



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN:
COHECHO PASIVO**

Alumno: Adelisa Teresa Angulo Bautista

Junio, 2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
I. CUESTIONES GENERALES.....	7
1.1 REPERCUSIONES DE LAS REFORMAS CP;5/2010 Y 1/2015 DE LA LEY ORGÁNICA.....	7
1.2 CONCEPTOS CLAVES.....	15
1.2.1 FUNCIONARIO.....	15
1.1.2 AUTORIDAD.....	16
II. BIEN JURÍDICO.....	17
III. ELEMENTOS COMUNES DEL COHEHCO: COHEHCO PASIVO.....	20
VI. MODALIDADES TÍPICAS.....	22
1. COHECHO PASIVO PROPIO ART. 419 CP.....	22
1.2 OBJETO MATERIAL DEL DELITO.....	25
1.3 TIPO SUBJETIVO.....	26
1.4 CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.....	26
1.5 PARTICIPACIÓN.....	28
1.6 CONCURSO Y PENA.....	28
1.7 OTRAS MODALIDADES.....	32
1. DIFERENCIAS CON EL COHECHO ACTIVO.....	34
V. LA MODIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO EXTRANJERO (ART 427 CP).....	38
VI. CONCLUSIONES.....	41

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Grado, tengo como objeto de estudio analizar *El Delito de Cohecho*, tipificado en el Título XIX del CP, Delitos Contra la Administración Pública. Dada la amplitud de este delito y las peculiaridades del mismo, me centraré en el cohecho pasivo propio, regulado en el art 419 CP, haciendo referencia a las distintas modalidades y aspectos distintivos de esta modalidad de cohecho, y en especial haremos alusión al cohecho pasivo impropio, art 420 CP. Por otro lado, estableceremos las diferencias con su opuesto el cohecho activo, art 424. CP.

De manera previa, haré hincapié en las distintas reformas operadas entorno al delito de cohecho y aspectos fundamentales a saber con anterioridad al hablar de la modalidad de cohecho. Delimitaremos el bien jurídico protegido, dada las distintas opiniones doctrinales al respecto. Y, por último, se desarrolla la modificación del concepto de funcionario público extranjero, art 427.CP.

PALABRAS CLAVES: cohecho, bien jurídico, funcionario o autoridad pública, código penal, reforma.

ABSTRACT

The objective in this degree thesis is to analyse the crime of *Cohecho*, listed in section XIX of penal code, Crimen against the Public Administration. Given the wide-ranging nature of this crime and its peculiarities, I will focus on passive cohecho, regulated by article 419 of de penal code, making reference to the different forms and aspects of this type of *Cohecho*, and also on passive cohecho, article 420 of the penal code. I will also establish the differences with relation to active cohecho (bribery), article 424 of the penal code.

First, I will emphasise the different reforms enacted around the crime of cohecho, and fundamental aspects to consider before dealing whit the form of cohecho. I will also define the protected legal right, given the different doctrinal opinions on this. And finally, it develops the modification of the concept public servant, art 427 of the penal code.

KEYWORDS: Bribery, legal asset, public servant or public authority, penal code.

INTRODUCCIÓN

Si hablamos de delitos contra la administración de justicia, hay que hacer referencia al denominado concepto de corrupción, pues es inevitable referirse al mismo cuando hoy en día es un tema muy presente en nuestra sociedad y resulta ser una de las manifestaciones más representativas del *Cohecho*, Tipificado en el Título XIX del CP, *Delitos contra la Administración Pública*. En el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su apartado cuarto define la corrupción de la siguiente forma “*En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole de sus gestores*”. En este sentido gramatical, el término corrupción hace referencia al fenómeno de desnaturalización, en el aspecto de que, la corrupción pública supone una degradación de lo público en lo privado, es decir, la corrupción pública se desvía del interés general hacia intereses particulares, confundiendo de este modo las esferas pública y privada mediante la inserción de intereses privados como motivos de los actos públicos. Al respecto se puede decir que la corrupción se desarrolla a través de “*conductas de los servidores públicos que se apartan del ejercicio correcto de las funciones que como tales tienen encomendadas, haciendo interferir intereses privados propios o de terceros incompatibles con o, al menos, distorsionadores de los intereses públicos a que se orientan aquellas funciones*”¹

Cuando se habla de corrupción pública, nos estamos refiriendo tanto a la corrupción administrativa o entre funcionario, como a la corrupción política.

La corrupción se puede entender como el abuso de poder público, con el fin de obtener una ilegítima ventaja en provecho propio o privado. En España en los últimos años se han dado varios casos de corrupción política, tales como, la “Trama Gürtel”, los “Ere fraudulentos de Andalucía”, “Operación Malaya” etc. Este fenómeno ha desencadenado una mayor preocupación social y gran incidencia mediática, en un clima de rechazo e indignación ante conductas delictivas².

