

# El delito de cohecho pasivo impropio y sus variaciones

**AUTOR:** Andreu Froilán Puigserver

**TUTOR:** Antoni Gili Pascual

ÍNDICE:

|   |         |
|---|---------|
| 1-INTRODUCCIÓN  | pág. 3  |
| 1.1-Justificación de la elección del tema                 |         |
| 1.2-Objetivo marcado                                      |         |
| 1.3-Metodología de estudio                                |         |
| 2-IDEAS GENERALES   | pág. 4  |
| 2.1-Evolución de la legislación                           |         |
| 2.2-Concepto  |         |
| 2.3-Tipos de cohecho                                      |         |
| 2.3.1-Cohecho pasivo y activo                             |         |
| 2.3.2-Cohecho propio e impropio                           |         |
| 2.4-Requisitos básicos cohecho pasivo impropio            |         |
| 3-BIEN JURIDICO PROTEGIDO                                 | pág. 7  |
| 4-SUJETO ACTIVO COHECHO PASIVO                            | pág. 4  |
| 4.1-Concepto de funcionario                               |         |
| 4.2-Concepto de función pública                           |         |
| 4.3-Funcionario de la UE o de un Estado miembro           |         |
| 4.3-Por persona interpuesta                               |         |
| 5-OBJETO (dádiva, favor o retribución de cualquier clase) | pág. 12 |
| 6-CONDUCTA TIPICA   | pág. 13 |
| 6.1-Solicitar, recibir, aceptar                           |         |
| 6.2-Consumación   |         |
| 6.3-Relación de causalidad                                |         |
| 6.4-Conducta bilateral o unilateral                       |         |
| 7-CAUSA O MOTIVO  | pág. 16 |
| 7.1-Acto propio de su cargo (420 CP)                      |         |
| 7.2-Como recompensa por la conducta (421 CP)              |         |
| 7.3-En consideración a su cargo o función (422 CP)        |         |
| 8-TOMA DE POSTURA   | pág. 19 |
| 9-FUENTES DE INFORMACIÓN UTILIZADAS                       | pág. 20 |
| 8.1-Índice bibliográfico                                  |         |
| 8.1.1-Monografías   |         |
| 8.1.2-Artículos de revistas especializadas                |         |
| 8.2-Jurisprudencia citada                                 |         |
| 8.3-Legislación   |         |
| 8.4-Páginas Web   |         |

## 1-INTRODUCCIÓN:

### 1.1-Justificación de la elección del tema

La corrupción es uno de los asuntos más preocupantes de la sociedad española, según el Baremo de Centro de investigaciones Sociológicas realizado el pasado mes de Diciembre es el segundo tema más preocupante de los españoles por detrás del paro<sup>1</sup>.

Uno de los últimos informes emitido por el Consejo General del Poder Judicial<sup>2</sup> fijó que en esos momentos se investigaban unos 1661 casos de corrupción<sup>3</sup>. Tal cantidad de delitos ha fomentado que se solicite más personal para poder lidiar con su persecución judicial<sup>4</sup>.

A demás, la investigación de cualquier presunto delito de cohecho suele ser siempre complicada, al igual que ocurre con otros delitos (estafas, extorsiones, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas, malversación y prevaricación). Lo que dentro de la criminología se conoce como “cifra negra”, cantidad de delitos cometidos pero no denunciados, en el caso del cohecho se alcanza una alta cifra al ser uno de los delitos que gozan de más impunidad y que su presunción no va más allá de las simples sospechas y rumores<sup>5</sup>. Nos encontramos por tanto ante una situación de no solo desmesurada corrupción sino que en gran cantidad de casos no son o no pueden ser perseguidos, muchos de los cuales son delitos de cohecho.

No solo a nivel nacional se respira la preocupación, el GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa<sup>6</sup>) analizó en 2009 la situación sobre la tipificación del cohecho y sobre la transparencia de los partidos políticos (de lo cual no voy a centrarme). En el que es el tercer informe de evaluación que realiza esta entidad, dictaminó una serie de recomendaciones para poder mejorar la persecución del cohecho. En este documento se analiza la derogada normativa criticándola por su insuficiencia y complejidad pero sin embargo favoreciendo el proyecto de reforma que efectivamente se llevó a cabo de la mano de la LO 5/2010<sup>7</sup> (párrafo 88 del informe).

---

<sup>1</sup>Los españoles, cada vez más preocupados por la corrupción, de 8 de Enero de 2014 (<http://www.libertaddigital.com/espana/2014-01-08/los-espanoles-cada-vez-mas-preocupados-por-la-corrupcion-segun-el-cis-1276507794/>).

<sup>2</sup>Estudio sobre las necesidades de los juzgados y tribunales en casos de especial complejidad, de 25 de Abril de 2013 ([http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/En\\_Portada/Estudio\\_sobre\\_las\\_necesidades\\_de\\_los\\_juzgados\\_y\\_tribunales\\_en\\_casos\\_de\\_especial\\_complejidad](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Estudio_sobre_las_necesidades_de_los_juzgados_y_tribunales_en_casos_de_especial_complejidad)).

<sup>3</sup> Entre los que nos encontramos con la siguiente diversidad de delitos: *receptación y blanqueo de capitales, delitos contra el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, falsedades documentales, prevaricación de funcionarios públicos, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios y delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.*

<sup>4</sup> Unos 64 nuevos jueces, 18 nuevos secretarios judiciales y unos 150 funcionarios

<sup>5</sup> <http://cita.es/cohecho/> (última consulta: 3 de Marzo de 2014)

<sup>6</sup> El GRECO fue creado en 1999 con el fin de mejorar la capacidad de los Estados miembros en la lucha contra la corrupción a nivel nacional e internacional

<sup>7</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La reforma de 2010 (atendiendo al apartado XXVI de la exposición de motivos de la LO 5/2010) tendió a adecuar su nueva regulación de cara a los compromisos internacionales; elevando las penas, extendiendo el concepto de funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea, al igual que dando una mayor simpleza y adecuación a su redacción. En estos momentos muchos de los asuntos que se tramitan en los juzgados deben atender a la normativa derogada<sup>8</sup> a causa del principio de irretroactividad.

El presente trabajo consiste concretamente en un análisis del cohecho pasivo impropio y sus posibles variaciones. El motivo de su elección es por el hecho de que si el delito de cohecho es de difícil persecución, el tipo impropio se presenta como el de aún más complicada tipificación por la licitud aparente con la que se presenta.

