccionamiento del cohecho no pueden ser traídas a esta modalidad. Sirva solo a título de ejemplo la opinión de que el cohecho es un delito de mera actividad, pues basta con solicitar la dádiva para que se entienda consumado el delito, sin que sea necesario que el acto injusto haya tenido lugar. O que el cohecho es un delito de consumación anticipada, en concreto, delito mutilado de dos actos, pues no es necesario que el acto llegue a realizarse, en coherencia con la idea de que la pretensión de conseguir dicho acto (motivo del soborno) opera como elemento subjetivo del injusto.

El cohecho pasivo por recompensa es un delito de peligro concreto y, por ende,

<sup>88</sup> Blanco Cordero, I.: «Artículos 419 a 427», cit., p. 1581.

<sup>89</sup> Pozuelo Pérez, L.: «Los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 591, n. 28.

es un delito de resultado (de peligro). En la medida en que es un delito de peligro, asumo que debe ser posible dogmáticamente la lesión. Lo que no se debe esperar es que una conducta por sí sola lesione materialmente, menoscabe, destruya, un bien jurídico-penal colectivo como es la integridad de la función pública. Precisamente por ello se acude a la técnica de tipificación del peligro.

El delito de resultado se caracteriza porque es posible separar espacio-temporalmente, al menos desde un punto de vista formal, conducta y resultado. Claro que cuando un sujeto dispara mortalmente a bocajarro a otro, muriendo al instante, no hay separación material espacio-temporal entre la conducta de disparar y el resultado muerte. En nuestro caso no debe generar confusión que el acto (conducta contrapartida) tiene lugar antes que la solicitud o recepción de la dádiva (conducta típica), pues al momento de realización del acto el bien jurídico-penal integridad de la función pública no tiene que haber entrado en ningún círculo de riesgo –no se ha puesto aún en peligro<sup>90</sup>–. En efecto, recordemos que el núcleo del injusto material lo conforma la realización de la conducta típica, pedir una dádiva o efectivamente recibirla, pues es de ese modo como se quebranta la integridad de la función pública.

Para ir concretando hay que ir respondiendo algunas dudas y objeciones. Así, sostiene Muñoz Conde que en el caso de las conductas previstas en el art. 421 CP, en concreto respecto de la conducta consistente en pedir, “basta que el funcionario se dirija a alguien en solicitud de la dádiva para que el delito se consume, independientemente de que el particular acepte o no. No caben, por tanto, las formas imperfectas de ejecución”<sup>91</sup>. En cuanto a la otra conducta, recibir, será en ese momento en el que se consume. Es más, dice el citado autor que “en el caso de que la solicitud del funcionario se haya transmitido a través de un intermediario o cuando, por cualquier causa, no llegue a su destinatario, en la medida en que la solicitud haya sido hecha formalmente existe ya consumación, igual que cuando, por ejemplo, la solicitud es interceptada por la policía”<sup>92</sup>. Y lo mismo habría que decir, añado, respecto de la entrega como momento previo a la recepción, cuando se la queda un tercero (interpuesto) o es interceptada por la policía. Pues bien, discrepo de esta opinión. Técnicamente es posible la tentativa, aun cuando materialmente sea difícil, pero es que, precisamente, los ejemplos que pone el citado autor sirven perfectamente para ilustrar momentos propios de tentativa, de tentativa acabada, para ser más preciso, pues el sujeto ha realizado dolosamente todos los actos exteriores que objetivamente debieran producir el resultado, la puesta en peligro de la integridad de la función pública, al intentar solicitar o intentar recibir la dádiva como conse-

<sup>90</sup> Tampoco paso por alto que teóricamente es posible que primero se dicte un acto contrario a derecho y luego se pida la dádiva, pero escapa a toda lógica esta situación. Precisamente por ello, en estos casos entendemos que lo normal es que hubiese habido un pacto, aunque no se pudo acreditar.

<sup>91</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 878.

<sup>92</sup> Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 879.

cuencia del acto efectivamente realizado, pero no llega la solicitud por causas ajenas a su voluntad.

