

Pol Córdoba González

**LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE CORRUPCIÓN:
DEL COHECHO A LA FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

dirigido por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares

Grado en Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2015

“La justicia, aunque anda cojeando, rara vez deja de alcanzar al criminal en su carrera”.

- Horacio.

ÍNDICE

<i>Abreviaturas</i>	3
I. Introducción	5
1. Introducción a las distintas modalidades de cohecho	8
II. El delito de cohecho pasivo propio (art. 419 CP)	11
1. Regulación actual.....	11
1.1. Significación del delito y bien jurídico protegido	11
1.2. Sujetos activos.....	12
1.3. Acciones típicas.....	13
1.4. El elemento objetivo: la dádiva, favor o retribución de cualquier clase.....	14
1.5. El objeto de la acción	18
1.6. El elemento subjetivo	22
1.7. Consumación del delito.....	23
1.8. Formas de participación	24
1.9. Delimitación típica: concursos	25
2. Cambios introducidos por la LO 1/2015	26
III. El delito de cohecho pasivo impropio (art. 420 CP)	29
1. Regulación actual.....	29
2. Cambios introducidos por la LO 1/2015	31
IV. El delito de cohecho subsiguiente (art. 421 CP)	33
V. El denominado cohecho de facilitación (art. 422 CP)	35
VI. Ampliación de sujetos activos del art. 423 CP	39
VII. El cohecho activo (art. 424 CP)	41
1. Regulación actual.....	41
2. Cambios introducidos por la LO 1/2015	45
VIII. Tipo privilegiado del cohecho activo (art. 425 CP)	47
IX. Cláusula de exención de responsabilidad del particular (art. 426 CP)	49

X. Inclusión de los funcionarios comunitarios y nacionales de otros Estados	
miembros de la Unión Europea (art. 427 CP)	53
1. Regulación actual.....	53
2. Cambios introducidos por la LO 1/2015	54
XI. Responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de cohecho (art. 427.2 CP)	57
1 Regulación actual.....	57
2. Inclusión del nuevo art. 427 bis CP	58
XII. Tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos	59
1. Introducción general	59
2. El delito de financiación ilegal de partidos políticos.....	61
Conclusiones	69
Bibliografía	71
Legislación y jurisprudencia	73

ABREVIATURAS

ACP	= Anterior Código Penal de 1995 (antes de la LO 5/2010)
Art.	= Artículo
CC	= Código Civil
CE	= Constitución Española de 1978
CP	= Código Penal de 1995
EEMM	= Estados miembros (de la Unión Europea)
LECrim	= Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	= Ley Orgánica
LOFPP	= Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos
OCDE	= Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
RCP	= Reforma del Código Penal de 2015
SS	= Seguridad Social
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
TC	= Tribunal Constitucional
TFG	= Trabajo de Fin de Grado
TS	= Tribunal Supremo
UE	= Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

En la recta final del Grado en Derecho, mis compañeros me han preguntado varias veces por qué he escogido la corrupción como tema central de mi TFG. El caso es que gran parte de ellos, yo incluido, podemos dedicarnos plenamente a estudiar y formarnos porque recibimos becas del Estado. No es noticia el hecho que nos encontramos en un contexto de crisis económica, en el que las familias tienen que realizar grandes esfuerzos para llegar a fin de mes. En esta situación, roza lo obscuro leer la prensa y comprobar que hay sujetos que, aprovechándose de su cargo público, están ganando ilícitamente grandes cantidades de dinero. Sin ninguna duda, la corrupción es algo que ha existido y que se ha repudiado y perseguido siempre. No obstante, cuando la sociedad está resentida por tan desfavorable coyuntura económica, resulta todavía más indignante ver como la responsabilidad de trabajar por la ciudadanía se convierte en una oportunidad para lucrarse a costa de los demás.

Quien escribe esto es estudiante de Derecho vocacional, con aspiraciones de hacer de este mundo un lugar más justo a través del Derecho. Como pequeña contribución, decidí escoger la lucha contra la corrupción desde el Derecho penal como objeto de este estudio, concretamente el delito de cohecho y el de financiación ilegal de partidos políticos, tanto por la repercusión mediática actual como por el interés que *per se* me suscita el tema. Huelga decir que el Derecho penal está muy limitado en la lucha contra la corrupción, conclusión a la que he llegado tras realizar este trabajo, pero que, sin duda, el papel que lleva a cabo en ella es de vital importancia para la sociedad.

Las formas de corrupción han evolucionado mucho a lo largo de los años, de la misma forma que las figuras penales han tenido que adaptarse a ello para perseguirlas. Lamentablemente, este hecho en sí ya supone una dura, aunque inevitable, derrota del interés general frente a la corrupción. Precisamente, uno de los cambios más notables que se han dado en los últimos tiempos, y que se analizará en estas páginas, es la complejidad de las nuevas formas de corrupción junto con la dimensión supranacional que han adoptado. Antiguamente, uno se imagina a alguien llevando un jamón, por ejemplo, al funcionario de turno para que actúe a su favor como un ejemplo típico de corrupción en general, y de cohecho en particular.

Es más, podría afirmarse que la historia social y política de nuestra civilización ha sido paralela al propio desarrollo de la corrupción. Desde Roma, en la que era habitual ofrecer regalos al Emperador para lograr su favor, hasta las artimañas cada vez más elaboradas de corromper al poder. El caso es que en el Estado social y democrático de Derecho no tienen cabida tales infracciones, y, por ello, es preciso adaptar la normativa penal continuamente en aras de salvaguardar los principios constitucionales en los que se basa nuestro sistema. Hemos llegado a una situación en la que los *delitos de guante blanco*, las *burbujas* y los *cracks*, los sobornos, los fraudes financieros y fiscales, las poco ortodoxas prácticas de los *lobbies*, y un muy largo etcétera, están en el orden del día. Sólo hay que encender el televisor para comprobarlo. En mi opinión, no resulta descabellado pensar que este desolador panorama político, social y económico es consecuencia de una de las máximas del sistema capitalista: obtener el máximo lucro posible, puesto que para ello hay quien está dispuesto a todo. No obstante, esto es algo que no debe ser comentado aquí.

Asimismo, entrando ya en materia, y en relación de todo esto a lo que se tratará en este trabajo, debe recordarse antes de comenzar que el art. 103 CE consagra el ya citado principio de imparcialidad y objetividad de la actividad pública. Con el objetivo de proteger este principio, se configura el delito de cohecho como la quintaesencia de las infracciones penales comúnmente denominadas de corrupción, y que consiste básicamente en el soborno del funcionario público. Por este motivo, cuando lo que está en juego es el derecho de todos los ciudadanos a tener una actividad administrativa justa, la respuesta del Derecho penal debe ser más contundente, cuestión sobre la que se harán muchas referencias a lo largo de estas páginas. En la misma línea pretende introducirse el delito de financiación ilegal de partidos políticos.

De hecho, el pasado 1 de abril de 2015 se aprobó definitivamente en el Congreso de los Diputados la Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica el presente Código Penal de 1995, y que entrará en vigor el 1 de julio de 2015. No pudiendo desaprovechar tal ocasión, este TFG pretende analizar los delitos de cohecho, en todas sus modalidades en la regulación vigente y atendiendo a las novedades que incluye la Reforma, y el nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos.

Para ello, ha sido necesario reflexionar mucho durante el estudio de la legislación sobre esta materia, así como examinar detenidamente la jurisprudencia y la doctrina al respecto. Además, se ha intentado dar un enfoque temporal, en el sentido de poder apreciar mediante la lectura de este proyecto la evolución que ha sufrido el cohecho como una concreta forma de corrupción, hasta llegar a la financiación ilegal de partidos políticos. Precisamente, para estudiar este último, he tenido que recurrir a tesis doctorales y a obras no publicadas aún que me ha facilitado mi tutor, puesto que no existe doctrina o jurisprudencia sobre tal cuestión en la actualidad.

Viniendo a colación, por cierto, la nueva RCP ha sido muy criticada por algunas de las novedades que incluye, como la denominada *prisión permanente revisable*, el aumento de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, o la inclusión de determinados nuevos delitos, pero procuraré acotar el objeto de este estudio estrictamente a los delitos mencionados, a las insuficientes modificaciones que uno ha sufrido y a las deficiencias con las que se ha introducido el otro en nuestro ordenamiento jurídico.

Así pues, a lo largo de estas páginas intentaré explicar de la mejor manera posible todas estas cuestiones, con el firme propósito de que este estudiante aprenda un poco más sobre el Derecho penal, adquiera una mayor pericia investigando sobre asuntos jurídicos, y de este modo poder superar esta asignatura de la mejor forma posible.

INTRODUCCIÓN A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE COHECHO

El delito de cohecho es un tipo de especial complejidad, dadas las distintas modalidades en las que puede ser cometido. Por ello, es preciso analizar las diferentes variantes de cohecho de forma sumaria, y tomando como base de este estudio la regulación que introdujo la LO 5/2010, antes de que sean analizadas en mayor profundidad.

En primer lugar, la distinción más destacable es la que se hace entre *cohecho activo* y *cohecho pasivo*. Suele clasificarse como cohecho activo aquel que comete el particular o corruptor, que mediante el ofrecimiento, promesa o entrega de dádiva o regalo al funcionario, pretende obtener de éste un acto o decisión. Por otro lado, el cohecho pasivo es el que comete el funcionario o corrompido solicitando, aceptando las promesas o recibiendo las dádivas del particular para realizar un acto propio del cargo. En definitiva, considerar como activo o pasivo el delito de cohecho dependerá de si es cometido por un particular o por un funcionario, es decir, dependerá de la condición subjetiva del autor y de la posición que éste ocupa en el delito, no así de la naturaleza activa o pasiva de su aportación al hecho delictivo, puesto que la iniciativa corruptora puede ser tomada por cualquiera de las dos partes. Por este motivo, parte de la doctrina opina más adecuado adoptar la denominación de *cohecho del particular* y *cohecho del funcionario*¹.

En segundo lugar, otra distinción es la llevada a cabo entre *cohecho propio* y *cohecho impropio*². El cohecho propio es aquel que pretende la obtención de un acto propio del cargo y contrario a los deberes inherentes a éste (por tanto, contrario al ordenamiento jurídico). En contraposición, el cohecho impropio tiene por objeto un acto propio del cargo y conforme al ordenamiento jurídico.

¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1211.

² Debe mencionarse antes de continuar que esta clasificación no es unánime en la doctrina, en el sentido que QUINTERO OLIVARES califica el cohecho del art. 420 CP como cohecho pasivo impropio y el art. 422 CP como una modalidad de éste, mientras que MUÑOZ CONDE y VÁZQUEZ IRUZUBIETA entienden que las modalidades del art. 419 y 420 CP constituyen cohecho pasivo propio y que el delito que describe el art. 422 CP es el cohecho pasivo impropio. Este TFG se ha basado fundamentalmente en lo establecido por QUINTERO OLIVARES, aunque se ha tenido en cuenta y se ha analizado la doctrina contradictoria.

Más adelante también se comentará el llamado *cohecho de facilitación* tipificado en el art. 422 CP, que consiste en la admisión de ventajas por parte del funcionario que le fueran ofrecidas en consideración de su cargo o función. A tenor de lo acabado de exponer, se llega a la conclusión de que el cohecho propio es una forma agravada del cohecho impropio, puesto que se vulnera, además del principio de imparcialidad, el de legalidad.

Finalmente, es preciso mencionar también la distinción entre *cohecho antecedente* y *cohecho subsiguiente*. En esta clasificación lo que se tiene en cuenta es el momento en el que se produce el acuerdo entre corruptor y corrompido. En este sentido, el cohecho antecedente es aquel que se produce antes de adoptarse el acto del funcionario por el cual se está sobornando. En contraste, el cohecho subsiguiente es aquel en el que el acuerdo se celebra una vez adoptado el acto.

El resto de preceptos del Capítulo V del Título XIX del Libro II CP, por supuesto, también serán tratados, puesto que regulan el cohecho cometido por el particular, la inclusión en nuestra tipicidad del cohecho cometido por funcionarios comunitarios o de otros EEMM, etc. En definitiva, una vez aproximadas las principales distinciones entre tipos de cohecho que incluye la actual regulación, se procede a su análisis extensivo.

II. EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO (ART 419 CP)

1. REGULACIÓN ACTUAL

1.1. Significación del delito y bien jurídico protegido.

El art. 419 CP se ocupa, tras la LO 5/2010, de la más grave modalidad de cohecho: el que castiga la realización de un *acto contrario a los deberes inherentes al cargo*, o la omisión o retraso injustificado del que debiera practicar. El tenor literal del citado precepto es el siguiente: *«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito».*

La especial gravedad de esta conducta respecto a las otras radica en el hecho que el objeto del acuerdo entre corruptor y corrompido es un acto al que el primero en ningún caso tendría derecho porque es ilegal, injusto o contrario a los deberes del cargo del segundo. Por ello, la pena que se impone al funcionario es mayor que en el resto de tipos, incluyendo privación de libertad, multa e inhabilitación especial. Esto obedece la hecho de que se trata de un tipo pluriofensivo, puesto que el bien jurídico protegido es, por un lado, el buen funcionamiento de los servicios públicos en relación con el principio de imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración³, y por otro lado el principio de legalidad, dada la arbitrariedad sobre la que se cimienta dicho acto adoptado tras el soborno. Tal y como apunta reiterada jurisprudencia del TS, “el delito de cohecho protege, en efecto, el prestigio y eficacia de la Administración Pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y así mismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos⁴.”

³ Rodríguez Puerta, M^a José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pp. 58-59.

⁴ STS 27/2007, de 30 de mayo; STS 1618/2005, de 22 de diciembre; y STS 593/1995, de 29 de abril.