### 1.2-Objetivo marcado

Mi intención es hacer un análisis lo más riguroso posible sobre cómo vamos a tratar el cohecho pasivo impropio e intentar ver si efectivamente con la nueva normativa no hay lagunas legales y se abarcan la mayoría de situaciones que se nos puedan presentar.

### 1.3-Metodología de estudio

La interpretación de los elementos clave (como por ejemplo, definición de bien jurídico protegido, empleado público, objeto...) del correspondiente delito de cohecho se ha ido desarrollando por medio de las resoluciones judiciales que se han ido emitiendo a lo largo de los años. El Tribunal Supremo, a causa de los relativamente escasos años que han pasado desde la reforma, aún no ha llegado a conocer efectivamente de un caso de cohecho en que se deba atender a la normativa actual, sin embargo he hecho uso de su anterior jurisprudencia que se ha podido adaptar al tema trabajado.

Su desarrollo pasará por hacer un breve análisis sobre el cohecho "en general" y posteriormente ir abarcando las diversas cuestiones propias de la modalidad en estudio.

## 2-IDEAS GENERALES:

### 2.1-Evolución de la legislación

Siguiendo el análisis de la STS 719/2009 de 30 de Junio, se dice que para la calificación de los delitos de cohecho tanto el CP 95 como el CP 73 distinguían cuatro clases, que se clasificaban en función de:

---

<sup>8</sup> STS 166/2014 de 28 febrero: "Se habla siempre de los tipos vigentes en el momento de comisión de los hechos y no de su disciplina actual".

- El acto a ejecutar fuera constitutivo de delito.
- Se pretendía ejecutar un acto injusto<sup>9</sup> no constitutivo de delito.
- Se tuviera por objeto que el funcionario se abstuviera de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo.
- Para la realización de un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado.
- Se quisiera realizar un acto no prohibido legalmente o se admitiera dádiva o regalo en consideración a su función.

La manifiesta complejidad de la clasificación dados sus ambiguos conceptos dio lugar a numerosas críticas, entre las que figuran la del GRECO o en el informe del anteproyecto de modificación del Código Penal (LO 5/2010) del Consejo General del Poder Judicial. A grandes rasgos era perceptiva una nueva reorganización y simplificación de la normativa para dotarla de un sistema más coherente y adecuarla a los compromisos internacionales mencionados.

Actualmente la calificación se realiza tomando como referencia si el acto u omisión<sup>10</sup> es contrario o no a los deberes del cargo y no atendiendo a significados difusos como “acto no prohibido legalmente” o “acto injusto”. Siguiendo esta idea, la reforma de 2010 nos sistematiza las siguientes modalidades:

- Se pretende realizar un acto contrario a los deberes inherentes del funcionario o que no realizase o retrasara injustificadamente el que tuviera que practicar (art. 419 CP).
- Para realizar una acto propio del cargo (art. 420 CP).
- Que la solicitud o recepción del beneficio se den como recompensa por alguna conducta de las dos anteriores (art 421 CP).
- Que el funcionario acepte un beneficio en consideración a su cargo o función (art. 422 CP).

Por otro lado, la normativa actual extendió los posibles sujetos pasivos, lo cual se verá en el apartado 4.

## 2.2-Concepto

El delito de cohecho forma parte de los denominados “delitos de corrupción”, Capítulo V del Título XIX del Código Penal, y cuya tipificación pretende evitar que los funcionarios o autoridades públicos actúen por un móvil lucrativo y de favoritismo por el hecho de obtener un beneficio (económico o de otra naturaleza) que les conduzca a no obrar con la debida objetividad e imparcialidad que les es inherente<sup>11</sup>. Se pretende proteger la imagen del Estado de Derecho en el sentido de mantener la confianza de

---

<sup>9</sup>STS 1096/2006 de 16 de Noviembre: “Por acto injusto debe entenderse todo aquel que es contrario a lo que es debido”

<sup>10</sup> Tampoco hay una distinción concreta entre estas dos formas de comisión a diferencia de la normativa derogada.

<sup>11</sup> Se tutela el principio de imparcialidad entendido como la ausencia de interferencias en la adopción de decisiones de la Administración pública que debe servir con objetividad y al interés general.

funcionarios que ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley (STS 361/1998 de 16 de Marzo).

### 2.3-Tipos de cohecho

#### *2.3.1-Cohecho pasivo y activo*

Nos podemos encontrar con dos modalidades de cohecho, pasivo y activo (STS 2976/1992 de 3 de Diciembre).

El cohecho pasivo (art. 419 a 423 CP) es aquel ejecutado por el propio funcionario o autoridad al recibir, solicitar o aceptar (por sí o por persona interpuesta) una dádiva, favor o retribución (en beneficio propio o de un tercero) a cambio de la realización u omisión de un acto propio o en ejercicio de su cargo.

Por otra parte, el cohecho activo (art. 424 y 425 CP) consiste en que la acción ilícita es ejecutada por un particular al ofrecer o entregar dádiva o retribución o acepte el ofrecimiento del funcionario para que este realice u omita un acto.

#### *2.3.2-Cohecho propio e impropio*

Se califica como propio para cuando la realización de la acción u omisión por parte del funcionario público constituyan una conducta contraria a los deberes de su cargo.

A diferencia del cohecho propio, el impropio consistirá cuando la autoridad o funcionario se vende en contraprestación a cometer un acto propio del cargo aparentemente conforme. Se trata de actuar lícitamente pero como se realiza a cambio de una dádiva, favor o retribución se crea la manifiesta ilicitud.

### 2.4-Requisitos básicos cohecho pasivo impropio

Hay pues dos maneras conocidas de cohecho; pasivo cuando su comisión corre a cargo del funcionario, y activo en el que entra en juego la acción ilícita del particular. Por la naturaleza específica de las infracciones estudiadas, se ofrecen distintas características. La STS 2976/1992 de 3 de Diciembre exige para el supuesto en estudio (y de forma muy simplificada):

- Que el sujeto activo sea funcionario público,
- Que, cual dolo característico, solicite o reciba, directa o indirectamente, la dádiva o el presente, como premio, regalo, ventaja o beneficio, y.
- Que finalísimamente se pretenda la realización de un acto conforme al ejercicio profesional del agente.