Como puede rápidamente colegirse del ejemplo anterior, la respuesta es distinta cuando la conducta consiste en recibir. Si recibe es porque previamente ha aceptado. Ya dijimos definiendo las constelaciones de posibles conductas que recibir parece demandar pacto: se recibe porque previamente se le ha ofrecido.

La otra duda es si cabiendo la tentativa, cabe el desistimiento voluntario. Teóricamente sí. C. Mir Puig pone un ejemplo, trasladable, *mutatis mutandi*, al cohecho por recompensa: el funcionario ha entregado la carta de solicitud de dádiva a un intermediario y luego le pide que se la devuelva antes de entregársela al destinatario<sup>93</sup>; o habiendo aceptado recibir, no recoge la dádiva y la hace devolver.

## 7. TIPO SUBJETIVO

Tres son las cuestiones a resolver en relación con el título de imputación subjetiva. La primera es si cabe dolo eventual. Técnicamente sí. De hecho, hay pronunciamientos expresos al respecto, referidos, eso sí, a modalidades de cohecho pasivo antecedente<sup>94</sup>. Es difícil imaginar un supuesto de dolo eventual en el caso del cohecho pasivo por recompensa, no obstante.

La otra cuestión es si concurre un elemento subjetivo del injusto. Naturalmente no lo es la pretensión de que el acto tenga lugar, pues ya fue realizado. C. Mir Puig sostiene que “La alocución «en provecho propio o de un tercero» constituye un elemento subjetivo del injusto”. Dado que es unánimemente aceptado en la doctrina que estos elementos subjetivos del injusto pueden estar presentes en el tipo de manera expresa (el ánimo de lucro en el hurto) o de manera tácita (el ánimo de ofender en las injurias), y como quiera que un sujeto puede apoderarse de una cosa mueble ajena con la intención de regalarla a otra persona, ¿hay que inferir que en el hurto concurre otro elemento subjetivo del injusto distinto al ánimo de lucro? Obviamente no. No creo, pues, que esa alocución participe de tal naturaleza. Es un elemento descriptivo del tipo objetivo.

Sí le asiste la razón, por último, al precitado autor que, en los supuestos de creencia errónea del funcionario de que el acto no era contrario a sus deberes, sino conforme a los mismos, “no es de aplicación este tipo al faltar el dolo, pero sí el tipo del art. 420, que constituye tipo básico o de recogida del cohecho pasivo (cohecho impropio)”<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 6.

<sup>94</sup> Vid. Blanco Cordero, I.: «Artículos 419 a 427», cit., p. 1582; Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 6.

<sup>95</sup> Mir Puig, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», cit., p. 6.

## 8. CONCURSOS

El primer problema concursal viene de la mano de las infracciones administrativo-disciplinarias. Si bien es plausible la evolución experimentada del Derecho Administrativo disciplinario, acogiendo y sometiendo a los principios ordenadores de la potestad sancionadora, permanece una notable excepción, el *bis in idem*, todavía hoy admitido. Sorprende, además, porque el régimen disciplinario, al menos en sede normativa, se sitúa en el paroxismo punitivo, pues se contempla la llamada “pena de muerte administrativa”, la separación definitiva del servicio. No obstante ello, dada la gravedad del delito de cohecho, y la contundente respuesta punitiva que contempla hoy (yendo más allá, incluso, de los requerimientos del Grupo de Evaluación del GRECO), la vía penal cierra probablemente la vía disciplinaria.

En materia de concursos de delitos, cualquiera de las previsiones que puedan haberse formulado respecto de los cohechos pasivos antecedentes tienen que haber tomado carta de naturaleza al momento de comisión del delito de cohecho por recompensa. Si se prevaricó, si se omitió la persecución de un delito, si se llevó a cabo una exacción ilegal, una relevación de secretos, una infidelidad en la custodia de documentos, etc., todos estos delitos tienen que estar consumados y entrar en concurso con el cohecho.

Sigue cabiendo el concurso real con el delito de amenazas si el funcionario las dirige al particular solicitando una dádiva cuando aún el acto puede ser revocado.