1.2. Sujetos activos.

En cuanto a los sujetos activos del cohecho pasivo propio, tal y como se desprende de la redacción del art. 419 CP, autores podrán serlo el funcionario público o la autoridad. El concepto a efectos penales de funcionario público se encuentra tipificado en el art. 24 CP. A tenor de los que dispone este precepto, debe precisarse, sin entrar en un profundo análisis de éste, que el concepto de funcionario abarca, como el género a la especie, el de autoridad⁵. Por tanto, el ser autoridad ya implica ser funcionario. Por otro lado, para ser considerado funcionario a efectos penales se requiere, además de la participación en el ejercicio de funciones públicas, un título que habilite para ello⁶, y por las causas que el propio precepto menciona.

Por tanto, es posible la comisión de esta modalidad delictiva tanto si la actividad ejercida por el funcionario público es administrativa *stricto sensu*, jurisdiccional o política⁷. De esta forma, este delito puede ser cometido por funcionarios municipales⁸, por funcionarios de la Administración Tributaria⁹, por médicos como profesionales de la sanidad pública y/o trabajadores de la SS¹⁰, por policías¹¹, por jueces y magistrados¹², etc. Nada obsta tampoco a que esta conducta la cometan parlamentarios.

⁵ Rodríguez Puerta, M^a José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pg. 162.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 19^a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 928-930.

⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6^a. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1215.

⁸ Tal y como se relata en la SAP Barcelona 633/2008, de 1 de septiembre, en el que a cambio de dádivas unos funcionarios municipales alteraron expediente de liquidación de impuestos de plusvalías para que los corruptores se beneficiasen.

⁹ Caso de la STS 334/2008, de 6 de junio, en la que un funcionario de la Administración Tributaria archiva el expediente de un particular que debía pagar una importante cantidad de dinero a cambio de una dádiva.

¹⁰ Como es el caso de la STS 2052/2001, de 7 de noviembre, en la que un médico percibía compensaciones económicas por recetar determinados medicamentos. También el de la STS 219/2011, de 8 de julio, en la que un inspector médico solicitaba dádivas para falsear expedientes de incapacidad para que determinados sujetos cobrasen prestaciones por ello.

¹¹ Ejemplo de sujeto activo de este delito plasmado en la STS 853/2013, de 31 de octubre, en la que se soborna a unos policías para que influyan en la labor de la Administración de Justicia, ordenen un registro en una vivienda, y coloquen droga en ella. También es el caso de la STS 676/2012, de 26 de julio, en la que un Guardia Civil solicita dádiva para cooperar en un desembarco de hachís.

¹² Como en el caso de la STSJ de Andalucía 6/2007, de 20 de marzo.

Cabe resaltar que con la LO 5/2010 se ha ampliado el círculo de sujetos activos incluyendo los funcionarios comunitarios y los funcionarios nacionales de otros EEMM, algo que será analizado en profundidad en los siguientes apartados.

1.3. Acciones típicas.

Veamos ahora las acciones típicas que se describen en el CP para cometer este ilícito penal. Como se ha introducido anteriormente, las acciones que ahora se comentarán requieren de otra persona, en este caso del particular o corruptor distinto del funcionario, que debe llevar a cabo una conducta en la misma dirección. Las acciones descritas en el tipo son las de solicitar y recibir dádivas y aceptar ofrecimientos o promesas:

- Por *solicitar* debe entenderse emitir una declaración de voluntad hacia un tercero en virtud de la cual se muestre disposición a recibir una dádiva o presente por la realización de un acto propio del cargo. Esta petición puede ser expresa o concluyente o también de forma tácita o encubierta pero en cualquier caso debe poder llegar a ser comprendida por la persona a la cual va dirigida. Cabe resaltar que no se lesiona efectivamente el bien jurídico tutelado mediante un acuerdo entre funcionario y el tercero, sino que sólo se requiere que el primero manifieste externamente tal voluntad de recibir una dádiva o presente. Lo que ocurre es que, si bien es cierto que no se vulnera el principio de imparcialidad con la solicitud, sí que se pone en peligro, puesto que «pone de manifiesto que el funcionario tuvo la voluntad de adoptar una decisión parcial de mediar una gratificación»¹³. Es uno de esos casos en los que el cohecho es un delito unilateral, puesto que aquí se consume simplemente con la mera solicitud de la dádiva (igual que en el caso del ofrecimiento por parte del particular, que se comentará en su respectivo apartado), sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación¹⁴. La jurisprudencia mayoritaria opina en este sentido¹⁵.

¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1216.

¹⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *et al. Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. 4ª. ed. Madrid: LA LEY, 2011. pp. 1521-1522.

¹⁵ Vid. STS 776/2001, de 8 de mayo; STS 1114/2002, de 12 de junio; y STS 1319/2002, de 11 de julio.

- La segunda modalidad es la de *recibir*, consistiendo ésta en que el funcionario admita lo que haya ofrecido el particular con la voluntad de hacerla suya, aunque tiene perfecto encaje que el funcionario dirija esa ventaja a un tercero. Lo que resulta determinante en este punto es que la finalidad de la dádiva, ventaja o presente sea la prevista en el tipo, es decir, obtener un acto propio del cargo pero contrario a sus deberes inherentes. La principal diferencia respecto a la anterior acción típica es que la recepción requiere un acuerdo previo o simultáneo entre corruptor y corrompido, siendo este el momento en el que se lesiona el bien jurídico protegido¹⁶.
- Finalmente, el art. 419 CP hace referencia a la *aceptación del ofrecimiento o promesa*. De manera parecida a la recepción de la dádiva, en el caso de la aceptación se requiere una previa o simultánea oferta de presentes por el particular corruptor, pero no se exige la efectiva recepción de la ventaja, dado que ese momento queda diferido. Igual que en el caso anterior, vemos que el delito se consuma en el momento en que ambos sujetos llegan al acuerdo, aunque lo prometido jamás se lleve a cabo¹⁷.

Así, vemos que el núcleo fundamental del injusto de este delito se encuentra en llegar a ese pacto o acuerdo en el que el funcionario deja de ser imparcial en cuanto a la adopción de ese futuro acto propio del cargo, resultando indiferente el momento de obtención de la ventaja solicitada u ofrecida.

1.4. El elemento objetivo: la dádiva, favor o retribución de cualquier clase.

Centrándonos ahora en el elemento objetivo de todas las modalidades de cohecho, la “*dádiva, favor, o retribución de cualquier clase*”, vemos que es un concepto muy amplio en el que se engloba cualquier ventaja o retribución de cualquier naturaleza.

¹⁶ En este sentido, STS 77/2007, de 7 de febrero (Fj decimosexto).

¹⁷ En este sentido, STS 512/1994, de 9 de marzo (Fj quinto).

Delimitar el alcance de este concepto es una labor de gran importancia para analizar correctamente este delito. Partimos, en primer lugar, de la existencia de usos y costumbres en determinados módulos sociales en los que generalmente se aceptan regalos o actos de cortesía, en otras palabras, que forma parte de la normalidad de las relaciones personales. Por ello es complicado discernir cuándo existe relación entre la conducta típica y cuándo, por el contrario, estas dádivas o presentes pueden encontrar encaje en el marco de la adecuación social. La frontera entre el delito y la común relación social puede ser muy delgada en determinadas circunstancias, motivo por el cual es imprescindible examinar a fondo la doctrina y a la jurisprudencia existentes en esta materia. La tendencia jurisprudencial respecto al concepto de dádiva es propicia a darle la más amplia de las interpretaciones¹⁸, aunque coinciden en restringirlo a prestaciones de carácter material valorables económicamente. En este sentido, también se pretende afirmar es que la dádiva tenga entidad suficiente como para provocar una mejor objetiva o subjetiva de la situación del funcionario. Esta cuestión es clave para distinguir el ámbito de actuación del delito de cohecho del delito de tráfico de influencias tipificado en los arts. 428 y 429 CP, al que quedarían relegadas las ventajas de carácter material y subjetivas¹⁹.

Uno de los problemas que se ha planteado al respecto es el del ofrecimiento de relaciones sexuales con motivo de la actuación de un funcionario. QUINTERO OLIVARES²⁰ plantea si incluir los favores sexuales dentro del ámbito del cohecho es adecuado al principio de intervención mínima del Derecho penal, y, en segundo lugar, si eso cabe en una interpretación laica y no moralista de éste. Resulta que son ventajas que tienen una naturaleza objetiva pero que no suponen una mejora de la situación económica del funcionario. En este punto conviene señalar la regulación de los arts. 443 y 444 CP, que castigan al funcionario que solicita sexualmente a una persona de la cual tiene pretensiones pendientes de resolución o acerca de las cuales tiene que evacuar informe o elevar consulta a su superior.

¹⁸ En este sentido, STS 504 /2003, de 2 de abril; STS 575/2004, de 11 de mayo, que admite como dádiva dirigida a un concejal de urbanismo el poder usar de forma gratuita un apartamento; también STS 965/2004, de 26 de julio; y SAP Málaga (Caso Malaya) 586/2014, de 7 de noviembre.

¹⁹ En consonancia con la jurisprudencia citada en el pie de página núm. 14, esta opinión es compartida por: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1219.

²⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 12.

En virtud de estos preceptos, y relacionándolos con el ámbito del cohecho, serán aplicables si es el funcionario el que solicita los favores sexuales, o también delitos contra la libertad sexual desde el punto de vista del funcionario e incluso el art. 429 CP de tráfico de influencias²¹. Por otro lado, si es el particular el que ofrece relaciones sexuales, dependerá de si dichos favores se ofrecen con la intención de obtener el acto propio del cargo, tanto contrario al ordenamiento (art. 419 CP) como conforme a éste (art. 420 CP), el incluirlos en la órbita del cohecho o no. Sin duda, la actual redacción ofrece un margen muy amplio que permitiría incluir los favores sexuales en el concepto de dádiva, pero no hay que obviar el derecho a la libertad sexual del que también son acreedores los funcionarios, por lo que de incluir sin tapujos las relaciones sexuales en el ámbito del cohecho podría llegar a absurdas consecuencias. Sería desproporcionado abrir un proceso penal a cada persona que ofrezca relaciones sexuales a un funcionario, máxime con la complicación que supondría probar que el ofrecimiento de la relación sexual era con intención de lograr el acto descrito en el CP. También habría que incoar un procedimiento penal cuando el particular tiene relaciones sexuales con el funcionario con la esperanza de obtener el acto injusto y eso no termina ocurriendo, lo que no supone la ventaja objetiva que requiere el tipo a tenor de la jurisprudencia examinada, y tampoco se cercena el principio de imparcialidad. Además, no es habitual que se intente sobornar a un funcionario mediante estos cauces y la jurisprudencia en este sentido es, cuanto menos, escasa²².

A parte de los favores sexuales, esta amplitud conceptual que ofrece la redacción de los preceptos relativos al cohecho abren la veda para que *otras recompensas no económicas*, como puede ser la promoción social, puedan ser acciones típicas. En este punto hay que centrarse en si finalmente se produce el acto injusto, puesto que si no lo llega a haber no habría delito. Además, invadiríamos el espacio propio de otros delitos como son la prevaricación o el tráfico de influencias. No hay que olvidar, como ya se comentó antes, los regalos que quedarían dentro de los usos del tráfico o de cortesía.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 19ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 932-933.

²² La SAP Huelva 62/2014, de 6 de marzo, es muy clara en este sentido. El caso concreto del que emana esta resolución versa sobre un funcionario de la Oficina de Extranjería que requiere sexualmente a mujeres inmigrantes cuyos expedientes están pendientes de resolución. En este supuesto, se condenó al sujeto por el tipo del art. 443 CP y por delitos de abusos sexuales con prevalimiento de relación de superioridad cuando las relaciones no fueron solicitadas.

Por ejemplo, el concejal de urbanismo de una gran ciudad que recibe una cesta por Navidad. Deben excluirse los donativos de nimio valor o aquellos incapaces de doblegar la voluntad imparcial del funcionario. Es decir, se requiere una mínima idoneidad de la dádiva desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, puesto que si no estaríamos confundiendo el cohecho con la inducción u otras formas de participación en otros delitos cometidos por el funcionario²³.

Ahora situémonos en el supuesto en que el funcionario solicita, recibe o acepta una dádiva o presente que beneficia no a él sino a un tercero. El tener a un tercero como beneficiario ha sido una cuestión, sin duda problemática, para la doctrina, algo que también se ha suscitado en otros países. El elemento subjetivo del injusto requiere, por parte del funcionario, dolo de aprovechamiento de la dádiva para sí mismo²⁴. El problema está en si la dádiva aprovechase a un tercero o asociación con el que el funcionario no tiene ninguna relación. Parte de la doctrina²⁵ considera que si el funcionario no resulta beneficiado directa o indirectamente no estaría movido por intereses ajenos o contrarios a los generales. En este sentido encontramos que la STS 84/1996, de 5 de febrero, absuelve a una alcaldesa de cohecho por haber solicitado a dos empresas unas cantidades de dinero que aprovecharon al propio ayuntamiento, por lo que el TS exige que el funcionario actúe con ánimo de obtener un beneficio personal de carácter económico, aunque sea indirecto.

Diferente es si la ventaja que aprovechará un tercero beneficiará indirectamente al funcionario, que puede ser un partido político. En este punto, y teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, se concluye que esta conducta tiene cabida en la regulación del art. 419 CP. En los casos en los que la jurisprudencia²⁶ así lo ha apreciado, el destinatario de la dádiva responde como partícipe del cohecho cometido por el funcionario si conocía el acuerdo entre corruptor y corrupto, algo en lo que coincide la doctrina mayoritaria²⁷.

²³ QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1220.

²⁴ Vid. STS 504/2003, de 2 de abril.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1222.

²⁶ En este sentido, STS 1826/1994, de 18 de octubre (Fj quinto); y STS 20/2001, de 28 de marzo

²⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *et al. Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. 4ª. ed. Madrid: LA LEY, 2011. pg. 1523.