### 3-BIEN JURIDICO PROTEGIDO:

Con la punición del cohecho se intenta buscar, al fin, la erradicación de este tipo de corrupción histórico. La dificultad para desarrollar una solución eficaz a este tema, es tan grande porque se nos presentan conductas diversas con un denominador común difícil de encontrar, que a grandes rasgos consiste en la defensa de la integridad y la honestidad profesional del funcionario (STS 2976/1992 de 3 de Diciembre).

Ahora bien, para entender correctamente el bien jurídico protegido por el cohecho hemos de atenernos al principio de imparcialidad (art 103.3 CE<sup>12</sup>) que contempla la regla de comportamiento de la Administración. En este sentido se puede hablar de tal principio como el deber que tiene la Administración de obrar con objetividad (con independencia de las presiones de grupos, fuerzas políticas y los propios interesados) y en atención al interés público (art 103.1 CE<sup>13</sup>); garantizándose de esta forma el buen funcionamiento de la Administración al evitar que su actuación no derive en arbitrariedad y desigualdades hacia sus administrados.

Desde el punto de vista del cohecho pasivo impropio, este principio<sup>14</sup> es vulnerado cada vez que la actuación de los órganos de la Administración Pública es influida por dinero u otro tipo de ventaja por parte de un particular (o que el mismo solicitase) que le alejan de dicho interés general. La consecuencia de esta idea es que el injusto del delito no consiste meramente en la realización de un acto en favor (y con compensación) hacia alguien sino en que dicho acto sea en ejercicio del cargo dotándolo de una aparente validez (STS 186/2012 de 14 de Marzo), y consecuentemente opuesto al interés general. Por ello, los comportamientos objetivos del tipo de “solicitar”, “recibir” y “aceptar” son manifestaciones indudables de este fenómeno, mostrándose la indebida injerencia en la imparcial actuación de los poderes públicos.

La propia sala 2ª del Tribunal Supremo ha afirmado la tesis expuesta en su jurisprudencia<sup>15</sup>; en donde expone que el bien jurídico es la probidad del funcionario público con la que se permite asegurar la protección de la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública con el consiguiente prestigio de esta (STS 842/2006 de 31 de Julio). Por otro lado también se ha llegado a configurar el bien jurídico protegido desde dos perspectivas: el pasivo, precisamente el mencionado deber de probidad y la confianza sobre el funcionario; y el activo, consistente en el

---

<sup>12</sup> Art. 103.3 CE: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>13</sup> Art. 103.1 CE: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

<sup>14</sup> Entendida como la obligación de los poderes públicos a actuar con total neutralidad e independencia a pesar de los intentos de interferir de un individuo o grupo de individuos que intentan favorecer sus intereses personales.

<sup>15</sup> STS 2025/2001 de 29 de Octubre, 1319/2002 de 11 de Julio o 1076/2006 de 27 octubre.

respeto que se debe procesar a la función pública (STS 323/2013 de 23 de Abril o 842/2006 de 31 de Julio).

En definitiva se intenta evitar que los funcionarios públicos cometan los llamados actos de “corrupción”; la realización de actuaciones injustas (contrarias al ordenamiento jurídico en caso de cohecho propio o no en el cohecho impropio) o bien que no actúen cuando la Ley lo exija. Los delitos de cohecho son infracciones contra la gestión administrativa a causa de la pretensión de que un funcionario (tanto por parte de un tercero como él mismo) se aleje de la misión pública que le es encomendada.

#### 4-SUJETO ACTIVO COHECHO PASIVO:

El delito de cohecho pasivo es especial por cuanto únicamente será actor el funcionario público o autoridad; aunque el artículo 423 CP extiende la conducta a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública<sup>16</sup>.

##### 4.1-Concepto de funcionario

La jurisprudencia<sup>17</sup> se ha referido para conceptualizar la cualidad de funcionario público a efectos penales al artículo 24.2 CP<sup>18</sup>. Este concepto es diferente del que se caracteriza en el ámbito administrativo, en donde los funcionarios son personas que se incorporan a la Administración en virtud de una relación de servicios profesionales y retribuidos, cuya regulación pertenece al derecho administrativo<sup>19</sup>. Sin embargo, su conceptualización es mucho más amplia dado que sus elementos son exclusivamente en relación al origen de su nombramiento (por medio de una de las vías enumeradas en el artículo 24.2 CP), siendo por lo demás imprescindible su participación en funciones públicas independientemente de su incorporación formal o la temporalidad y permanencia del cargo (STS 1292/2000 de 10 de Julio), de la clase o tipo de función pública ni los requisitos de elección para el ingreso<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> El anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del código penal, extenderá a: mediadores y administradores concursales. Parece responder a la recomendación del tercer Informe del Greco del párrafo 94.

<sup>17</sup> STS 186/2012 de 14 de Marzo, 1030/2007 de 4 de Diciembre y 1125/2011 de 2 de Noviembre.

<sup>18</sup> Art. 24.2 CP: “Se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. Atendemos a dicho precepto en atención al artículo 1.c del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, que dice: “«funcionario nacional»: el «funcionario» o el «empleado público» tal como se defina ese concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro”.

<sup>19</sup> STS 1590/2003 de 22 Abril: *Independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo.*

<sup>20</sup> Tanto en las del Estado, entidades locales o comunidades autónomas e incluso en los de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento.



Siguiendo los pasos de la STS 1608/2005 de 12 de Noviembre, el factor esencial en la cualificación de funcionario es la participación en la función pública, siendo por tanto considerado como tal tanto el funcionario de carrera como el interno o contratado temporalmente; lo relevante es el servicio a los entes públicos.

#### 4.2-Concepto de función pública

Como vemos el concepto de función pública va relacionado con la condición de funcionario o autoridad puesto que será este quien ejerciendo tal actividad se pueda considerarlo como un potencial sujeto activo del delito de cohecho.

Para su identificación la doctrina ha utilizado varios criterios. Genéricamente podemos decir que consiste en las diversas actividades de la administración que se encuentran sometidas a Derecho público orientadas al interés general (STS 1125/2011 de 2 noviembre).

Teniendo como referencia la jurisprudencia establecida por la STS 876/2006 de 6 de Noviembre, se exige la existencia de un órgano pública que realiza actos encaminados a conseguir fines públicos, no privados, se busca el bien común<sup>21</sup>. La idea fundamental para la correcta calificación del carácter público es precisamente esa finalidad de dirigirse a la satisfacción del interés general<sup>22</sup>. En relación a ello son funcionarios públicos aquellos quienes realicen las actividades propias de estos órganos públicos.