No puedo dejar de constatar, aunque no sea objeto del presente trabajo, mi coincidencia con la doctrina cuando pone de manifiesto la innecesaridad de la cláusula concursal prevista en el art. 419 CP, sea concurso real o ideal, duda, por cierto, que ninguna de las dos reformas habidas (2010 y 2015) ha aprovechado para despejar<sup>96</sup>.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES

Hay práctica unanimidad en considerar que la corrupción es un gravísimo problema que demanda, ante todo y sobre todo, medidas de naturaleza preventiva. Pretender que el Derecho Penal sea la adecuada respuesta es no reconocer ni los lineamientos de la corrupción, ni el modesto papel que se le puede atribuir: emitir juicios de reproche sobre determinadas conductas poseedoras de un mínimo de injusto material en tanto en la dirección de ataque de las mismas se encuentra la indemnidad de un bien jurídico-penal. Asignarle cualquier otra pretensión (como puede ser la capacidad conductora de las causas generadoras de la corrupción) es hacer recaer sobre sus espaldas un peso insoportable, que lo conduciría no solo a la melancolía político-criminal, sino a su fracaso también dogmático, pues obligaría a

<sup>96</sup> Blanco Cordero, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», cit., p. 3.



renunciar, o relajar hasta límites que no debieran franquearse, los principios garantistas y las reglas de imputación.

Dicho lo anterior, es a todas luces evidente que el Derecho Penal tampoco puede permanecer absolutamente al margen, pues ciertamente hay conductas necesitadas y merecedoras de su intervención. En este sentido, el cohecho es el delito prototípico de corrupción.

El cohecho por recompensa parece llamado a cubrir una constelación de casos donde no se ha podido acreditar la existencia de un pacto corruptor, o donde sencillamente no ha existido y se han producido, directamente, las conductas corrupta y contrapartida (en orden inverso en este supuesto de cohecho). A falta de un estudio en profundidad, al menos en apariencia, permite hacer frente al lucro ilícito del empleado público, poniendo en peligro la integridad de la función pública, sin tener que recurrir a un delito de sospecha como es el delito de enriquecimiento ilícito, al menos en la configuración latinoamericana y portuguesa, distinta, también en apariencia, del modelo francés. Aquí no hay con seguridad vulneración de la presunción de inocencia, ni del derecho a no declarar contra sí mismo, lo que se produciría respecto de este último derecho conformando el delito de enriquecimiento como simple delito de omisión (de la omisión de declarar el origen del patrimonio). Además, siempre sobrevuela sobre el delito de enriquecimiento ilícito la idea de que se está otorgando una segunda oportunidad para lograr el castigo de un sujeto, no conseguida la condena por vía de otra acusación previa por delito distinto al de enriquecimiento ilícito.

En cualquier caso, se antoja igualmente obvio que, en la tesitura de incorporar el delito de enriquecimiento ilícito, el legislador optó por otra solución, la modificación y ampliación del decomiso. Sorprende que el legislador entienda salvados por vía de una no sanción penal los argumentos constitucionales contra el delito de enriquecimiento ilícito. No podemos perder de vista que el decomiso ha pasado de ser una consecuencia jurídica del “delito” a una consecuencia jurídica de “actos delictivos”, en paralelo con la ampliación experimentada en sede de blanqueo de capitales en relación con el hecho antecedente, de exigir la previa comisión de un “delito” (declarado en sentencia condenatoria) a bastar la comisión de “actividad delictiva”.

Lo cierto es, en síntesis, que en línea con el Derecho comparado, nuestro Código Penal mantiene la figura del cohecho por recompensa o cohecho subsiguiente, no ayuno de justificación preventivo-general a fin de cubrir posibles lagunas de impunidad en una de las grandes asignaturas pendientes de la Democracia en España, la corrupción.