1.5. El objeto de la acción.

El objeto de la acción es la *realización de un acto, en el ejercicio de su cargo, contrario a sus deberes, una omisión o un retraso*. En este punto, respecto a la regulación anterior a la LO 5/2010, el legislador ha agrupado en un solo precepto las 3 modalidades de cohecho pasivo propio existentes diferenciados por ser uno activo, otro omisivo, y el restante un retraso injustificado. A mi parecer, es positiva esta simplificación puesto que equipara las formas activas y omisivas de cohecho, y facilita las cosas a nivel procesal. Veamos como los arts. 419, 420 y 421 ACP regulaban el cohecho pasivo propio distinguiendo si la conducta delictiva consistía en una solicitar, recibir o aceptar dádiva o promesa de dádiva, en ejecutar el acto por el que se dio la dádiva, o en omitir dicho acto:

Artículo 419

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

Artículo 420

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años; y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

Artículo 421

Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

El art. 419 ACP, en primer lugar, castigaba el acuerdo de voluntades, en las tres acciones típicas que se comentarán más adelante. Por otro lado, el art. 420 ACP sanciona que el acto por el se solicitó o recibió la dádiva o promesa de dádiva llega a ser ejecutado. En último lugar, el art. 421 ACP tipifica la omisión del funcionario como modalidad de comisión de cohecho pasivo propio. Cuando el bien jurídico protegido es el principio de imparcialidad de la Administración Pública, no es lógico que sea más grave ejecutar el acto pretendido que solicitar o aceptar la dádiva u ofrecimiento de ésta. Aunque no se ejecute el acto, el funcionario ya se está enriqueciendo de forma injusta y la puesta en peligro del bien jurídico es tal, que el legislador de 2010, acertadamente, resuelve en unificar las penas. Del mismo modo, el art. 421 ACP también es unificado en el actual art. 419 CP. Resulta totalmente injustificable que la omisión descrita en el art. 421 ACP no estuviera penada con privación de libertad, entendiendo así el legislador de 1995 que el cohecho que consiste en no adoptar un acto es menos grave que el que consiste que los descritos en los arts. 419 y 420 ACP. Por ello, se unifican en un único precepto, con la misma pena para cada caso. Sobre el concreto significado de estas tres conductas en la actual normativa, se comentará más adelante.

Seguidamente, en relación a esta cuestión, deben examinarse fundamentalmente tres cuestiones: el concepto de acto propio del cargo, el carácter de contrario a los deberes del cargo, y determinar si el acto es activo, omisivo, o un retraso.

- El *acto propio del cargo* es aquel para el cual el funcionario público es competente. Es un acto que solo él puede realizar en calidad de empleado público. Por tanto, deberá tratarse de un comportamiento comprendido dentro de sus

competencias, tanto de hecho como de derecho²⁸, es decir, que no es necesario que el funcionario sea específicamente competente para llevar a cabo tal acto, sino que simplemente pueda realizarlo con mayor facilidad por su cargo²⁹.

- Dicho acto debe ser *contrario a los deberes inherentes al cargo*. Este es el principal rasgo distintivo de esta modalidad de cohecho que la hace más grave respecto a las demás. Así, los actos deberán conculcar las normas que regulen el sector de la actividad pública en el que opera el funcionario en cuestión. Si las contradicciones con el ordenamiento son meramente formales, los actos no merecen la calificación de injusto, a no ser que sean formalidades de carácter esencial o contradicciones de contenido. En este sentido, RAMOS RUBIO es de la opinión que la actual regulación no debería presentar ningún duda en lo que respecta a esta cuestión por ser lo bastante clara: «*los deberes aludidos no son otros, cuando menos, que les de imparcialidad, objetividad y probidad*»³⁰. En caso de tratarse de un acto adoptado dentro del marco discrecional del que dispone el funcionario, deberá acudirse a las técnicas de control de la actividad discrecional propias de la Administración³¹. Si no quedase acreditado que el acuerdo iba dirigido a la adopción de una decisión discrecional injusta, sería de aplicación el art. 420 CP relativo al cohecho pasivo impropio³².
- Por último, queda por diferenciar cuando el acto propio del cargo y contrario a los deberes inherentes a este consiste en un *acción*, en una *omisión*, o en un *retraso*. En cualquiera de estos tres supuestos, el funcionario ha de haber manifestado su disposición a adoptar esa postura, en virtud del acuerdo injusto adoptado³³. Es

²⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1223.

²⁹ La jurisprudencia es unánime en este sentido: SSTS de 5 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8810]; de 7 de diciembre de 2005 [RJ 2005, 573]; de 24 de febrero de 2000 [RJ 2000, 488]; y de 21 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3279].

³⁰ RAMOS RUBIO, Carlos. Comentarios a la reforma del cohecho de los arts. 419 CP. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Pamplona: Aranzadi, SA, 2010. pp. 225-227.

³¹ Vid. STS de 1 de junio de 1990 [RJ 1990, 4966].

³² Vid. STS 504/2003, de 2 de abril [RJ 2003\4204]

³³ En este sentido, STS 1250/1997, de 5 de diciembre (Fj cuarto); y STS 1817/2002, de 6 de noviembre (Fj quinto).

preciso recordar lo comentado anteriormente sobre el hecho que estas modalidades de comisión tenían penas diferentes, pero que ahora han sido agrupados en un único tipo. La doctrina se plantea en este punto si tiene cabida en el art. 419 CP la *omisión* o no realización de un acto en aquellos supuestos en los que el funcionario instrumentaliza las funciones propias de su cargo para obtener un beneficio económico, de manera que *simula la concurrencia de una situación ficticia para favorecer la exigencia o entrega de una dádiva*³⁴. Por ejemplo, el policía que simula tener pruebas para detener a alguien y solicita una dádiva para destruirlas; o el concejal que solicita una dádiva para no multar a un tercero que en realidad no había cometido ninguna infracción. Parte de la doctrina sugiere, acertadamente a mi parecer, que estas situaciones en las que media engaño del funcionario encuentran mejor encaje en el art. 438 CP, relacionado con el delito de estafa del art. 248 CP³⁵, pues que el particular es víctima y no autor del delito, que es lo que sería si se aplica el cohecho activo propio, en este caso (delito que también cabría apreciar en los casos en los que se llega al acuerdo entre funcionario y particular pero el último no llega a adoptar el acto al que se había comprometido. En los casos en que la situación sea real y no medie engaño del funcionario, sí que se van a dar todos los elementos del injusto del delito de cohecho, puesto que el particular se evitará una sanción que, conforme a derecho y al cargo del funcionario, éste le tendría que imponer, y el funcionario recibe su dádiva³⁶. Y por otra parte, respecto a los *retrasos* y también las *aceleraciones* de los trámites administrativos tienen cabida en la regulación del art. 419 CP. En este sentido, el TS resulta muy claro en la STS 782/2005, de 10 de junio, afirmando que es totalmente injusto tanto retrasar de un asunto a cambio de dádiva, como también acelerarlo, máxime cuando en este caso se esta perjudicando injustamente mediante retraso los otros asuntos pendientes.

³⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1227.

³⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1228.

³⁶ En este sentido, STS 1817/2002, de 6 de noviembre.

1.6. El elemento subjetivo.

En lo relativo al *tipo subjetivo*, el dolo, cuanto menos eventual, es requerido para la comisión de este delito, siendo además preciso que sea específico para que el funcionario realice *en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar*, propósito que configura el elemento subjetivo del injusto³⁷. Nos encontramos ante un tipo mutilado en dos actos, puesto que el autor, para ejecutar la acción típica, tiene que solicitar, recibir o aceptar la dádiva u ofrecimiento de ésta, y por ello se dirige a dar cumplimiento a un actividad posterior a la que se ha comprometido³⁸. Esta estructura implica necesariamente el dolo en la forma de perpetración de este delito, máxime teniendo en cuenta que contamos con un elemento subjetivo del injusto (que consiste en obtener o realizar un acto propio del cargo), lo que impide cualquier apreciación de comisión por culpa o imprudencia. Estas conclusiones, además, son aplicables a todas las modalidades de cohecho, y es, en mi opinión, lógico, puesto que nos encontramos ante un delito de corrupción, y nadie accede a corromperse sin mediar voluntad propia.

En este sentido, se nos plantea la cuestión del error. Ciertamente, es posible plantearse situaciones de error, pero únicamente respecto a aquellos elementos que cualifican la infracción delictiva (art. 14.2 CP). En otras palabras, respecto a los funcionarios, sólo puede darse el error respecto a si el acto propio del cargo es contrario o no al ordenamiento jurídico, motivo por el cual, de apreciarse error, sería aplicable el delito del art. 420 CP³⁹. La reforma que introdujo la LO 5/2010 ha simplificado esta cuestión, dado que con la anterior regulación del cohecho pasivo propio, segregada en los arts. 419, 420 y 421 ACP, permitía apreciar error sobre si el acto a ejecutar era delictivo o no, margen que ahora queda eliminado con la nueva tipicidad.

³⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010, pg. 875.

³⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, Mª José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pg. 248.

³⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1229.

1.7. Consumación del delito.

Por lo que se refiere a la *consumación*, es una cuestión que ya ha sido mencionada anteriormente cuando se distinguió entre *solicitar*, *recibir* o *aceptar promesa u ofrecimiento de dádiva*. Ésta se produce, en el caso de la solicitud, cuando el funcionario hace llegar al tercero su declaración de voluntad de recibir esa ventaja. Por otro lado, en el caso de la recepción o la aceptación se entiende consumado el delito cuando existe el acuerdo de voluntades entre corruptor y corrompido aunque no se haya percibido por el segundo la ventaja, o no se haya concretado el *quantum* de la dádiva⁴⁰. Ahora bien, la cantidad recibida tendrá una gran incidencia sobre la pena porque la multa se calcula sobre el valor de la dádiva. De no determinarse dicho valor, se seguirían los criterios del art. 52 CP⁴¹. El hecho de que al final el acto sea justo o injusto simplemente supondría la calificación como otra modalidad de cohecho (las de los arts. 420 y 422 CP en este caso) pero, en cualquier caso, ya es efectiva la lesión del bien jurídico protegido.

Como se ha ido precisando a lo largo de este trabajo, el cohecho, por lo general, es un delito pluripersonal y de participación necesaria, acorde a la doctrina y jurisprudencia citadas. No obstante, cuando la acción típica consiste en solicitar, vemos que realmente es de participación necesaria (se necesita a un particular que reciba tal declaración de voluntad) pero esa participación no tiene suficiente entidad como para recibir reproche penal porque no contribuye a la lesión del principio de imparcialidad (cuestión que fue referida en páginas anteriores). No ocurre así en las modalidades de recepción y aceptación, puesto que ahí la conducta del particular se encuentra incriminada en el tipo del cohecho activo del art. 424 CP ya que sí vulneran el bien jurídico tutelado.

Pasando ahora al *iter criminis* del delito de cohecho pasivo propio, debe afirmarse que son posibles las formas imperfectas de ejecución.

⁴⁰ En este sentido, STS 361/1998, de 16 de marzo.

⁴¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1230.

En este caso, la tentativa de delito es posible pero sólo en términos de delito frustrado⁴², por lo que en la mayoría de casos no podrá apreciarse dada la poca entidad del peligro sobre el bien jurídico. En el caso de la solicitud, el único espacio posible para la tentativa sería la emisión por parte del funcionario de su declaración de voluntad de recibir el presente o ventaja, pero que no llegase a su destinatario, lo que presenta razonables dudas sobre su incriminación.

1.8. Formas de participación.

En cuanto a las *formas de participación*, a tenor del art. 419 CP sólo puede ser autor el funcionario público que realice las acciones descritas en el tipo. Como ya se ha comentado, es un tipo bilateral y de participación necesaria (salvo la modalidad comisiva de solicitud), pero de tipicidad doble, por lo que la conducta del particular queda descrita en otras modalidades de cohecho (reguladas en el art. 424 CP).

En este sentido, son posibles todas las formas de participación, pero muchas de las conductas acaban suponiendo autoría de otras modalidades de cohecho. En relación a los problemas sobre la calificación de inductor, cooperador necesario o cómplice en este delito, hay que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia^{43 44}.

En referencia a la *coautoría*, es un supuesto complicado de distinguir. Para darse supuestos de coautoría es necesario que entre los diversos funcionarios y el corruptor exista un único acuerdo, de manera que de no ser así estaríamos hablando de varios delitos de cohecho con vida propia y cometidos cada uno de ellos por el funcionario correspondiente (sería el caso de un órgano colegiado).

⁴² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010, pg. 875.

⁴³ En las notas al pie núm. 21 y 22 ya se trató lo relativo al inductor de esta modalidad de cohecho a través del análisis jurisprudencial y doctrinal.

⁴⁴ Suponiendo que se alcanza acuerdo entre funcionario y particular, habría que ver los posibles intermediarios del acto para determinar si son o no partícipes. La calificación como tal por parte de los tribunales se lleva a cabo caso por caso, atendiendo a las circunstancias concretas de los diferentes supuestos, vid. SSTS 1734/1994, de 8 de octubre; 2188/1994, de 16 de diciembre; y 855/1997, 14 de junio.

Sobre esta cuestión, es preciso resaltar la posibilidad de que las conductas descritas en el art. 419 CP sean llevadas a cabo por un tercero, puesto que posibilita la cooperación necesaria. Si vemos que el funcionario ha llegado al acuerdo con el particular a través de un tercero, y conoce los acuerdos llevados a cabo entre tercero y particular, y además la dádiva le supone un aprovechamiento directo o indirecto (por ejemplo, supone un beneficio para la organización política de la que forma parte⁴⁵), responderá el funcionario aunque no haya intervenido de forma directa en la comisión del delito.

1.9. Delimitación típica: concursos.

Por último, para cerrar el análisis del actual art. 419 CP, queda por comentar la posibilidad de *concurso*s con otros delitos. Concretamente, como se describe en el texto del citado precepto, si el objeto del acuerdo fue un acto propio del cargo, contrario a los deberes y además constitutivo de delito, este delito cometido a causa del cohecho entra en concurso real con éste (el CP utiliza la fórmula *sin perjuicio*)⁴⁶. El TS se ha mostrado partidario de la fórmula del concurso real frente al medial, sobretodo en casos en que el delito cometido por el funcionario que comete cohecho se queda en una tentativa⁴⁷.