#### 4.3-Funcionario de la UE o de un Estado miembro

Como se adelantaba en la introducción, en el preámbulo de la LO 5/2010 se dice que la nueva redacción ha venido a adecuarse, entre otros intereses, a los compromisos internacionales asumidos en el Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de Enero de 1999<sup>23</sup> y el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>24</sup>. Con estas disposiciones se pretendía ampliar el ámbito de aplicación del delito de cohecho, extendiéndolo no solo a los funcionarios nacionales sino también a los europeos y los de nacionalidad de otro Estado Miembro.

---

<sup>21</sup> "las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc."

<sup>22</sup> "enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc."

<sup>23</sup> Hecho en Estrasburgo; publicado en BOE núm. 182 de 28 de Julio de 2010.

<sup>24</sup> Hecho en Bruselas; publicado en BOE núm. 74 de 28 de marzo de 2006.

Precisamente es por medio del artículo 427.1 CP<sup>25</sup> donde se amplía el concepto de sujeto pasivo, en donde se introducen los funcionarios de la UE y nacionales de otros Estados Miembros por primera vez en el delito de cohecho. El precepto reproduce lo que se recoge en el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea en su artículo 1.b y 1.c (el apartado “a” únicamente establece dicha ampliación<sup>26</sup>). De ambos preceptos podemos establecer la siguiente definición de funcionario europeo: toda persona que sea funcionario o agente contractual con lo arreglo al Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o al Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, al igual que aquellos que sean destinados a prestar servicios (si ejercen funciones equivalentes a los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas) en las Comunidades Europeas por los Estados Miembro u organismo público o privado (tanto los órganos propios de la UE como los “*organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*”. La única diferenciación del artículo 427.1 CP con la establecida en el Convenio consiste en que este último (en su artículo 1.c) utiliza para extender la condición de “funcionario nacional de otro Estado Miembro”; atender a la legislación del Estado del funcionario corrupto o el de normativa nacional (ver apartado 4.1) si fuera compatible con su derecho nacional<sup>27</sup>, mientras que el 427.1 CP tan solo utiliza el primer criterio.

Ante este “actual” concepto de funcionario público, surge una nueva definición en el Proyecto de reforma del Código Penal (2014) que modifica el vigente artículo 427 CP, tal y como se dice en su exposición de motivos número XX.

En mi opinión esta nueva reforma<sup>28</sup> pretende incrementar la eficacia del delito de cohecho como un instrumento más de la lucha contra la corrupción al mejorar

---

<sup>25</sup> Art. 427.1 CP: 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.

<sup>26</sup> “funcionario»: todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro”.

<sup>27</sup> “Cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro”

<sup>28</sup> Punto Ducentésimo tercero del proyecto de reforma del Código penal (2014) que modifica el art. 427 CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

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

sustancialmente la definición de funcionario extranjero. Su redacción dice que *“lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: (...)”*; como vemos no se habla propiamente sobre el concepto de funcionario europeo ni tampoco nos tenemos que remitir para establecer si realmente goza de tal condición a su legislación nacional, lo cual creo ciertamente que el hecho de obligar al juez Español a conocer la normativa extranjera es un hándicap a la hora de la persecución. Es más, el precepto no se limite solamente a los funcionarios de la Unión Europea, sino a aquellos de *“de cualquier otro país extranjero”*. También el que se cite a *“cualquier persona”* hace denotar la menor exigencia de requisitos que deben darse como sujeto pasivo, no se habla de la conformidad con Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea como en el vigente precepto.

Solo es necesario que: *“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”*; *“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”*; o que sea *“funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”*. Este potencial futuro criterio parece equiparable al ejercicio de la *“función pública”* en el ámbito nacional, con la única diferenciación que se da en la esfera de organizaciones internacionales, tanto comunitarias como extracomunitarias.

El hecho de que esta reforma no solo facilitara la persecución dentro de la Unión Europea, por la menor exigibilidad de requisitos, sino que también se extienda a demás funcionarios de países extranjeros, hacen de ella una mejor norma que la vigente para la persecución de delitos de cohecho.

#### 4.4-Por persona interpuesta

Cuestión distinta es que la conducta fuera cometida *“por persona interpuesta”*. Este sujeto es quien actuando con pleno conocimiento y voluntad de cooperación en la acción delictiva se le considera como partícipe del delito de cohecho (STS 20/2001 de 28 de Marzo y 1826/1994 de 18 de Octubre). Al no reunir este sujeto la condición propia de sujeto pasivo, se atenderá a su participación conforme al principio de accesoriedad del delito cometido por el verdadero sujeto pasivo, pero mitigado por la aplicación del artículo 65.3 CP<sup>29</sup>.

Como bien señala la STS 1493/1999 de 21 de Diciembre, alguna aportación indispensable de conformidad con la dinámica de ejecución del hecho delictivo constituye para tal autor la consideración de cooperador necesario pero no como partícipe.

---

<sup>29</sup>Art. 65.3 CP: *“Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.”*.

5-OBJETO (dádiva, favor o retribución de cualquier clase):

Lo que promueve que el funcionario se desvíe del interés público es la obtención de *“dádivas, favores, o retribuciones de cualquier tipo”* al igual que sus *“ofrecimientos y promesas”*. La única diferencia que hay entre unos y otros es que los primeros se entregan en el acto mientras que el ofrecer o prometer supone la obtención del mismo tipo de objeto solo que en un lapso temporal posterior.

En cuanto a la conceptualización que debemos darle no es la misma que en la redacción anterior a la LO 5/2010, en el antiguo artículo 425 CP se cita *“dádiva o presente (...) ofrecimiento o promesa”*. En la normativa derogada (tanto la de 1995 como la de 1973) tan solo se entendía como dádiva o presente (o *“regalo”*) objeto material de valor económico<sup>30</sup>. Esta conceptualización ya no es la misma, la inclusión en la redacción actual del término *“favor”* hace ver que podemos estar hablando no solo de prestaciones económicas sino de servicios de cualquier tipo que den un beneficio personal al funcionario. Ello viene fundamentado también porque la pena de multa se fijaba en función del valor de la dádiva (*“multa del tanto al triplo del valor de la dádiva”*), mientras que en el precepto actual este modo de imponer la pena ya no se utiliza. También podemos hablar como objeto delictivo a la participación en unas ganancias<sup>31</sup>, un mejor puesto de trabajo, concesión de un préstamo gratuito (STS 2456/1993 de 6 de Noviembre)... cualquier beneficio que hiciera al funcionario poder desviarse del interés público (*“de cualquier tipo”*).