## ***BIBLIOGRAFÍA***

BENITO SÁNCHEZ, D.: «Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comuni-

- tarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal alemán», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15, 2013
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Los delitos de soborno en el Derecho Penal español y británico», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 116, 2015
- BLANCO CORDERO, I.: «Artículos 419 a 427», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010 (hay 2ª edic. del año 2011)
- BLANCO CORDERO, I.: «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», *La Ley*, nº 7534, 2010
- CARDENAL MONTRAVETA, S.: «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho (Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001)», *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 10, 2002
- CASTRO CUENCA, C.G.: «Delitos contra la Administración Pública y lucha contra la corrupción en la reforma del Código Penal español», en L. Zúñiga Rodríguez, M.C. Gorjón Barranco, J. Fernández García (coord.), *La Reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011
- CASTRO MORENO, A.: «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras», *Actualidad Penal*, nº 2, 2002
- CERINA, G.D.M.: «Corrupción y cohecho. El derecho penal español *de iure condito* y *de iure condendo*», en E.A. Fabián Caparrós, A.I. Pérez Cepeda (coord.), *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010
- COMES RAGA, I.: «El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente», *Revista General de Derecho Penal*, nº 22, 2014
- CUGAT MAURI, M.: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997
- CÓRDOBA RODA, J.: «Arts. 404 a 445», en J. Córdoba Roda, M. García Arán (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2011
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «El funcionario público ante el Derecho Penal: cuestiones generales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 20, 2010
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «La lucha contra la corrupción política», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016
- BENITO SÁNCHEZ, D.: «Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal alemán», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15, 2013
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: voz «Cohecho», en D.M. Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español», *Revista de Derecho* (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Nicaragua), nº 7, 2004
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2007», en C. Arangüena Fanego, A.J. Sanz Morán (coord.), *La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008
- GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de

- la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 29, 1981
- Gómez Rivero, C.: «El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016
- JAVATO MARTÍN, A.M.: «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 23, 2011
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: «El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el Código Penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación», en I. Berdugo Gómez de la Torre, A.E.L.S. Bechara (coord.), *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano-brasileña*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013
- MIR PUIG, S.: «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XIV, 1991
- MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, 2000
- MIR PUIG, C.: «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», *La Ley*, nº 7603, 2011
- MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: «Título XIX. Delitos contra la Administración Pública», en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, 7ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2016
- MORILLAS CUEVA, L.; PORTILLA CONTRERAS, G.: «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVI, Edersa, Madrid, 1994
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2015
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P.: «Delitos contra la Administración Pública I», en C.M. Romeo Casabona; E. Sola Reche; M.A. Boldova Pasamar (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016
- NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001
- NAVARRO CARDOSO, F.: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004
- OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, E.: «Derecho Penal poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en J. Cerezo Mir, R.F. Suárez Montes, A. Beristáin Ipiña, C.M. Romeo Casabona (edit.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Comares, Granada, 1999
- OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999
- OLAIZOLA NOGALES, I.: «Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística», *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 5, 2008
- OLAIZOLA NOGALES, I.: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014
- 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», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 105, 2011
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: «Tema 16. Delitos contra la Administración Pública», en J.M. Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edic., Atelier, Barcelona, 2011
- ORTIZ DÍAZ, J.: «El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo. Algunas consideraciones de cara al año 2000», en F. Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2000

- ORTS BERENGUER, E.; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Artículo 426», en T.S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1996
- ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2015
- POZUELO PÉREZ, L.: «Los delitos contra la Administración Pública», en J. Díaz-Maroto Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Civitas, Madrid, 2011
- RAMOS RUBIO, C.: «Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional (arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 439 y 445)», en G. Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010
- REBOLLO VARGAS, R.: *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecs, Barcelona, 1996
- ROCA DE AGAPITO, L.: «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 31, 2013
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: «Modificaciones en materia de cohecho», en F.J. Álvarez García y J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 62, 1997
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*, INAP y Universidad de Santiago de Compostela, Madrid y Santiago de Compostela, 2003
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español», *La Ley*, nº 8526, 2015
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 116, 2015
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del cohecho*, Comares, Granada, 2003
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: «Delitos contra la Administración Pública II», en C.M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M.A. Boldova Pasamar (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016