Además, el cohecho, junto con la prevaricación, son las piedras angulares de los llamados *delitos de corrupción* en nuestro ordenamiento jurídico. Tanto es así, que la mayoría de concursos se van a dar en este sentido. Cabe recordar que las penas del cohecho son independientes de las que puedan corresponder al acto realizado *si fuera constitutivo de delito*, a tenor de la descripción típica del art. 419 CP. De todas formas, es fácil imaginar una prevaricación cometida a consecuencia de un soborno, puesto que la prevaricación implica, *per se*, un acto injusto llevado a cabo por el funcionario, algo que tiene perfecto encaje con la tipicidad del art. 419 CP.

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1232.

⁴⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010, pg. 876-877.

⁴⁷ En este sentido, STS 504/2003, de 2 de abril.

Más complicada sería esta cuestión en casos en que el acto resultante del cohecho fuera justo o conforme al ordenamiento jurídico. En este sentido, QUINTERO OLIVARES⁴⁸ recuerda que el art. 424 CP equipara las penas para el particular tanto si el acto resultante es justo, como si éste es injusto, puesto que no tiene sentido reducir la pena a quien «no ha tenido más remedio que pagar para que se hiciera algo justo», cuestión que será abordada en mayor detalle más adelante.

En el siguiente apartado se comentarán los cambios que introduce la la LO 1/2015 a este artículo, que todavía se encuentra en *vacatio legis*. En el comentario del resto de preceptos relativos al delito de cohecho se usarán remisiones a lo tratado en este capítulo, puesto que muchas características serán coincidentes. Por ejemplo, en lo concerniente al art. 420 CP lo único diferente respecto al ya analizado art. 419 CP es que el acto propio del cargo pretendido será objetivamente conforme al ordenamiento jurídico.

2. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LO 1/2015

Con la aprobación de la LO 1/2015 y la consiguiente Reforma del Código Penal, el legislador ha introducido los siguientes cambios a la redacción del art. 419 CP: «*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito*».

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 13.

Como puede apreciarse, el único cambio llevado a cabo por el legislador ha sido, por un lado, aumentar la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de nueve a doce años (anteriormente de siete a doce años) y, por otro lado, añadir la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo también por un tiempo de nueve a doce años. La pena de privación de libertad y de multa no han sido modificadas. Y esto es todo lo que se ha modificado⁴⁹. En este sentido, propondría un endurecimiento de la pena de multa, en el sentido de que si la dádiva es de un gran valor pudiera sancionarse, como se hace con las multas a personas jurídicas, haciéndoles pagar, por ejemplo, el doble del valor de lo que han recibido por vender sus funciones públicas. No veo necesario aumentar la pena de privación de libertad, y aunque aplaudo el aumento de la pena privativa de derechos, considero que, teniendo en cuenta que los funcionarios (y en cierto modo también los corruptores) han pretendido lucrarse, tendría que castigárseles con más severidad en el aspecto económico.

No me cabe duda de que aumentar la pena para este delito (y del resto de modalidades que serán comentadas en adelante) era una acción que el legislador español debía tomar en su lucha contra la corrupción. Sin embargo, a parte de satisfacer los compromisos internacionales mediante el endurecimiento de las penas⁵⁰, hubiera sido beneficioso adaptar la formulación legal a las necesidades actuales. Muchos casos resultan de difícil enjuiciamiento debido a una deficiente descripción típica, lo que obliga a nuestros tribunales a realizar interpretaciones forzadas y extensivas del CP (sobre esta cuestión volveré más adelante). Para evitarlo podría haberse introducido, por ejemplo, un concepto legal de dádiva salvando así algunos de los problemas doctrinales que se han planteado en estas páginas (como el hecho de incluir o no favores sexuales en tal concepto, o acotarlo legalmente a regalos económicamente evaluables) y no dejar a la interpretación de los tribunales cuestiones que, de haberlas previsto el legislador, agilizaría la acción de la justicia (un problema endémico de nuestro sistema judicial).

⁴⁹ Tal y como se establece en el preámbulo de la LO 1/2015: «(...) *Se refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública. Con carácter general, se elevan las penas de inhabilitación previstas para este tipo de delitos, y se añade la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Además, se introducen nuevas figuras delictivas relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos.* (...)»

⁵⁰ También a tenor de lo establecido en dicho preámbulo: «(...) *Gran parte de la reforma está también orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España.* (...)»

Del mismo modo, y en el mismo sentido, el legislador podría haber acotado legalmente las formas de participación que pueden darse en este delito, puesto que es muy frecuente que entre particular corruptor y funcionario corrompido medien terceras personas, tanto físicas como jurídicas. Lo que supone un quebradero de cabeza más para nuestros tribunales.

Del mismo modo, también hemos visto con anterioridad que puede ser que ese tercero sea el que realmente saque provecho de la dádiva, y muchas veces no queda muy claro lo que debe hacerse. Esta es otra cuestión que, aunque complicada de legislar, supondría un alivio para los intérpretes y aplicadores del Derecho el hecho de encontrarse íntegramente ya regulada. Sobre esta cuestión se incidirá en mayor profundidad en el capítulo dedicado al delito de financiación ilegal de partidos políticos, delito limítrofe en muchos aspectos con el cohecho, y que al ser introducido en la RCP podría haberse aprovechado la ocasión para coordinar los diferentes tipos penales que recoge nuestro Código.

III. EL DELITO DE COHECHO PASIVO IMPROPIO (ART. 420 CP)

1. REGULACIÓN ACTUAL

El actual art. 420 CP regula el delito de cohecho pasivo impropio. Nos movemos en un terreno muy similar al anterior, en el que se castiga al funcionario que solicita, recibe o acepta el ofrecimiento de promesa o dádiva en contraprestación de realizar un *acto propio del cargo*. Concretamente, este precepto está redactado de la siguiente forma: *«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años»*.

Este acto propio del cargo que describe este artículo debe interpretarse como la adopción de un acto conforme al ordenamiento jurídico⁵¹. En otras palabras, este precepto se configura como un tipo básico o de recogida de conductas en relación con el artículo precedente⁵², aplicable cuando no pueda probarse que el acto ejecutado sea contrario objetivamente a los deberes inherentes al cargo⁵³. Encontramos que dentro del concepto de acto propio del cargo tienen cabida aquellas actuaciones administrativas que el funcionario puede llevar a cabo, ya sea de naturaleza reglada o en virtud de su potestad discrecional. Si cuestionamos el reproche penal que pueda merecer esta conducta debe recordarse, en primer lugar, que el bien jurídico tutelado se vulnera mediante el acuerdo entre funcionario y particular, que está encaminado a transaccionar mediante la función pública, algo totalmente inadmisibles. En consecuencia, vemos que el funcionario recibe una recompensa por cumplir con su deber.

⁵¹ ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *et al. Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 469.

⁵² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1234.

⁵³ Vid. STS 719/2009, de 30 de junio [RJ 2009\4915].

Si se trata de un acto reglado, es decir, vinculado totalmente por la normativa y sin margen de decisión por parte del funcionario, vemos que sobre la decisión que se tome inciden intereses ajenos a los públicos o generales (el ánimo de lucro del funcionario en este caso), por lo que, aunque la decisión no sea injusta en relación con el ordenamiento jurídico, debe ser castigada. Sin embargo, los funcionarios gozan de un amplio margen de discrecionalidad en algunas materias, lo que significa que son varias las opciones que pueden adoptar sin contrariar la legalidad vigente, y es algo que puede dificultar todavía más la acción de la justicia teniendo en cuenta las dificultades que *per se* son propias de este clase de delitos⁵⁴.

En este caso, quizás, se ve más claro el reproche penal que merece esta conducta, pero no es distinto del que debe darse al supuesto anterior por actos reglados. Por ello, de no existir esta modalidad de cohecho, simplemente se estaría castigando aquellas acciones en las que el funcionario cercena el principio de imparcialidad y de legalidad mediante la adopción de un acto injusto, dejando así impune los supuestos en los que, aún tomando una decisión que era debida por el funcionario, no se está respetando el citado principio, o en otras palabras, que se deja totalmente vulnerable el bien jurídico tutelado. Desde esta perspectiva resulta lógico que el CP no exija la efectiva adopción del acto acordado como contraprestación del delito de cohecho⁵⁵, aunque el funcionario no obtenga ninguna ventaja indebida con el soborno (aunque en los supuestos de actos discrecionales así lo pretenda)⁵⁶, pues igualmente se sitúa en una posición parcial respecto a la decisión que debe tomar por el cargo que ostenta, con independencia de si esa decisión finalmente no es afectada por la dádiva.

En este sentido, y como ya se señaló para la modalidad de cohecho pasivo propio, la dádiva debe perseguir la obtención de ese acto del funcionario, y éste debe exteriorizar su voluntad de parcialidad.

⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1235.

⁵⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, Mª José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pp. 202-203.

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1236.

En consecuencia, el acto sería injusto objetivamente, lo que activaría la aplicación del art. 420 CP⁵⁷, con independencia, como en el caso también del art. 419 CP, que se llegue a cumplir o no lo acordado, puesto que no aumenta el injusto de la acción⁵⁸.

Por otro lado, un supuesto bastante problemático en relación con este tipo es el del funcionario que “amenaza” con llevar a cabo un acto injusto si no recibe una ventaja por parte del particular, o amenaza fingiendo hipotéticas irregularidades respecto a la situación del particular.

Como se indicó anteriormente, se trata de un engaño que comete el funcionario que se traduce en un pago del particular al funcionario para evitar un acto injusto, o en otras palabras, obtener un lucro por adoptar un acto justo. Por tanto, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente en este sentido⁵⁹, debe castigarse la acción vía art. 420 CP, o vía art. 438 CP, relacionado con el delito de estafa del art. 248 CP.

En todo lo demás, relativo a la interpretación de conceptos como la dádiva, o el comentario de las acciones típicas, me remito al comentario del art. 419 CP.

2. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LO 1/2015

El art. 420 CP ha sido modificado por la LO 1/2015 en los siguientes términos: *«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de **cinco a nueve años.**»*

⁵⁷ Tal y como se argumenta en la STS de 1 de junio de 1990 [RJ 1990\4966]

⁵⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M^a José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pg. 203.

⁵⁹ SSTS 132/2007, de 16 de febrero [RJ 2007\4711]; 684/2013, de 3 de septiembre [RJ 2013\7713].

Igual que sucedía en el caso del art. 419 CP, la modificación de introduce el legislador para el cohecho pasivo impropio consiste en introducir la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, junto con la inhabilitación especial para empleo y cargo público y con la misma pena, pero aumentando el tiempo de la inhabilitación a un marco de entre cinco y nueve años (cuando anteriormente se inhabilitaba por tiempo de tres a siete años).

Respecto al resto de cuestiones, es decir, las modificaciones que se introducirían más allá del aumento de la pena, me remito a lo dispuesto en el apartado de modificaciones del anterior capítulo.

IV. EL DELITO DE COHECHO SUBSIGUIENTE (ART. 421 CP)

El art. 421 CP dice así: «*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.*» Es un artículo que no ha sido modificado por la LO 1/2015 y que, pese a tener autonomía propia, es utilizado para evitar la impunidad ante la dificultad probatoria, y cuya pena dependerá de la naturaleza del acto adoptado previamente. Por ello, su análisis se concentra en un único epígrafe.

Dicho esto, este tipo legal es el llamado cohecho subsiguiente, un delito típicamente de resultado respecto de la acción delictiva de *recibir*⁶⁰, puesto que con la acción de *solicitar* ya se ha consumado el delito. Por tanto, la única acción típica es recibir la ventaja pero con posterioridad a la toma de decisión, es decir, que supone una sanción de acuerdos en los que se decide recompensar al funcionario sin que haya mediado una solicitud o acuerdo previo al acto adoptado (ya sea éste justo o injusto)⁶¹. La doctrina es casi unánime en afirmar que se trata de una discutible forma de corrupción⁶², dado que no se dirige a proteger el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas porque es muy poco probable que se haya producido una interferencia en la toma de decisiones teniendo en cuenta que el acuerdo tomado es posterior al acto adoptado. La finalidad de sancionar el indebido cobro de honorarios no es otra que evitar posibles impunidades en aquellos casos en que no logre probarse un acuerdo previo, sino que únicamente quede acreditada la entrega de la dádiva o presente posterior a la ejecución del acto prometido⁶³. En este punto, es preciso recordar que el principio de imparcialidad se cercena con el acuerdo previo y no con la posterior ejecución del acto objeto de cohecho.

⁶⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010, pg. 878.

⁶¹ ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *et al.* *Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 469.

⁶² De esta opinión, Quintero Olivares, en *Comentarios al (...)*, ob. cit., pg. 1238, también Vázquez Iruzubieta, en *Comentario al Código (...)*, ob. cit., pg. 879, así como Rodríguez Ramos en *Código Penal (...)*, ob. cit., pg. 1524.

⁶³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al.* *Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1237.

El legislador de 2010 ha decidido darle a esta modalidad de cohecho autonomía, a diferencia del ACP, en que se englobaba dentro de las modalidades de comisión del delito del art. 425 ACP. Sin embargo, pese a esta forma autónoma, y como se ha introducido antes, se ha vinculado la sanción penal al tipo de acto objeto de corrupción. De este modo, la pena que se impondrá al funcionario dependerá de la naturaleza del acto recompensado⁶⁴. Frente a esta decisión tomada por el legislador, QUINTERO OLIVARES⁶⁵ es de la opinión que hubiera resultado más coherente políticamente prever esta modalidad únicamente en relación al cohecho pasivo impropio del art. 419 CP para evitar así la impunidad de las conductas más graves, mientras que el resto de supuestos deberían quedar tipificados en la modalidad menos grave de cohecho pasivo, la del art. 422 CP que será comentada en el siguiente apartado (aceptación de regalos en consideración al cargo o función). En la misma línea opina MUÑOZ CONDE⁶⁶, aunque con más contundencia, afirmando que la tipificación de esta modalidad es totalmente necesaria, ya que en la medida en que la recompensa no es más que una consecuencia de la promesa que se le hizo al funcionario antes de realizar el acto, el hecho entra en las previsiones de los artículos precedentes.