A pesar de lo expuesto aún cabe ampliar más la conceptualización. Debemos hablar de una dádiva, favor o retribución de cuantía significativa que pueda interferir en la imparcialidad del funcionario en uso de a su función pública atribuida y que permita descartar la idea de afecto, inclinación o apego (STS 323/2013 de 23 de Abril). Una parte de la doctrina ha considerado que cualquier objeto de valor económico por ínfimo que sea debería ser considerado como objeto del delito a no ser que se pueda descartar esa relación de afección (la única excepción). Sin embargo la mayoría de los autores se han inclinado por la tesis expuesta en cuanto a que la cuantía moderada del regalo y los usos sociales permitan también considerarlo como una expresión amistosa o de gratitud.

El artículo 54.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>32</sup> precisamente plasma esta idea de la jurisprudencia estableciendo que todo objeto que *“vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía”* entrará en la esfera del Código Penal. La vaguedad e indeterminación del concepto de

---

<sup>30</sup> El informe 3º del GRECO también lo entiende así en su párrafo 92: (...) *elimina cualquier referencia a una valoración puramente económica del soborno. El EEG aplaude este enfoque (...)*

<sup>31</sup> Ejemplos de ello son: STS 77/2007 de 7 de Febrero o 504/2003 de 2 de Abril.

<sup>32</sup> Dice lo siguiente: *“Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”*.

“adecuación social” nos obliga a tener que establecer una serie de criterios que nos permitan establecer si realmente se comete un delito de cohecho. Puede parecer óptimo que el establecimiento de límites cuantitativos pudiera facilitar la labor, pero realmente es todo lo contrario. En primer lugar la determinación del valor de ciertos objetos puede ser ambiguo (como un boleto de lotería), también el contexto social en que nos encontremos puede ser diferente (nos es lo mismo un regalo en navidad que no en Julio) y finalmente los objetos no evaluables económicamente no tendría cabida en este contexto (como son los de contenido sexual).

Precisamente la STS 362/2008 de 13 junio determina que la existencia de ciertos actos sociales (actos de cortesía) obliga a tener que determinar en cada supuesto cuando la entrega de un obsequio puede conllevar acto típico o bien ser precisamente un acto de adecuación social.

Cabe mencionar también que, en atenciones al artículo 431 CP, las dádivas o retribuciones que fueron efectivamente entregadas y recibidas, pero en ningún momento los que hayan sido aceptados por los ofrecimientos o promesas, caerán en decomiso.

## 6-CONDUCTA TIPICA:

### 6.1-Solicitar, recibir, aceptar

Cuando hablamos de solicitar o recibir lo estamos haciendo en relación a una dádiva, favor o retribución, mientras que aceptar consiste en hacerlo sobre un ofrecimiento o promesa.

En cuanto al concepto de solicitar, en este contexto, embarca aquellas conductas de la autoridad o funcionario en las que manifiesta su disponibilidad de cometer un acto que favorezca a alguien a cambio de recibir una dádiva o retribución. A diferencia de las otras dos conductas, esta no requiere del acuerdo de dos partes pero sí que es necesaria la declaración de voluntad del funcionario de forma que sea manifiesta y dirigida a la parte de la que pretende obtener un beneficio.

Con recibir se supone la existencia de un acuerdo con el funcionario o autoridad quien admite el objeto ofrecido por un tercero incorporándolo a su patrimonio o utilizarlo en su beneficio, según sea lo obtenido. Como vemos, en este caso es necesaria la entrega por parte de otra persona para que efectivamente pueda recibirse.

Por otro lado la aceptación requiere una previa oferta propuesta de otro sujeto; es decir, acceder o aprobar (expresa o tácitamente) una entrega futura que recibirá el funcionario en un futuro. Al igual que en el recibimiento, se da una puesta en común de voluntades al requerir el ofrecimiento de otro.

Este delito es un tipo *mixto alternativo*, ello consiste en que de llevarse a cabo dos de las conductas desarrolladas tan solo se impondría a ese sujeto pasivo la comisión de un solo delito. Así por ejemplo, la autoridad o funcionario que aceptase la entrega de un coche, el cual es recibido e incorporado a su patrimonio a los 3 meses, tan solo cometería un delito de cohecho.

## 6.2-Consumación

La consumación de este delito se produce desde que la conducta tipificada es cometida por el sujeto pasivo; es decir, en el momento en que la funcionario solicite una contraprestación o esta sea recibida, o bien cuando acepte el ofrecimiento o promesa (STS 1096/2006 de 16 de Noviembre).

El Tribunal Supremo<sup>33</sup> determina que estamos ante un delito de mera actividad puesto que la simple realización de cualquiera de los actos implica la consumación, sin que en ningún momento sea necesario que se produzca un resultado material externo; es decir, sin que se cometa el acto ofrecido o solicitado como contraprestación, por lo que no podemos hablar de tentativa<sup>34</sup>. Es cierto que puede defenderse la comisión de tentativa en los supuestos en que se efectuó la aceptación o solicitud mediante una carta, por ejemplo, y que está en vez de llegar al destinatario requerido acabase en manos de un tercero que denunciase el hecho. En mi opinión, encuentro que la jurisprudencia es clara al determinar la comisión con la mera actividad, además estamos hablando de actos unilaterales (ver apartado 6.1) por lo que el ponerse en conocimiento o no a la otra parte no me parece un hecho determinante. Cuestión distinta nos encontramos con las modalidades de cohecho de los artículos 421 y 422 CP, los cuales son tratados en sus respectivos apartados.

Ante todo conviene matizar la consumación de cara a la conducta de recibir. Como he comentado, el verbo en este contexto implica la incorporación a su patrimonio o producción de un beneficio a la autoridad o funcionario. En relación a esta definición el Tribunal Supremo en su sentencia 1300/1993 de 5 junio, desestimó la consumación de un delito de cohecho puesto que el objeto recibido (un billete de lotería) había sido devuelto sin que le hubiera producido ningún efecto beneficioso. En este sentido se entiende que habrá que atender a una mínima consideración valorativa o bien que no pueda tener o haya producido consecuencias beneficiosas en ese momento.

A modo individualizado, creo también recomendable remarcar que se debe considerar por aceptar. Se puede llegar a entender que cuando hablamos de aceptar también implica la recepción, fijémonos sino en uno de los significados que nos da la RAE de este verbo<sup>35</sup> : *“Recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o*

---

<sup>33</sup> STS 776/2001 de 8 de Mayo o 1114/2002 de 12 de Junio.