En conclusión, se trata de una forma de castigar, mediante la fórmula del cohecho subsiguiente, aquellos cohechos antecedentes que no han sido probados. Por tanto, desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido queda un poco desvirtuada esta modalidad. No obstante, veo positivo mantener su aplicación en aras de evitar la impunidad de las conductas mencionadas pero dentro de las conductas típicas previstas en el art. 419 CP, como se ha establecido en el párrafo anterior.

⁶⁴ ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *et al. Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 469.

⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1237.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 19ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pg. 933.

V. EL DENOMINADO COHECHO DE FACILITACIÓN (ART. 422 CP)

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.» es el texto del art. 422 CP. Este precepto describe un tipo de cohecho impropio, también denominado por gran parte de la doctrina⁶⁷ como *cohecho de facilitación*, que antes era una referencia alternativa del cohecho pasivo impropio que recogía el art. 426 ACP, para pasar ahora a tener plena autonomía. Esta nueva modalidad consiste en la admisión por parte del funcionario de dádivas o regalos en atención a su cargo o función, es decir, que se castigan aquellas conductas tendentes a retribuir al funcionario para tenerlo en buena disposición⁶⁸. Ello debe interpretarse en el sentido de que la única razón del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario del corrompido, de tal forma que, si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no le hubiera ofrecido el regalo «*sin que deba seguirse una valoración automática o genérica de dicha relación de causalidad*»⁶⁹.

Con este precepto, el legislador pretende castigar, no el quebrantamiento del principio de imparcialidad, ya que éste aún no ha sido transgredido, sino la predisposición que muestra el funcionario a cometer futuros cohechos mediante la aceptación de la dádiva o regalo. En este sentido, cabe resaltar el hecho que el citado precepto sólo requiere la aceptación de la dádiva por parte del funcionario, algo acertado teniendo en cuenta que sólo en estos casos, y no cuando simplemente hay oferta unilateral, puede afirmarse que nos encontramos ante “engrasadores de la actividad administrativa”⁷⁰ que merecen reproche penal.

⁶⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1238.

⁶⁸ En este sentido contamos con la reciente STS 478/2010, de 17 de mayo [RJ 2010\2328], relativa al caso Camps, por la que se admite la aceptación de regalos (trajes) por parte de los funcionarios como una conducta plenamente punible.

⁶⁹ RAMOS RUBIO, Carlos. Comentarios a la reforma del cohecho de los arts. 419 a 439 y 455 CP. En Quintero Olivares, G. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Pamplona: Aranzadi, SA, 2010. pg. 227.

⁷⁰ En palabras de ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *et al. Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 470.

En cuanto a los *elementos típicos* que configuran este tipo de aceptación de regalos, deben hacerse las siguientes consideraciones:

- El *sujeto activo* del delito, igual que en lo comentado para el art. 419 CP, es el funcionario o autoridad que tenga título que le habilite para ello y que tenga atribuidas competencias para adoptar decisiones que puedan incidir en el ámbito de actividad del particular corruptor. De este modo, el bien jurídico que se tutela no es el principio de imparcialidad (aunque se intenta prevenir futuras ofensas a tal principio), sino que se trata de prohibir abusos e instrumentalizaciones del cargo dirigidas a fines particulares. Por este motivo, resulta intrascendente el hecho de tomar concretas resoluciones, por lo que no será necesario constatar que el funcionario tiene pendiente de resolución asuntos que puedan afectar al corruptor⁷¹.
- La *acción típica* descrita en el tipo es la admisión y, por tanto, recepción de las dádivas o promesas de regalos futuros. Ahora bien, tanto doctrina⁷² como jurisprudencia⁷³ son unánimes en la necesidad de un nexo causal entre la entrega de la dádiva y el cargo público del funcionario, como se avanzó anteriormente. Por tanto, la principal dificultad relativa a la aplicación de este precepto radica en probar si efectivamente ese regalo era en atención al cargo o, por otro lado, forma parte de aquellos regalos de cortesía incluidos en módulos sociales⁷⁴, cuestión que ya fue tratada en otro lugar. Además, si se examina la redacción del art. 422 CP, puede observarse que no se menciona el término “de cualquier naturaleza”, lo que implica que la dádiva debería interpretarse de manera que fuese de naturaleza material y contenido económico.

⁷¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1239.

⁷² RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *et al. Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. 4ª. ed. Madrid: LA LEY, 2011. pg. 1525.

⁷³ Vid. STS 30/1994, de 21 de enero [RJ 1994\86], relativa a un policía que recibió regalos en atención a las ventajas o influencias que su cargo policial podría proporcionar. En este sentido, la dádiva sólo es entregada por la especial condición de la persona cohechada, “*de tal forma que si de algún modo esa función pública no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla*”.

⁷⁴ Vid. STS 362/2008, de 13 de junio [RJ 2008\4502].

- Por último, se produce la *consumación* de este delito cuando el funcionario recibe la dádiva o regalo, o bien cuando se produce el acuerdo entre los sujetos intervinientes. Sobre esta cuestión, el TS ha interpretado, en la STS 883/1994, de 11 de mayo, en su fundamento jurídico cuarto⁷⁵, que puede apreciarse el grado de tentativa de este delito en aquellos supuestos en los que el particular emita una solicitud al funcionario de llegar a ese acuerdo, sin que finalmente llegue a producirse la entrega de la dádiva o regalo. En este caso lo que se sanciona la conducta del particular que ofrece sin éxito.

Además, cabe plantearse también aquellos supuestos en que la dádiva o regalo reporte provecho no para el funcionario sino para un tercero. En este último caso, pese a que la dádiva sea provechosa para un tercero, tiene que ser ofrecida al funcionario en consideración al cargo⁷⁶, igual que en los supuestos anteriores. Un ejemplo imaginable de este caso será el de regalar algo al cónyuge, pariente o amigo cercano del funcionario en cuestión.

Para todas las otras cuestiones, me remito a lo analizado en el apartado dedicado al cohecho pasivo propio del art. 419 CP.

⁷⁵ [RJ 1994\3687].

⁷⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010, pg. 879.

VI. AMPLIACIÓN DE SUJETOS ACTIVOS DEL ART. 423 CP

El legislador de 2010 ha decidido mantener el texto literal del art. 422 ACP en el actual art. 423 CP. Anteriormente se mencionó que el sujeto activo del cohecho pasivo es el funcionario público o autoridad (art. 24 CP) que debía contar con el título que lo acreditase como tal, además de su participación en funciones públicas. Sin embargo, el art. 423 CP extiende la responsabilidad por los delitos precedentes a sujetos que colaboran de forma directa o indirecta en el ejercicio de funciones públicas⁷⁷, que son los siguientes: *«Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.»*

Esta ampliación de los posibles sujetos activos se lleva a cabo en relación a todas las modalidades de cohecho⁷⁸, siendo este precepto una verdadera cláusula de extensión de la responsabilidad a aquellos sujetos que participan en el desempeño de funciones públicas, como son los jurados, árbitros, etc. Como señala QUINTERO OLIVARES⁷⁹, esta extensión de la responsabilidad en el delito de cohecho se prevé en otros Códigos de nuestro entorno, como es el caso del Código Penal Alemán, que prevé la incriminación a estos sujetos pero solo en la modalidad más agravada (cuando el acto adoptado es injusto).

Todos estos sujetos aquí descritos no son estrictamente funcionarios pero, sin duda alguna, deben tomar decisiones presididas por el principio de imparcialidad cuando participen en el ejercicio de funciones públicas. Por este motivo, encuentro plenamente justificada esta extensión de la responsabilidad a ellos. Imaginemos un litigio en el que el objeto de controversia pertenece a un ámbito muy específico, por lo que es preciso llamar a un perito judicial debido al desconocimiento del juez sobre la materia. En mi opinión, si ese perito fuese cohechado el resultado sería a efectos prácticos el mismo que si se sobornase al juez.

⁷⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M^a José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pp. 166-167.

⁷⁸ Vid. STS 361/1998, de 16 de marzo [RJ 1998\4082].

⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6^a. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1241.

Por último, mencionar que el nuevo art. 423 RCP incluye en este precepto a los *administradores concursales*. Los motivos que han podido llevar al legislador para introducir expresamente a este tipo de sujetos pueden obedecer a influencias internacionales (quizás se ha impulsado desde la OCDE), pero lo cierto es que resulta acertado dada la importancia de la función que llevan a cabo, y más si tenemos en cuenta el contexto de crisis económica actual, en el que los concursos de acreedores están a la orden del día. El papel de los administradores concursales está regulado por la Ley Concursal, que les otorga amplias facultades de control y dirección sobre el procedimiento concursal, y son designados por el Juez del concurso para tal fin⁸⁰. Por tanto, la influencia que pueden ejercer sobre aspectos tan relevantes como la calificación del concurso, o sobre los acreedores, hacen que merezca expreso reproche penal la parcialidad y el lucro injusto que puedan obtener por vender al mejor postor las funciones públicas que desempeñan.

⁸⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *et al. Lecciones de Derecho mercantil, Volumen II*, Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2014. pp. 521-522.

VII. EL COHECHO ACTIVO (ART. 424 CP)

1. REGULACIÓN ACTUAL

Como ya ha sido señalado más atrás, el cohecho es un delito de participación necesaria (y en algunas modalidades bilateral) por lo que se requiere la intervención de dos sujetos para lesionar el bien jurídico protegido, y cuyas conductas son distintas pero tendentes a la obtención de una misma finalidad, lo que convierte al cohecho en un “delito de encuentro”⁸¹. Veamos pues la redacción del art. 424 CP (el anterior art. 423 ACP), precepto encargado de tipificar el cohecho activo o de particular:

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

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

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

⁸¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M^a José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pg. 285.

Como puede verse, la estructura de este precepto está diseñada de manera simétrica a la de los arts. 419, 420, 421 y 422 CP, pero relativos al particular. Como delito de participación necesaria y bilateral en algunos casos, con la intervención de ambos sujetos se comete un solo delito, pero eso no implica que haya una única sanción, por lo que el legislador individualiza el castigo que merecen tanto funcionario como particular. En concreto, el legislador ha optado por equiparar la sanción del funcionario y la del particular en el delito de cohecho, de manera que éste último responderá de la misma manera que el primero⁸². No obstante, aunque está plenamente justificado que haya reproche penal para ambos sujetos, puesto que los dos intervienen en la lesión del bien jurídico, en opinión de la doctrina mayoritaria⁸³ las razones que justifican la imposición de la pena al particular son distintos de los de la pena del funcionario. Esta tesis viene a sugerir que la pena del particular debería ser menor puesto que el funcionario tiene la obligación legal de actuar conforme al principio de imparcialidad que preside la actividad pública. Además, una posible atenuación de la pena había sido hasta entonces efectivo para lograr la colaboración de los particulares en aquellos casos en los que el funcionario tomaba la iniciativa corruptora. Lo que sí se ha hecho es ampliar la cláusula de exención de responsabilidad del art. 426, que será comentado más adelante.

Otra de las peculiaridades, introducida en este caso por la LO 5/2010, es la ampliación de las posibles sanciones que pueden imponerse al particular cuando el delito se comete en el ámbito de la contratación pública, o cuando éste actúa en nombre de una persona jurídica⁸⁴. Lo que se ha hecho (a tenor de los compromisos internacionales que ha adoptado España) ha sido añadir penas privativas de derechos encaminadas a mermar la capacidad económica de los que cometen este tipo de infracciones. Esta ampliación es la llevada a cabo en el tercer párrafo del art. 424 CP pero será analizado en mayor profundidad en el apartado dedicado al comentario del art. 427 CP.

⁸² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1242.

⁸³ De esta opinión, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en *Comentarios al (...)*, ob. cit., pg. 1243, también RODRÍGUEZ PUERTA, Mª José. en *El Delito de Cohecho (...)*, ob. cit., pg. 471, así como RODRÍGUEZ RAMOS, Luís en *Código Penal (...)*, ob. cit., pg. 1528.

⁸⁴ Álvarez García, F., González Cussac, J., *et al. Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 471.

Por lo que se refiere a los *naturaleza jurídica* de este delito, vemos que, mediante la fórmula que utiliza este artículo, se equiparan como se dijo antes las penas en relación al cohecho pasivo propio, así como al impropio y al de facilitación. Estamos ante un delito de mera actividad, que se consuma con la simple acción de intentar corromper a las autoridades o funcionarios públicos⁸⁵, sin exigir ningún tipo de resultado⁸⁶. En siguiente lugar, veamos los *elementos típicos* de este delito:

- Los *sujetos activos* de este delito, como se ha venido refiriendo a lo largo de estas páginas, pueden serlo tanto el particular como un funcionario que asuma el rol de particular en la corrupción⁸⁷.
- Respecto a la interpretación del concepto de *dádiva*, presente ofrecimiento o promesa a los que aduce el art. 424 CP, me remito a lo dicho en el comentario del art. 419 CP puesto que es idéntico.
- En relación a las *acciones típicas*, vemos que están configuradas de forma correlativa a las descritas para el cohecho pasivo. En este caso, hablamos de *ofrecer, entregar o aceptar la solicitud*. La Reforma de 2010 ha supuesto una mejora en la descripción de las acciones típicas, puesto que anteriormente el art. 423 ACP hablaba de *corromper o intentar corromper al funcionario*, en los casos en que la finalidad pretendida sea la de los arts. 419, 420 y 421 ACP (es decir, inducir al funcionario a realizar un acto injusto, como así lo interpretaba la jurisprudencia⁸⁸ entonces). En este sentido, e igual que ocurría con el cohecho cometido por funcionarios, el núcleo del injusto debe cifrarse en el acuerdo o intento de acuerdo entre funcionario y particular⁸⁹.

⁸⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, Luí, *et al. Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. 4ª. ed. Madrid: LA LEY, 2011. pg. 1527.

⁸⁶ Vid. SSTS 1335/2001, de 19 de julio [RJ 2003\6472] y 1114/2002, de 12 de junio [RJ 2002\8419].

⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1243.

⁸⁸ Vid. SSTS 1734/1994, de 8 de octubre [RJ 1994\7877], y 883/1994, de 11 de mayo [RJ 1994\3687].

⁸⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, Mª José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pg. 285.

- Finalmente, en lo concerniente a la *pena correspondiente al particular*, dependerá de si el cohecho es propio o impropio. Por tanto, si lo que se pretende con la acción corruptora es la obtención de un acto contrario a los deberes del cargo, la pena a imponer al particular será la del art. 419 CP. Por otro lado, si el acto es objetivamente justo será la del art. 420 CP. Y, por último, si la recompensa ofrecida iba en atención al cargo, es decir, que se trataba de un cohecho de facilitación, la pena a imponer será la del art. 422 CP.

Antes de pasar las modificaciones que introduce el legislador de 2015, es preciso detenerse en los hipotéticos concursos que pueden darse entre el delito en este epígrafe descrito y el cohecho del funcionario (actuando el particular en este último en calidad de inductor). En este punto, QUINTERO OLIVARES⁹⁰ se plantea diferentes respuestas partiendo de dos hipótesis diferentes:

- *La iniciativa corruptora partió del funcionario*: en estos supuestos, el citado autor admite que es muy complicado que el particular responda como inductor, pero en cambio sí que podrá hacerlo como cooperador necesario, cómplice o encubridor. Personalmente estoy de acuerdo, puesto que la *praxis* diaria ha demostrado que el cohecho es un delito que con poca frecuencia no va acompañado de una prevaricación, una falsedad documental o una estafa, por lo que es fácil que se den concursos entre el cohecho cometido por el particular y otros delitos, necesarios a su vez para que el funcionario pueda ejecutar el acuerdo lesivo para el bien jurídico.
- *La iniciativa partió del particular*: en este caso, es preciso que el particular que inicia la actividad corruptora conozca el carácter delictivo de la conducta por la que ofreció la dádiva.

Lo que ocurre es que, a la vista de lo planteado en estas dos hipótesis es difícil castigar, a parte de con el delito del art. 424 CP, con el que se le aplique al funcionario aunque en calidad de inductor. De ser así, se infringiría el principio *non bis in idem*⁹¹.

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1243.

⁹¹ RODRÍGUEZ PUERTA, Mª José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pp. 285-289.

2. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LO 1/2015

La RCP deja el art. 424 CP redactado en los siguientes términos:

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

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

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

Como puede verse, la única medida que ha optado por tomar el legislador ha sido aumentar las penas de inhabilitación para los particulares a un tiempo de 5 a 10 años, cuando anteriormente eran de 3 a 7 años. Por tanto, me remito a lo dispuesto en el capítulo del cohecho pasivo propio, epígrafe dedicado al comentario de las modificaciones de la RCP de 2015 y las que personalmente incluiría.

VIII. TIPO PRIVILEGIADO DEL COHECHO ACTIVO (ART. 425 CP)

El art. 425 CP preve una modalidad atenuada del cohecho cometido por el particular que ofrece, entrega o promete la dádiva o presente: «*Cuando el soborno mediar en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.*». Este precepto recoge la figura contemplada en el art. 424 ACP modificando exclusivamente la pena prevista en este último, pasando a ser de multa de tres a seis meses a de prisión de seis meses a un año, pero manteniendo intactos los requisitos para la apreciación de este tipo privilegiado⁹². Estamos, pues, ante una norma específica para las personas en ella mencionadas, sin posibilidad de ser extendida a otras. Es un ejemplo de la denominada *clemencia legal*⁹³, y es aplicable cuando los parientes de un reo, en el marco de un proceso penal, intentan sobornar al tribunal para que sea favorable respecto a su familiar. Esto no afecta a los parientes colaterales, como puede verse, salvo a los hermanos. Veamos cuáles son los mencionados requisitos para la aplicación de este artículo:

- En primer lugar, la dádiva debe dirigirse a un Juez o Magistrado competente para la resolución del procedimiento penal al que está sometido el *pariente*⁹⁴.
- Por otro lado, el objeto de la dádiva debe estar encaminado a la obtención de una resolución favorable para el familiar que está siendo procesado. No hay jurisprudencia sobre este precepto en su redacción actual, pero debe entenderse que por resolución favorable incluya cualquier tipo: desde absolución hasta rebaja de la condena. A fin de cuentas, un acto jurisdiccional injusto.

⁹² RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *et al. Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. 4ª. ed. Madrid: LA LEY, 2011. pg. 1527.

⁹³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010, pp. 882-883.

⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1246.

Los parientes que se encuentran “amparados” por la atenuación del cohecho activo son los ascendientes, descendientes, hermanos (ya sea por naturaleza o por adopción o afines) y por lo cónyuges o asimilados por estar ligado a esa persona por análoga relación de afectividad. Sin entrar a valorar los problemas que puede suponer esa “afectividad” referida, o el hecho de estar unidos matrimonialmente pero no tener relación alguna de afectividad, cabe cuestionarse cuáles han sido las razones que han llevado al legislador a atenuar la pena que comete el particular en las circunstancias antes comentadas. Se presupone el conflicto de intereses individual en el que se halla el sobornado por tener esa relación con el reo, lo que reclama la idea de exigibilidad subjetiva de conducta reducida o disminuida por las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes⁹⁵. No obstante, lo que no es admisible es atenuar la pena siempre y en todo caso cuando se trate de un cohecho activo cometido en estas circunstancias, puesto que dado el reducido castigo previsto puede parecer que merece la pena intentarlo.

En este sentido, me parece acertado que el legislador de 2010 haya aumentado la pena (sobretudo teniendo en cuenta que la que establecía el art. 424 ACP era irrisoria), pero sigue siendo, cuanto menos, cuestionable, especialmente cuando ya se preven reglas comunes para excusar o justificar la conducta.

⁹⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1246.

IX. CLÁUSULA DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PARTICULAR (ART. 426 CP)

El art. 426 CP, antiguo art. 427 ACP, dispone lo siguiente: «*Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.*».

Estamos ante una cláusula de exención de responsabilidad que, como manifestación de una política de *clemencia legal*, como en el artículo precedente, pretende facilitar la denuncia y la persecución de estos hechos. Así, el particular al que le es solicitada una dádiva o regalo puede denunciarlo (antes de la apertura del procedimiento correspondiente a los hechos) y con el límite temporal de caducidad de dos meses desde la fecha de los hechos. De este modo, pese a haber sucumbido ante el requerimiento de soborno del funcionario público, quedará exento de pena. Uno de los mayores problemas que plantea la persecución y sanción de esta clase de delitos radica en la dificultad que entraña su descubrimiento⁹⁶, así como a la dificultad probatoria, puesto que muchas veces tendrá que probarse mediante prueba indiciaria, algo frecuente en las acciones de corrupción. Por ello, mantener esta figura premial en la reforma de 2010, y también en la de 2015, debe valorarse positivamente. Analicemos pues, los elementos de la fórmula que utiliza este precepto para premiar a los particulares que delaten iniciativas corruptoras por parte de los funcionarios de la Administración, que son, concretamente, tres:

- La primera, de acuerdo a la interpretación de QUINTERO OLIVARES⁹⁷, el hecho de que el particular acceda a las solicitudes del funcionario debe interpretarse en sentido negativo, concretamente como ausencia de un trato continuado o sucesivo con el funcionario corrupto. De esta forma, no tendrá validez la denuncia si el

⁹⁶ ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *et al. Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 471.

⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1247.

particular ha llevado a cabo actividades corruptoras en otras ocasiones con el mismo funcionario. Lo que se pretende evitar con esto es que este delato del particular no obedezca a intereses voluntarios. A su vez, también evita que el particular pueda extorsionar al funcionario mediante la denuncia de los hechos.

- En segundo lugar, se requiere que la iniciativa corruptora proceda del funcionario y no del particular, algo que resulta lógico puesto que no tendría sentido si es el particular el que intenta que la Administración funcione de manera parcial. Así, si fue el particular el que ofreció la dádiva no podrá disfrutar de la exoneración.
- Por último, queda el ya mencionado requisito del plazo de dos meses para denunciar los hechos desde el acuerdo entre funcionario y particular. Este elemento temporal evita la picaresca u oportunismo que daría lugar a la concesión, sin más, de la impunidad⁹⁸. Debe destacarse el hecho de que el plazo empieza desde el acuerdo y no desde la solicitud de dádiva, y siempre que no se haya iniciado con anterioridad el proceso penal. Si por contra, el Ministerio Fiscal ya ha iniciado acciones, esa denuncia ya no puede ser de ninguna forma voluntaria en el sentido del art. 426 CP. En este punto, parte de la doctrina⁹⁹ opina el particular deba tener constancia objetiva de ese procedimiento para que no se le aplique esta exención, puesto que muchas veces cuando el Ministerio Público inicia actuaciones el particular no tiene ni idea de ello, lo que no afecta a su voluntariedad en la denuncia de la actividad corruptora.

El art. 426 CP no ha incluido a aquellos que colaboraron con el particular en la comisión del hecho delictivo, y con la LO 1/2015 tampoco lo va a hacer. Este precepto no puede surtir efecto para los partícipes del funcionario, puesto que tampoco se exonera a éste, pero sí debe interpretarse que exonere a los colaboradores del particular siempre y cuando hayan denunciado junto al autor (por lo que debe entenderse que la mera denuncia del autor no beneficia a los partícipes)¹⁰⁰, o que hayan colaborado en ello.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 19ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 939-940.

⁹⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, Mª José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. pp. 307-309.

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1248.

Cierta parte de la doctrina¹⁰¹ opina que aumentar de 10 días a 2 meses el plazo para denunciar permite incentivar la colaboración del particular, rompiendo así el pacto entre éste y el funcionario. Particularmente, esto puede actuar como contra-motivación al funcionario, puesto que se pone en manos de un particular que podrá denunciarle en cualquier momento.

Por otro lado, es precisamente respecto a las modalidades menos graves de cohecho (las de los arts. 420 y 422 CP) donde resulta más útil esta exención de la pena, dado que al no constituir el acto contrario a los deberes inherentes al cargo, o al no haber acto alguno directamente, resultan mucho más difíciles de probar. Para dotar de mayor utilidad a este precepto habría que aumentar el plazo establecido para interponer denuncia, algo que el legislador de 2015 no ha hecho por alguna razón. No obstante, sí que ha aumentado las penas de la mayoría de modalidades de cohecho, por lo que puede suponer un estímulo para incentivar la denuncia de los particulares, aunque algo nimio desde mi punto de vista. De todas formas, cabe decir que más que una exención de la pena, a la práctica acabará siendo un sobreseimiento de la causa a favor del particular¹⁰².

¹⁰¹ ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *et al.* *Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 472.

¹⁰² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010, pg. 884.

X. INCLUSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS COMUNITARIOS Y FUNCIONARIOS NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA (ART. 427 CP)

En la redacción de 2010 el art. 427 CP está dividido en dos apartados: el primer dedicado a la incorporación de los funcionarios comunitarios o de otro Estado miembro, y el segundo que regula la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de cohecho. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 el segundo apartado se convierte en el art. 427 bis, dedicado exclusivamente a la responsabilidad de las personas jurídicas en este delito. Por ello, ambos apartados serán tratados en epígrafes diferentes dentro de este capítulo.

1. REGULACIÓN ACTUAL

«1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

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

1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea;

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

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

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.».

Esta es la regulación exacta que establece el actual art. 427.1 CP. En base a lo establecido, se confirma que el carácter funcional de los sujetos activos de estos delitos alcanza a los funcionarios de la Unión Europea y nacionales de otros estados. Esta incorporación obedece al cumplimiento de las obligaciones asumidas por España a nivel internacional. Así, proporcionando una serie de definiciones legales que describen a este tipo de funcionarios, este artículo extiende el ámbito de aplicación del delito de cohecho al considerar que, a los exclusivos efectos de los arts. 419 y ss., las disposiciones sobre cohecho son también aplicables cuando intervienen funcionarios comunitarios o nacionales de otro Estado miembro de la Unión¹⁰³.

Lo único que parte de la doctrina¹⁰⁴ ha criticado que en el art. 427.1 *in fine* CP no se exija que la condición de funcionario de otro Estado miembro de la Unión sea compatible con el concepto de funcionario del CP español (art. 24 CP). En este sentido, pese a que es necesaria la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción, conviene respetar las peculiaridades de cada sistema jurídico nacional¹⁰⁵.

2. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LO 1/2015

El primer párrafo del art. 427 CP ha quedado redactado en los siguientes términos por la LO 1/2015:

¹⁰³ ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *et al. Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pg. 472.

¹⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1251.

¹⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1252.

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

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

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

Las renovaciones que se han introducido en este precepto han sido más notables que en el resto de modalidades. En este caso, se ha separado, como se apuntó antes, la regulación respecto a los funcionarios públicos extranjeros o de la Unión, y en el siguiente artículo se ha regulado la responsabilidad de las personas jurídicas sobre el delito de cohecho.

Esta regulación supone una mejor definición de funcionario extranjero respecto a la del CP actual (por su funcionalidad), añadiendo a “*cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección*”, “*cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública*” y “*cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública*”.

Mientras que la anterior regulación se entretenía en definir el concepto de funcionario de la UE, el art. 427 RCP emplea otra fórmula en la que incluye directamente como sujetos activos a los funcionarios de la Unión, los de países comunitarios y también los de países extracomunitarios.

No sólo por su funcionalidad, sino también por su simplicidad, la valoración que se hace sobre esta modificación debe ser positiva, puesto que puede ahorrar problemas interpretativos a los tribunales y amplía el círculo de sujetos activos que pueden perseguirse, lo que, a fin de cuentas, puede suponer un ligero avance en la lucha contra la corrupción.

XI. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DELITO DE COHECHO (ART. 427.2 CP)

1. REGULACIÓN ACTUAL

El art. 427.2 CP, art. 427 bis RCP a partir del 1 de julio, posibilita la aplicación de sanciones a personas jurídicas cuando éstas sean responsables de cualquiera de las formas de cohecho. Dice lo siguiente:

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

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuplo 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 quádruple 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 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».