<sup>34</sup> STS 2976/1992 de 3 de Diciembre: *“se lleve o no a cabo el mismo”*.

<sup>35</sup> Diccionario de la Real Academia Española (RAE); <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=cQQZtm2TsDXX28XGYyet>.

*encarga*". De ser así nos encontraríamos con una conducta tipificada inútilmente, puesto que como he dicho no hay tentativa y consiste en un *tipo mixto alternativo*. El TS al respecto determina que la mera aceptación no es sinónimo de recibir y que el aceptar la oferta o promesa consuma la comisión del delito, sin que sea necesaria una entrega y recibimiento efectivo (STS 168/1994 de 11 de Mayo).

### 6.3-Relación de causalidad

Para que la tipificación de la conducta sea completa no basta la mera solicitud, recibimiento o aceptación, sino que es preciso la existencia de una conexión causal entre la conducta y la actuación que se pretende que vaya o haya desempeñado el funcionario.

Cuestión más difícil de ver es que la conducta se realice "*en consideración a su cargo o función*" (art. 422 CP) puesto que aparentemente no parece que se trate de realizar la conducta típica en contraprestación a un acto, este es el llamado cohecho de facilitación.

La sentencia del llamado "Caso Gurtel" (STS 323/2013 de 23 de Abril) expone de manera clara como debemos atender a "*en consideración a su cargo o función*". La idea genérica es la necesidad de que la entrega de dádiva o regalo se realice como causa de la simple condición de función pública que realiza la autoridad o funcionario. En este sentido no se exige que el funcionario o autoridad ejecute un acto propio de su cargo en concreto sino precisamente que goce de una determinada condición y consideración (ver apartado 7.3), en el sentido de que no se hubieran dirigido a él de no desempeñar tales funciones u ostentar dicha posición<sup>36</sup>. El objetivo que se pretende es el "*engrasamiento*" de la relación con la administración por medio del agradecimiento o complacencia del funcionario o autoridad que ha recibido el objeto del delito; es decir, para poder contar con la gratitud y su favor en el ejercicio futuro de su profesión (STS 478/2010 de 17 de Mayo).

Para entender mejor este punto, entraré a hacer una breve mención de los hechos de del "Caso Gurtel", de cuya jurisprudencia me he hecho valer en este punto. El empresario Francisco Correa (junto a otros colaboradores) sobornaba a importantes cargos del Partido Popular por medio de regalos, dinero y demás beneficios a cambio de conseguir la adjudicación de contratos de servicio a dedo de obras o suelo. Si bien es cierto que la intención era que se realizaran actuaciones administrativas, no estaban concretadas a la hora de realizar el soborno por lo que desde un principio se tenía como intención el "contentar" para que se pudiera emitir en su favor una generalidad indeterminada de actos<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> STS 478/2010 de 17 de Mayo ("Caso Trajes"): "*En efecto, nuestra Jurisprudencia, ha exigido como elemento del cohecho pasivo impropio una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto*"

<sup>37</sup> [http://elpais.com/elpais/2010/04/06/actualidad/1270541819\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/04/06/actualidad/1270541819_850215.html)

Además de la conexión entre la entrega del objeto del delito y el oficio público del funcionario, la STS 362/2008 de 13 de Junio exige que se haya dado la aceptación de las dádivas y/o regalos. Los hechos de esta sentencia, para más entender, consisten en que dos guardias civiles no tenían por qué abonar las consumiciones ni los servicios sexuales a causa de su condición de agentes de la autoridad.

Un problema que nos podemos encontrar es acerca de si el regalo o dádiva es en atención a la función o bien en atención a relaciones familiares (art. 425 CP<sup>38</sup>) o de amistad, puesto que la punición no sería la misma. Parece lógico, tanto para determinar tal distinción como para saber si estamos ante un cohecho de facilitación, atender a si la dádiva o regalo es de una menor entidad, en adecuación a su insignificancia y adecuación social. Si el valor de la dádiva es de un valor que no pueda llegar a influir en el ejercicio de la función pública, constituiría verdaderamente una entrega de cortesía y de gratitud (ver apartado 5).

#### 6.4-Conducta bilateral o unilateral

La realización del delito requiere en sí mismo la presencia de más de un sujeto dada por las propias posibles acciones comisivas del mismo (recibir, solicitar o aceptar). Sin embargo la acción puede derivar bien de un acuerdo bilateral (aceptación del funcionario del ofrecimiento o promesa o el recibir de otro dádiva, retribución) o unilateral (solicitud por parte del funcionario sin que sea necesaria la aceptación por parte del particular).

Si bien la doctrina jurisprudencial tradicional entendía el carácter del delito de cohecho como bilateral<sup>39</sup>, por considerar necesario ese acuerdo de voluntades (entre sobornador y sobornado), con el paso de los años no se considera necesario ese pacto para su apreciación<sup>40</sup>.

El cohecho es un delito que se entiende como unilateral puesto que la presencia de dos personas (funcionario y particular) en la realización de un acto corrupto daría lugar a la tipificación de un delito de cohecho activo y otro de cohecho pasivo. Tanto es suficiente el que el particular ofrezca o acepte de la solicitud de un funcionario como que el funcionario reciba, acepte o solicite de cara al particular. Por ello se puede afirmar que la existencia de un pacto (*pactum sceleris*) no es necesaria para la tipificación del delito, cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita (STS 1096/2006 de 16 noviembre).

---

<sup>38</sup> Art 435 CP: "Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año"

<sup>39</sup> Como por ejemplo: STS 2976/1992 de 3 de Diciembre.

<sup>40</sup> Como por ejemplo: STS 776/2001 de 8 de Mayo.



## 7-CAUSA O MOTIVO:

### 7.1-Acto propio de su cargo (420 CP)

La mayor distinción con el cohecho propio (art. 419 CP), lo que explica su menor gravedad, es el motivo de querer la ejecución de un acto que se encuentre dentro de las competencias genéricas del funcionario o autoridad tanto si son de naturaleza reglada como discrecional conforme a Derecho ("*acto propio de su cargo*"), que no sea contrario a los deberes inherentes del mismo.

Es necesario que el acto pertenezca o tenga la facultad exclusiva de realizarlo el funcionario o autoridad al servicio del organismo u oficina que tenga competencia para desempeñarlo (STS 168/1994 de 2 de Febrero o 335/1995 de 10 marzo) y su realización tenga como fin la obtención de la dádiva, favor o retribución.