Por supuesto, igual que sucede con muchos otros delitos, las personas jurídicas pueden sobornar a un funcionario. No obstante, esta cláusula de inclusión de las personas jurídicas en el delito de cohecho sólo alcanza a las empresas corruptoras¹⁰⁶.

¹⁰⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. pg. 1252.

Sin entrar en los problemas de determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas que suscita el art. 31 bis CP, es preciso señalar que si estamos ante una empresa pública (sobre los partidos políticos hablaré en el siguiente apartado) actúa como funcionario en el delito de cohecho no será posible declarar su responsabilidad penal¹⁰⁷, tal y como establece el art. 31 bis.5 CP.

2. INCLUSIÓN DEL NUEVO ART. 427 BIS CP

El nuevo art. 427 bis RCP transcribe exactamente lo que dice el actual art. 427 CP, por lo que no se hace ningún comentario al respecto salvo mencionar este pequeño cambio en la sistemática de nuestro Código.

¹⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Parte General del Derecho Penal*. 4ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2010. pg. 693.

XII. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

Si echamos la vista atrás, como se comentó en la introducción de este trabajo, las formas de corrupción han sufrido una evolución espectacular, pasando a ser en la actualidad muy sofisticadas debido a las técnicas empleadas y a la dimensión que puede alcanzar. En nuestro país, concretamente, están siendo desentrañadas varias tramas de corrupción de gran entidad. De hecho, algunas de las sentencias que se han citado en estas páginas, como la del Caso Camps o la del Caso Malaya, han cobrado notoriedad en los medios de comunicación por la magnitud de los hechos. Se ha llegado a una situación en la que los partidos políticos se han visto afectados por las acciones de sus dirigentes (por ejemplo, el Caso Bárcenas que, relacionado con la trama Gürtel, ha salpicado al Partido Popular), hasta el punto de que en 2013 se eliminó del art. 31 bis.5 CP la exención de responsabilidad de éstos y de los sindicatos¹⁰⁸. Ello ha conducido al siguiente paso: la introducción, con la LO 1/2015, el *delito de financiación ilegal de partidos políticos*.

Como señala MAROTO CALATAYUD en su tesis¹⁰⁹, los numerosos escándalos de corrupción política en nuestro país han llevado a introducir este delito, que hasta ahora todo lo relativo a la financiación de los partidos era atípico, y que además resulta pionero en regular esta materia el legislador español, dada su ausencia en la política anticorrupción internacional. Ya que en nuestro país la financiación irregular de partidos políticos era atípica, nuestros tribunales han tenido que aplicar otras figuras penales para perseguir determinadas conductas ante la ausencia de un tipo penal específico (véase cohecho, tráfico de influencias, apropiación indebida, etc). Por ello, debe aplaudirse la (tardía) inclusión de este tipo, aunque, como se verá, podría haberse hecho mucho mejor.

¹⁰⁸ El art. 31.5 bis CP quedó redactado en los siguientes términos: «5. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*».

¹⁰⁹ Para desarrollar este epígrafe me he basado en gran medida en la siguiente tesis: MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

En primer lugar, me veo obligado a plantear, sin intención de extenderme demasiado, en el problema que supone que los partidos políticos sean responsables penalmente. Según era común aceptar hasta hace unos años, los partidos políticos respondían ante sus electores y eso debía bastar, aunque puede verse que no es la línea que ha seguido el legislador español. Hasta ahora el tema central de las “sanciones” previstas para los partidos políticos era la disolución o suspensión judicial de éstos, un tema que siempre ha estado presidido en nuestro país con las organizaciones terroristas¹¹⁰. Destaca en este sentido la disolución de *Abertzale Sozialisten Batasuna* (en adelante, ASB)¹¹¹.

Es evidente que desde la óptica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los partidos políticos pueden, perfectamente, cometer determinados delitos. Además, en otras legislaciones europeas, como la francesa, ya hace tiempo que se reconoció esta posibilidad. Por tanto, una vez admitido esto en nuestro ordenamiento jurídico, conviene recordar que los partidos políticos son el único medio de representación política de los ciudadanos en nuestro sistema democrático, lo que hace de este asunto uno muy delicado de tratar. De hecho, la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, que regula en su art. 10 el proceso de ilegalización de éstos, fue tildada por algunos de inconstitucional, sobretodo en relación con a la disolución de ASB, como se dijo más arriba. En cualquier caso, los partidos políticos ocupan un lugar intermedio entre el Estado y la Sociedad, por lo que su constitucionalización dependerá precisamente del respeto que tenga, con su actividad, a la Carta Magna. Por otro lado, el hecho de que sean componentes esenciales de la estructura de nuestro Estado democrático fundamenta, por un lado, que dispongan de ciertos privilegios, pero dados los antecedentes y la situación actual, me parece acertada la solución de admitir su posible responsabilidad penal, y en ese sentido, también debo considerar como necesaria la inclusión del delito de financiación ilegal de partidos políticos. La ineficacia de los mecanismos de control administrativos y un ordenamiento penal insuficiente reclamaba una medida así. Veamos pues en qué ha consistido esta parte de la RCP de 2015.

¹¹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Parte General del Derecho Penal*. 4ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2010. pg. 694.

¹¹¹ IGLESIAS BÁREZ, Mercedes. *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*. 1ª. ed. Granada: Comares, SL, 2008. pg. 336.

2. EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS

En este punto nos encontramos con un cambio de escenario respecto al cohecho. Supongamos que la exigencia de pago no la hace un funcionario público, sino un representante de un partido político que tiene poder en los órganos ejecutivos de éste. De este modo, ese representante puede usar el partido como plataforma para que la Administración lleve a cabo a lo acordado con el particular, actuando el primero como “filtro” entre el funcionario y el particular¹¹². En esta tesitura vemos que la conducta es atípica desde la perspectiva del cohecho: el funcionario, formalmente, ni ha hecho ofertas ni las ha recibido, tanto directa como indirectamente. En todo caso, la persecución penal sólo podría substanciarse mediante los cauces del delito de tráfico de influencias y, pese a ello, sólo alcanzaría al “conseguidor” de la entrevista, quedando el funcionario probablemente impune¹¹³.

Esto debe matizarse, puesto que no es lo mismo el funcionario público, miembro de un partido político, que comete cohecho y recibe un lucro exclusivamente personal, sin tener nada que ver el partido, de aquellos que se encargan de captar “donaciones” para sus organizaciones. Por supuesto, la contraprestación será un trato preferente o favorable por parte de la Administración que está controlada por el partido en cuestión. El problema de fondo, pues, radica en una incorrecta configuración del sistema de financiación de los partidos políticos en España¹¹⁴, que pese a los esfuerzos formales que se han hecho¹¹⁵, el legislador ha optado por incluir en la RCP de 2015 el delito de financiación ilegal de partidos políticos.

¹¹² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 15.

¹¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 16.

¹¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 17.

¹¹⁵ En primer lugar, se promulgó la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. Más adelante fue modificada por la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, quedando limitado a 100.000€ al año el importe que las entidades bancarias pueden condonar a los partidos individualmente. Además, se limitaron las personas y entidades que pueden financiar a los partidos, prohibiendo que los partidos reciban donaciones de empresas privadas que presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas. Finalmente, hay que mencionar el Proyecto de Ley Orgánica de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, que fue presentado en el Congreso de los Diputados en febrero de 2014.

Dice así el art. 304 bis RCP:

«1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.1, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. 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.».

Y, por otro lado, el art. 304 ter RCP establece lo siguiente:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.».

Atendiendo a los tipos descritos en los artículos citados, vemos que el primero de ellos presenta una estructura similar en cierta medida a la del cohecho. Por otro lado, el segundo de los preceptos castiga al que participa en organizaciones destinadas a efectuar las donaciones descritas en el artículo precedente (con una pena más elevada). En cualquier caso, podemos convenir que el eje central de estos delitos es la donación destinada a un partido político superando los importes y otros límites que establece la LOFPP.

Como se ha mencionado con anterioridad, la tipificación de este delito por la RCP es positiva, aunque tardía. No obstante, el tenor literal de estos dos preceptos presenta ciertas deficiencias que supondrán, muy probablemente, problemas interpretativos a los tribunales. Para empezar, y como indica MAROTO CALATAYUD en su citada tesis, puede apreciarse una “*notable desorientación legislativa*” en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido. En cuanto a su situación sistemática, vemos que el delito se ha colocado en un nuevo Título XII bis, justo después de los delitos de blanqueo de capitales. Por otro lado, la descripción legal no facilita la cuestión, pero QUINTERO OLIVARES lo sitúa en un ámbito cercano a los delitos contra la Administración Pública, particularmente el del cohecho y el tráfico de influencias, y este estudiante no podría estar más de acuerdo en tanto que ha configurado este trabajo a consonancia de esta idea.

En lo relativo a las modalidades típicas vemos que hay tres distintas, pero que a fin de cuentas sancionan las conductas que transgreden la LOFPP:

- En primer lugar, tenemos el *tipo básico de financiación privada prohibida*, que tipifica el art. 304 bis.1. Como se ha anticipado, este tipo se ha configurado como una norma penal en blanco¹¹⁶, es decir, que la antijuricidad de la conducta reside en incumplir las prohibiciones de la LOFPP. No obstante, quedan fuera de la tipicidad penal conductas similares, como condonaciones de créditos y otras operaciones asimiladas, lo cual supone una deficiencia de la formulación legal en cuanto permite la impunidad. Del mismo modo quedarían fuera también conductas como donaciones de inmuebles, que no están sujetas a ningún límite cuantitativo según la LOFPP. Otro problema también es el de la remisión automática de la LOFPP a la jurisdicción penal, puesto que una infracción de sus disposiciones supondría tener que aplicar este delito, lo que vacía de contenido la citada LO. En consecuencia, el tipo penal podría impedir una sanción administrativa por ser preferente la vía penal, vulnerando así el principio de *ultima ratio*.
- En segundo lugar, se han previsto una serie de *tipos agravados* respecto al anterior. Veámoslos:
 - El primero de ellos establece un límite mínimo de 500.000 euros como condición objetiva de punibilidad¹¹⁷, lo que es a todas luces una cantidad desorbitada e injustificable (en el delito de cohecho, por ejemplo, hemos visto que no se requiere cantidad alguna, salvo una mínima idoneidad de la dádiva). Además, tampoco queda claro si se refiere a un importe fijo en una única donación o a un montante total, lo que también puede inducir a problemas interpretativos que el legislador podría haber evitado.
 - El siguiente tipo consiste en una agravante de financiación extranjera con el límite cuantitativo de 100.000 euros. El hecho de establecer este límite cuantitativo carece de justificación en los mismos términos que en la agravante anterior. Además, en la tesis de MAROTO CALATAYUD se plantea por qué estas conductas deben ser consideradas de especial gravedad. El autor argumenta que la casuística es escasa y que la LOFPP prohíbe en

¹¹⁶ MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

¹¹⁷ MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

igual medida las donaciones sean nacionales o extranjeras. No obstante, deduzco que el legislador debe haber previsto esta agravante por la dificultad añadida que puede revestir el hecho de tener que investigar en el extranjero (o por motivos políticos).

- Finalmente, el art. 304 bis prevé un tipo hiperagravado que permite aumentar la pena en un grado para supuestos de *especial gravedad*. Sin embargo, el legislador no dice qué debe entenderse por especial gravedad, algo que, como bien apunta MAROTO CALATAYUD, ya satisface el requisito de 500.000 euros. En definitiva, esta formulación legal puede suponer grandes problemas de aplicación del tipo.

- Por último, el art. 304 ter prevé un tipo específico de asociación ilícita con fines de financiación de partidos políticos. Especialmente problemáticos resultan estos casos en que las donaciones se realizan mediante organizaciones, fundaciones o entes similares, puesto que estamos ante donaciones indirectas que pueden llegar a estar programadas y estructuradas por zonas y/o temporalmente, en forma de comisión por adjudicaciones de una obra, compra o servicio¹¹⁸. Pese a ello, es cuanto menos curioso que la pena que lleva aparejada este delito de asociación sea mayor que la prevista para las donaciones ilegales en su modalidad más grave. No sólo con eso, el gran problema que entraña la redacción de este precepto es que la finalidad de dicha asociación debe ser financiar a partidos políticos “*al margen de los establecido en la ley*”, lo que obligará a una interpretación restrictiva del tipo¹¹⁹ y, en consecuencia, puede suponer la impunidad en ciertos casos.

Entonces, dicho todo esto, nos encontramos, una vez más, e igual que sucedía con el cohecho, que la cuestión más complicada a la que debe enfrentarse el Derecho penal es la prueba. En este sentido, vemos que la formulación legal del delito no facilita tal labor para los casos aquí descritos.

¹¹⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 18.

¹¹⁹ MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

Por otra parte, debe mencionarse también que hay pueden darse casos de comisión de un delito de cohecho, de un delito de financiación ilegal de partidos políticos, de ambos, o también supuestos que queden entre medio, de manera que aplicar uno u otro sea demasiado forzado en cuanto a la interpretación legal. Sería el caso del funcionario público, que actúa recibiendo indicaciones de sus superiores, superiores que pueden incluso no conocer al “donante”, puesto que es información que tendrán los altos cargos del partido¹²⁰. En el ejemplo expuesto, atendiendo a estas circunstancias, opino que la descripción típica tanto del cohecho como de este delito quedan algo “cojas”, puesto que la interpretación de los tipos tendría que ser extensiva para dar cabida a las conductas aquí descritas, lo que puede llevar a la impunidad. La relación que tiene este problema con el de la prueba es que debido a la deficiente descripción típica va a ser muy difícil sostener procedimientos y más aún condenar a alguien por ello en base a estas conductas, todo por no poder demostrar que se ha donado ciertas cantidades a un partido, o intermediario, para luego recibir un trato a favor por parte de la Administración.