Después de la reforma de 2010 ya no se hace mención al "*acto no prohibido legalmente*" sin embargo cabe atenderse a una breve conceptualización sobre su distinción con "*acto propio de su cargo*" que entonces también se tenía. En atención a la STS 186/2012 de 14 de Marzo podemos decir que se consideraban como actos no prohibidos legalmente aquellos actos lícitos que no eran propios de la esfera de competencias perteneciente al funcionario, pero que sin embargo estaban relacionados con su trabajo o bien eran de competencia genérica (también llamados actos reglados)<sup>41</sup>; mientras que como acto propio de su cargo se entendían todos aquellos comprendidos dentro de las competencias y sus funciones. La diferenciación de estos conceptos ha sido objeto de mucha discusión por parte de la doctrina y es que, en opinión compartida con la STS mencionada, el legislador en ese momento utilizó dos expresiones para referirse a una misma clase de actos puesto que en ambos casos se hace alusión a un acto aparentemente lícito cometido por el sujeto pasivo haciendo uso de sus competencias, aunque éstas no fueran directamente atribuibles a él pero si guarden relación o conexión con las actividades públicas que desempeña. Con la nueva reforma la distinción ya no se hace necesaria, habiéndose simplificado notoriamente el concepto y abarcando ambas modalidades en uno ("*acto propio de su cargo*").

### 7.2-Como recompensa por la conducta (421 CP)

Únicamente se difiere el artículo 421CP del 420 CP (al igual que lo hace del artículo 419 CP del cual no voy a entrar a analizar) en el momento temporal en que se realiza el acto propio del cargo, hay una desvinculación entre la conducta y el acto ya ejecutado. Se está haciendo alusión al llamado cohecho subsiguiente.

Este supuesto goza de una serie de particularidades en cuanto a su persecución. Es un supuesto de difícil justificación en cuanto a la objetividad e imparcialidad de la administración no son en sí directamente afectados por la conducta, puesto que la actuación de la autoridad o funcionario no parece que tenga

---

<sup>41</sup> Por ejemplo la agilización o tramitación de un papel en otra dependencia del Ministerio donde trabaja el funcionario.

que venir motivada por dádiva o promesa. A pesar de lo expuesto, sí que entiendo que la autoridad o funcionario daña el bien jurídico por el simple hecho de alejarse de los intereses públicos en favor de los suyos propios en causa de una potencial recompensa.

Por otro lado se ha entendido que dentro de estos supuestos en realidad siembre subyace un acuerdo anterior entre las partes (STS 684/2013 de 3 septiembre, "Caso Troya"<sup>42</sup>). En atención a la STS 166/2014 de 28 de Febrero se discutía la aplicación del cohecho subsiguiente (en el anterior art. 425.2 CP95) o si la acción delictiva constituía un cohecho pasivo propio (en el anterior art. 419 CP95). La diferenciación extraída de la sentencia, que bien podemos extrapolar con la redacción actual, consiste en que de descubrirse o probarse precisamente ese acuerdo previo esto se entendería como la ejecución de una solicitud o aceptación y por tanto constitutivo de alguna de las otras modalidades de cohecho. Podemos afirmar por tanto que para la tipificación de esta modalidad se *"requiere que la recompensa o dádiva no haya sido solicitada, aceptada o pactada antes de la realización del acto"*; aunque en términos prácticos será cuando este previo pacto a la realización del acto no se pueda demostrar.

Conviene hacer mención en que la nueva regulación dada por la LO 5/2010 restringió las conductas punibles. En efecto, en el derogado artículo 425 CP se castigaban la solicitud, entrega de dádiva o regalo y la aceptación de promesa u ofrecimiento. En el vigente precepto figura la conducta de "recibir" y "solicitar" sin hacer mención a la "aceptación". En mi opinión, esta omisión de la "aceptación de promesa u ofrecimiento" no hace más que justificar la idea desarrollada puesto que tal conducta implica en sí misma un pacto; que de realizarse antes de realizar el acto propio del cargo sería un "acto previo" como el ya descrito, o de realizarse posteriormente sencillamente acabaría por consumarse con la "recepción" por lo que su exclusión parece lógica.

Finalmente, a mi entender este precepto intenta abarcar todas aquellas posibles modalidades en las que se pueda manifestar este tipo de corrupción por el simple hecho de imputarse con la acreditación de que el funcionario disponga alguna dádiva o favor en su beneficio.

### 7.3-En consideración a su cargo o función (422 CP)

A diferencia de lo ya hablado en el apartado 6.3, aquí voy a aclarar que debemos entender concretamente por "en consideración a cargo o función".

En este supuesto especial, puesto que no podemos hablar propiamente de impropio o de propio, se requiere un ofrecimiento a la autoridad o funcionario que sea a causa de la condición que ostenta y que este acepte.

---

<sup>42</sup> El Tribunal Supremo ratifica la sentencia recurrida donde subyace realmente esta afirmación: f.1 de la SAP de Málaga 1/2012 ("Caso Troya") de 18 de Enero.

La misma STS mencionada sobre el “Caso Gurtel”, junto a más jurisprudencia<sup>43</sup>, considera que debe entenderse como la especial posición y poder que el cargo público le confiere, que según el caso concreto variará.

A modo de ejemplo, la STS 123/2014 de 20 de Febrero relata los hechos de un jefe de policía con la función de control de legalidad de las actividades desarrolladas y las condiciones de las mujeres empleadas sobre unos locales de alterne. Siendo esta posición conocida por los dueños, el policía realizó acciones en dichos locales que no habrían sido consentidas por un cliente cualquiera. El sujeto podría desplazarse con total libertad siendo consciente del régimen de permisividad que le ofrecían, al igual que la posición privilegiada que le confería su estatuto puesto que la gran masa de inmigrantes en situaciones de irregularidad presentes en el local toleraban y favorecían esta situación por miedo a tener problemas por tal condición de policía.

## 8-TOMA DE POSTURA

Después del estudio realizado sobre esta modalidad de cohecho me parece indudable que los cambios normativos que se han ido dando han encauzado la tipificación por buen camino. Sin embargo, no creo que su regulación sea la idílica.

Encuentro que las penas relacionadas con los delitos de cohecho son demasiado bajas tanto por el desprecio del acto cometido en si (el que un funcionario se desvié de sus funciones en favor de otro a cambio de algo) como por la importancia y presión social vigente hoy en día. Nos podemos encontrar con casos en que se imponga mayor pena a un individuo que haya robado 100€ en la calle que no al funcionario que haya conseguido 10.000€ al beneficiar a uno, en mi opinión conlleva más menoscabo este acto. El elevar las penas de prisión, al menos, daría a manifestar una mayor importancia de nuestro ordenamiento jurídico hacia esta figura delictiva.

Sin embargo, no está en su regulación el mayor problema de este delito. La dificultad de su tipificación va encaminada en que los interesados siempre ocultaran las pruebas y los hechos, por lo que es muy difícil establecer una vinculación entre la decisión del funcionario y el objeto que hubiera recibido. Dado que las pruebas siempre están en manos de los que intervienen, muy rara y difícilmente en manos de terceros, se me ocurre regular un sistema de desistimiento por el cual el “delator” pudiera verse rebajada la pena. De esta forma el miedo de que a uno le pudieran descubrir y/o de que el otro le pudiera delatar podría hacer que se recurriera a esta vía y mejorar la persecución del cohecho por la mayor información que se consiguiera.

Mi opinión está de parte de la postura más radical de prohibirse los regalos a los funcionarios. Al fin y al cabo la única forma de evitar dudas acerca de si la entrega o aceptación de un posible objeto delictivo es o no delito sería estableciendo que toda entrega o aceptación precisamente pueda ser tipificada. Aunque pienso que podría haber otras formas de agradecer la labor del funcionario. Imaginemos un sistema por

---

<sup>43</sup> STS 244/1994 de 3 febrero o 30/1994 de 21 de Enero.

el cual el ciudadano contento con el trabajo que ha desempeñado (algo que ya se ha realizado) pueda expresar su agradecimiento por medio de una “felicitación” al órgano de supervisión explicando el concepto por el que la hace, pudiendo esta felicitación corresponder a algún incentivo en la remuneración del funcionario. Nos encontraremos con que la administración puede controlar que este agradecimiento sea en concepto de un acto propio y en ejercicio del cargo y además el funcionario se vería incentivado a llevar una buena labor. A pesar de todo soy consciente de que el llevar a la práctica sistemas de esta magnitud puede ser poco práctico (el que hubiera un órgano para controlar estos actos por ejemplo) y podría originar otros problemas; por esto soy defensor de la prohibición total de los regalos. Como mínimo tipificaría como faltas los regalos de escasa cuantía, según la época y el uso social.

## 9-FUENTES DE INFORMACIÓN UTILIZADAS:

### Índice bibliográfico

#### *Monografías*

- Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial* (18ª edición), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Juan Cardona Torres, *Derecho Penal Parte Especial*, editorial Bosch, Barcelona, 2010.
- Julián Sánchez Melgar (ed.), *Código Penal Comentarios y jurisprudencia* (2ª edición), editorial Sepín, Madrid, 2006.
- Inma Valeije Alvarez, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, Editoriales de Derecho Reunidas (E.R), Madrid, 1995.
- Inés Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Manuel Gómez Tomillo (ed.), *Comentarios al Código Penal*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2010.

#### *Artículos de revistas especializadas*

- “Los españoles, cada vez más preocupados por la corrupción”, de 8 de Enero de 2014 (<http://www.libertaddigital.com/espana/2014-01-08/los-espanoles-cada-vez-mas-preocupados-por-la-corrupcion-segun-el-cis-1276507794/>).
- “Estudio sobre las necesidades de los juzgados y tribunales en casos de especial complejidad”, de 25 de Abril de 2013

([http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/En\\_Portada/Estudio\\_sobre\\_las\\_necesidades\\_de\\_los\\_juzgados\\_y\\_tribunales\\_en\\_casos\\_de\\_especial\\_complejidad](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Estudio_sobre_las_necesidades_de_los_juzgados_y_tribunales_en_casos_de_especial_complejidad)).

-“El 'caso Gürtel', paso a paso”, de 6 de Abril de 2010 ([http://elpais.com/elpais/2010/04/06/actualidad/1270541819\\_850215.htm](http://elpais.com/elpais/2010/04/06/actualidad/1270541819_850215.htm))

-Tercer informe de evaluación relativo a España sobre incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2) adoptado por el GRECO (Estrasburgo, 11-15 Mayo 2009).

-Informe de anteproyecto de modificación del Código penal de 2010 del Consejo General del Poder Judicial.

- Guillermo Oliver C. Aproximación al Delito de Cohecho. Revista de Estudios de la Justicia, número 5/2004

#### Jurisprudencia citada

- STS 2976/1992 de 3 de Diciembre
- STS 2456/1993 de 6 de Noviembre
- STS 168/1994 de 2 de Febrero
- STS 883/1994 de 11 de Mayo
- STS 1826/1994 de 18 de Octubre
- STS 335/1995 de 10 marzo
- STS 361/1998 de 16 de Marzo
- STS 1493/1999 de 21 de Diciembre
- STS 1292/2000 de 10 de Julio
- STS 20/2001 de 28 de Marzo
- STS 776/2001 de 8 de Mayo
- STS 2025/2001 de 29 de Octubre
- STS 1114/2002 de 12 de Junio
- STS 1319/2002 de 11 de Julio
- STS 504/2003 de 2 de Abril
- STS 1590/2003 de 22 Abril
- STS 1608/2005 de 12 de Noviembre
- STS 842/2006 de 31 de Julio
- STS 1076/2006 de 27 octubre
- STS 876/2006 de 6 de Noviembre
- STS 1096/2006 de 16 de Noviembre
- STS 77/2007 de 7 de Febrero
- STS 1030/2007 de 4 de Diciembre
- STS 362/2008 de 13 junio
- STS 719/2009 de 30 de Junio
- STS 478/2010 de 17 de Mayo

- STS 1125/2011 de 2 de Noviembre
- STS 186/2012 de 14 de Marzo
- STS 323/2013 de 23 de Abril
- STS 684/2013 de 3 septiembre
- STS 123/2014 de 20 de Febrero
- STS 166/2014 de 28 de Febrero

### Legislación

- Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995).
- Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (BOE núm. 74 de 28 de marzo de 2006).
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152 de 23 de Junio de 2010).
- El anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del código penal.
- Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de Enero de 1999 (BOE núm. 182 de 28 de Julio de 2010).

### Páginas Web

- <http://cita.es/cohecho/> (última consulta: 3 de Marzo de 2014).
- <http://www.rae.es/> (última consulta: 2 de Abril de 2014).