En esta línea, QUINTERO OLIVARES¹²¹ opina, acertadamente a mi parecer, que la opción más adecuada para intentar solucionar esta problemática pasa por intervenir en las relaciones entre donante y partido, configurando normas administrativas (puesto que debe respetarse el principio de intervención mínima del Derecho penal) que prohibieran la participación directa de los donantes en cualquier contratación, servicio o adjudicación, etc, de administraciones controladas por el partido que recibió la donación. El problema es la complejidad de la idea a la hora de plasmarla legislativamente y una posible inconstitucionalidad, por ello estamos hablando de meras hipótesis.

En definitiva, y sin contradecir lo anterior, resulta que muchas de las conductas que podrían ser atípicas, pero que sin duda forman parte de un escenario de corrupción, pueden encontrar encaje en el nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, lo que mejora la situación anterior (aunque podría haberse aprovechado mejor la oportunidad de llevar a cabo esta Reforma).

¹²⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 18.

¹²¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pg. 19.

Antes de concluir este capítulo, debe precisarse que lo aquí comentado afecta a donante y partido político, pero respecto al “conseguidor” del acuerdo simplemente se ha mencionado que podría ser castigado vía delito de tráfico de influencias. Ahora se matizará esta cuestión. Sin duda, en determinadas situaciones los conseguidores pueden llegar a ser piezas claves de la corruptela, razón por la cual opino que merecen reproche penal, pues igual sucede con otros delitos. En este sentido, estas personas pueden ser calificadas como cooperadores necesarios de un delito, o bien de cohecho, o bien de financiación ilegal de partidos políticos, dependiendo de si advierte al donante de la “tasa” que debe pagar al partido, fundación u organización afín a éste, o a una persona concreta (consiguiendo el acuerdo objeto del delito de cohecho). Perfectamente pueden darse de manera conjunta cohecho y financiación ilegal de partidos políticos. Por otra parte, diferente calificación recibiría el “falso seguidor” podría plantearse la estafa del art. 438 CP, pero sería una interpretación algo forzada.

Por último, pese a la valoración tardía aunque positiva de este nuevo delito, me gustaría exponer unos casos recientes de corrupción que pueden ejemplificar la brecha que se abrirá entre cohecho y financiación ilegal de partidos políticos. Son buenos ejemplos de ello el “Caso Palau de la Música de Barcelona” o el “Caso Gürtel” (ambos con causas abiertas y por juzgar a día de hoy). En el primero de los supuestos vemos que la citada entidad actuó como intermediario entre una empresa (Ferrovial) y un partido político (CDC), evitando así cualquier contacto directo. El segundo, por otro lado, consiste, entre otras cosas, en una gran trama de corrupción basada en donaciones ocultas por parte de varios grandes empresarios tanto a un partido político (PP) como a algunos de sus dirigentes. Estas conductas pueden tener encaje en nuestro Código Penal (posibles cohechos, prevaricaciones, tráficos de influencias, donaciones ilegales, o en general, cualquier delito contra la Administración Pública), pero para determinados sujetos y circunstancias, las interpretaciones de nuestra legislación penal tendrán que ser muy forzadas o extensivas como se advirtió reiteradamente con anterioridad.

La conclusión a la que se llega tras analizar todo esto es, antes de que entre en vigor la RCP, totalmente desoladora: se requiere una adaptación de nuestro Derecho penal, adecuación que no se ha hecho porque el legislador simplemente se ha ocupado de aumentar las penas del cohecho, y de tipificar de forma deficiente y tardía el delito de financiación ilegal de partidos políticos.

Se ha perdido la oportunidad de intentar solucionar el problema de la financiación ilegal, dejándolo en todo caso a los jueces y tribunales, que tendrán que esforzarse para encajar todas las conductas referidas en los tipos penales sin caer en la arbitrariedad. Una decisión del legislador que, además, ha tomado en caliente, puesto que el Partido Popular ha aprobado en solitario esta RCP y en un contexto político-social muy conflictivo y reacio por lo sucesivos escándalos de corrupción que se están destapando recientemente (y que, por cierto, la mayoría salpican a este partido). No puede negarse la estrecha, y necesaria, relación entre Derecho y Política, pero hay veces que las consecuencias de este nexo son perniciosas para la sociedad.

CONCLUSIONES

Tras haber estudiado en profundidad el delito de cohecho y el delito de financiación ilegal de partidos políticos, así como doctrina y jurisprudencia existente, pueden formularse las siguientes conclusiones de este TFG:

1. La LO 5/2010 supuso una mejoría significativa en la regulación del delito de cohecho que introdujo el Código Penal de 1995. Sin embargo, pese a lo bien estructurada que está nuestra normativa penal, en la actualidad se han desarrollado nuevas formas de corrupción cada vez más complejas y que pueden llegar a sortear las formulaciones legales que prevé nuestro ordenamiento penal. Por ello, es preciso una urgente adaptación.
2. El legislador español ha endurecido las penas privativas de derechos previstas para el delito de cohecho, añadiendo además la pérdida del derecho de sufragio pasivo, lo que responde al cumplimiento de las obligaciones internacionales que España había contraído, tal y como se expone en el preámbulo de la LO 1/2015. Este cambio, aunque necesario, es totalmente insuficiente teniendo en cuenta las lagunas de las que adolece nuestra legislación penal y que se han señalado a lo largo de estas páginas. Sin duda, una oportunidad perdida puesto que se dejan en manos de los tribunales cuestiones que el legislador debería resolver en aras de obtener una justicia ágil y eficaz.
3. No se ha reformado en gran medida el cohecho, pero sí se ha introducido un nuevo delito con el que creo que está estrechamente relacionado, que es el de financiación ilegal de partidos políticos. Considero que introducir este delito en nuestra legislación (algo que, por cierto, no abunda en el panorama internacional) es algo positivo, pero puede que el momento no haya sido oportuno. Lo ideal sería que se hubiera introducido con bastante anterioridad y no ahora, a marchas forzadas y de manera deficiente, debido al clima de crispación social producido por los numerosos casos de corrupción que están saliendo a la luz.

4. Por último, me gustaría añadir que, como es lógico, no podemos apreciar con certeza la eficacia y efectividad de una norma hasta pasado cierto tiempo. Del mismo modo, tampoco podemos prever y analizar las lagunas que puede tener, puesto que es necesario que se produzcan casos en los que los operadores jurídicos puedan aplicar la norma en cuestión. En este sentido, habrá que estar atentos a la jurisprudencia que se vaya produciendo, sobretodo en lo relativo al delito de financiación ilegal de partidos políticos, y analizar cómo podemos mejorar nuestras leyes para poder configurar un sistema penal más ágil, eficaz y justo.

BIBLIOGRAFÍA

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo., *et al. Comentarios al Código Penal Español (Tomo II)*. 6ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2011. 2440 pp. 978-84-9903-847-6.

RODRÍGUEZ PUERTA, Mª José. *El Delito de Cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1999. 330 pp. 84-8410-255-6.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 19ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. pp. 990. 978-84-9053-444-1.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luís., *et al. Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. 4ª. ed. Madrid: LA LEY, 2011. pp. 978-84-8126-805-8.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho. *Un año de conflictos jurídicos: de la doctrina Parot al Caso Prestige* (Obra en preparación no publicada: acceso autorizado por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares). 2015. pp. 22.

RAMOS RUBIO, Carlos. Comentarios a la reforma del cohecho de los arts. 419 a 439 y 455 CP. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Pamplona: Aranzadi, SA, 2010. 1943 pp. 978-84-491-1025-2.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2010. 1297 pp. 978-84-8126-651-1.

ÁLVAREZ GARCIA, Francisco, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *et al. Comentario a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 590 pp. 978-84-9876-884-8.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio., *et al. Lecciones de Derecho mercantil, Volumen II*, Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2014. pp. 611. 978-84-470-4914-1.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. 4ª. ed. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, SA, 2010. pg. 853. 978-84-9903-715-8.

BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve historia de la corrupción*. Madrid: Taurus, 2010. 295 pp. 978-84-306-0790-7.

IGLESIAS BÁREZ, Mercedes. *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*. 1ª. ed. Granada: Comares, SL, 2008. 383 pp. 978-8498-363-753.

MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Base datos utilizada: Aranzadi bibliotecas

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

España. 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 (BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015).

España. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2003)

España. Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (BOE núm. 160 de 05 de Julio de 2007).

España. Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos (BOE núm. 154 de 28 de Junio 2002).

Sentencia del Tribunal Supremo 27/2007 (Sala de lo Penal), de 30 de mayo (núm. de recurso 2007\1167).

Sentencia del Tribunal Supremo 1618/2005 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre (núm. de recurso 2006\591).

Sentencia del Tribunal Supremo 593/1995 (Sala de lo Penal), de 29 de abril (núm. de recurso 1995\2881).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 633/2008, de 1 de septiembre (núm. de recurso 2010\88788).

Sentencia del Tribunal Supremo 334/2008 (Sala de lo Penal), de 6 de junio (núm. de recurso 2008\3637).

Sentencia del Tribunal Supremo 2052/2001 (Sala de lo Penal), de 7 de noviembre (núm. de recurso 2001\9684).

Sentencia del Tribunal Supremo 219/2011 (Sala de lo Penal), de 8 de julio (núm. de recurso 2011\3048).

Sentencia del Tribunal Supremo 853/2013 (Sala de lo Penal), de 31 de octubre (núm. de recurso 2014\465).

Sentencia del Tribunal Supremo 676/2012 (Sala de lo Penal), de 26 de julio (núm. de recurso 2012\9445).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 6/2007 (Sala de lo Penal), de 20 de marzo (núm. de recurso 2007\102062).

Sentencia del Tribunal Supremo 776/2001 (Sala de lo Penal), de 8 de mayo (núm. de recurso 2001\6865).

Sentencia del Tribunal Supremo 1114/2002 (Sala de lo Penal), de 12 de junio (núm. de recurso 2002\8419).

Sentencia del Tribunal Supremo 1319/2002 (Sala de lo Penal), de 11 de julio (núm. de recurso 2002\7652).

Sentencia del Tribunal Supremo 77/2007 (Sala de lo Penal), de 7 de febrero (núm. de recurso 2007\1921).

Sentencia del Tribunal Supremo 512/1994 (Sala de lo Penal), de 9 de marzo (núm. de recurso 1994\1832).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 62/2014, de 6 de marzo (núm. de recurso 2014\719).

Sentencia del Tribunal Supremo 504/2003 (Sala de lo Penal), de 2 de abril (núm. de recurso 2003\4204).

Sentencia del Tribunal Supremo 1826/1994 (Sala de lo Penal), de 18 de octubre (núm. de recurso 1994\8026).

Sentencia del Tribunal Supremo 20/2001 (Sala de lo Penal), de 28 de marzo (núm. de recurso 2001\751).

Sentencia del Tribunal Supremo RJ 1997\8810 (Sala de lo Penal), de 5 de diciembre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo 1617/2005 (Sala de lo Penal), de 7 de diciembre de 2005 (núm. de recurso 2005\573).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 24 de febrero de 2000 (núm. de recurso 2000\488).

Sentencia del Tribunal Supremo 440/2007 (Sala de lo Penal), de 21 de mayo de 2007 (núm. de recurso 2007\3279).

Sentencia del Tribunal Supremo RJ 1990\4966 (Sala de lo Penal), de 1 de junio de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo 504/2003 (Sala de lo Penal), de 2 de abril (núm. de recurso 2003\4204).

Sentencia del Tribunal Supremo 1250/1997 (Sala de lo Penal), de 5 de diciembre (núm. de recurso 1997\8810).

Sentencia del Tribunal Supremo 1817/2002 (Sala de lo Penal), de 6 de noviembre (núm. de recurso 2003\3037).

Sentencia del Tribunal Supremo 361/1998 (Sala de lo Penal), de 16 de marzo (núm. de recurso 1998\4082).

Sentencia del Tribunal Supremo 1734/1994 (Sala de lo Penal), de 8 de octubre (núm. de recurso 1994\7877).

Sentencia del Tribunal Supremo 2188/1994 (Sala de lo Penal), de 16 de diciembre (núm. de recurso 1994\10157)

Sentencia del Tribunal Supremo 855/1997 (Sala de lo Penal), 14 de junio (núm. de recurso 1997\4720).

Sentencia del Tribunal Supremo 719/2009 (Sala de lo Penal), de 30 de junio (núm. de recurso 2009\4915).

Sentencia del Tribunal Supremo 132/2007 (Sala de lo Penal), de 16 de febrero (núm. de recurso 2007\4711).

Sentencia del Tribunal Supremo 684/2013 (Sala de lo Penal), de 3 de septiembre (núm. de recurso 2013\7713).

Sentencia del Tribunal Supremo 478/2010 (Sala de lo Penal), de 17 de mayo (núm. de recurso 2010\2328) Caso Camps.

Sentencia del Tribunal Supremo 30/1994 (Sala de lo Penal), de 21 de enero (núm. de recurso 1994\86).

Sentencia del Tribunal Supremo 362/2008 (Sala de lo Penal), de 13 de junio (núm. de recurso 2008\4502).

Sentencia del Tribunal Supremo 883/1994 (Sala de lo Penal), de 11 de mayo (núm. de recurso 1994\3687).

Sentencia del Tribunal Supremo 361/1998 (Sala de lo Penal), de 16 de marzo (núm. de recurso 1998\4082).

Sentencia del Tribunal Supremo 1335/2001 (Sala de lo Penal), de 19 de julio (núm. de recurso 2003\6472).

Sentencia del Tribunal Supremo 1114/2002 (Sala de lo Penal), de 12 de junio (núm. de recurso 2002\8419).

Sentencia del Tribunal Supremo 1734/1994 (Sala de lo Penal), de 8 de octubre (núm. de recurso 1994\7877).

Sentencia del Tribunal Supremo 84/1996 (Sala de lo Penal), de 5 de febrero (núm. de recurso 1996\797).

Sentencia del Tribunal Supremo 782/2005 (Sala de lo Penal), de 10 de junio (núm. de recurso 2005\5410).