La corrupción en España se ha convertido en un fenómeno sistemático, permanente, transversal y demoledor para la vida democrática. No hay día en que no se sepa de casos de enriquecimiento ilícito, o que se abuse de las funciones públicas en favor del partido político,

¹DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. M. “Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción el ejemplo español” en RDUC, N°7, 2004, pág. 149

²PLASENCIA DOMÍNGUEZ, NATIVIDAD. La ejecución penitenciaria en los delitos de corrupción. Diario la Ley, N.º 9158, Sección Dossier, 14 de marzo de 2018, pg. 1, Editorial Wolters Kluwer

o del sindicato, o del provecho propio de funcionarios o autoridades, o de sus familiares, amigos etc.³

En el análisis del delito de cohecho pasivo nos centraremos en las reformas llevadas a cabo en relación al citado delito. Las reformas operadas entorno al código penal de 1995 mediante la presente LO 5/2010 y 1/2015. En concreto haremos hincapié en la reforma de 5/2010, de 22 de junio de reforma del código penal de 1995, ya que ha introducido cambios relevantes en la configuración del delito de *Cohecho*. Estas modificaciones suponen una adaptación de la legislación española a los diversos acuerdos internacionales. Con estas reformas se permitió identificar como interés común a todos los tipos incluidos en el Título XIX, delitos contra la administración pública, el correcto desempeño de la administración pública. Así como aquellas cuestiones generales a saber antes de adentrarnos en el delito de cohecho pasivo propio.

Por otro lado, haremos referencia al *Bien Jurídico* protegido, tomando como punto de partida los principios de objetividad e imparcialidad, recogidas en el art 103 de la CE, pues estos principios serán continuamente mencionados, al referirnos al bien jurídico protegido tanto en el Título XIX, delitos contra la administración de pública como en el referido delito de cohecho. Considerados dichos principios según posturas doctrinales y jurisprudenciales como el bien jurídico protegido. Partiendo de la complejidad que supone establecer un único bien jurídico protegido de forma general en el Título XIX dada la cantidad de delitos existentes con aspectos y característica propias, pues resulta complejo tener una única visión de bien jurídico protegido y aún más por la cantidad de opiniones al respecto por autores.

Por otro lado, atendiendo a las peculiaridades de los Delitos contra la Administración Pública por cuanto tiene una gran extensión, nos centraremos en el delito de cohecho (art 419 al 427 CP) en concreto cohecho pasivo propio art 419 CP, aludiendo a los elementos y aspectos esenciales del mismo, haremos hincapié en el cohecho pasivo impropio art 420 CP. Por considerar el primero uno de las manifestaciones más grave de cohecho y el segundo más leve. De igual modo determinaremos las distintas modalidades de cohecho pasivo existentes.

Delimitaremos de forma reducida las diferencias con el cohecho activo, art 424 CP. Y para concluir haremos mención a la reforma de la modificación del concepto de funcionario extranjero art 427 CP.

³MESTRE DELGADO. ESTEBAN. Derecho penal y procesos de regeneración social, la Ley Penal, n.º 131, marzo-abril 2018, pg. 2, Editorial Wolters Kluwer

Para llevar a cabo este trabajo, he utilizado información de la ley digital, las leyes de bases de la universidad, así como de manuales y revistas que han hecho que pueda llevar a cabo un examen exhaustivo de información referido a todo lo expuesto en el trabajo.

Durante toda la carrera, de todas las asignaturas dadas, el derecho penal ha sido de máximo interés para mí, pues he podido adquirir conocimientos de muchos temas que desconocía que pueden ser importantes de cara al futuro. En este último año he tenido la oportunidad de ver otra asignatura de derecho penal, (Delincuencia en el marco de la administración pública y de la administración de justicia). Pues he podido ver ciertos delitos contra la administración pública, y de todos el que más me llamó la atención fue el delito de cohecho, pues lo relaciono con el buen funcionamiento de la Administración y en suma que ese buen funcionamiento tiene que ver con el correcto desempeño que tienen que llevar a cabo aquellos funcionarios o autoridades que están bajo la representación de la función pública. Pues en el futuro seré funcionaria y quiero saber cómo funciona la función pública y los errores que no se deben cometer en el desempeño de cualquier cargo. Por consiguiente, hablar de los aspectos fundamentales del delito de cohecho es de suma importancia y ver que bienes jurídicos son de protección, ayudarán a saber cómo funciona la función pública.

I. CUESTIONES GENERALES

1. REPERCUSIONES DE LAS REFORMAS DEL CP: LO 5/2010 y 1/2015 (MODIFICACIÓN LO 10/1995)

Antes de adentrarnos en el delito de *Cohecho* debemos saber la razón por la que se lleva a cabo las pertinentes reformas. La reforma de las LO 5/2015 del CP es una clara manifestación de decisiones por parte del Legislador de adaptar la legislación española a los compromisos internacionales, en la cual se modifica la normativa del cohecho⁴. La LO 5/2010, persigue acomodarla de forma especial al *Convenio Penal* sobre la corrupción del Consejo de Europa, que se hizo en Estrasburgo el 27 de enero de 1999⁵. En el que también se establece un convenio sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art, Tratado de la Unión Europea, en referencia a la lucha contra los actos de corrupción en los que se encuentren involucrados

⁴CARLOS MIR PUIG. Comentario a la Reforma Penal de 2010, Diario La Ley, N.º 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-393, pág. 4. Editorial LA LEY.

⁵Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio N.º 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 disponible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135

funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. En la reforma ha influido el informe que ha sido evaluado por Grupo de Estados contra la Corrupción, Consejo de Europa, GRECO presentado en Estrasburgo, 11-15 de mayo del 2009, que valoró la normativa española sobre el cohecho, tomado como punto de partida el cumplimiento del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa.⁶

Para poder ver los cambios que se introducen en la estructura del delito cohecho, tenemos que ver como se lleva a cabo la reorganización y simplificación del mismo. Pues tradicionalmente el *Cohecho*, se ha dividido en dos clases, en base a la cualidad de autor: el cohecho activo y el pasivo. Cuando se habla de cohecho pasivo se trata de la autoridad o funcionario que solicita o acepta un soborno. Por otro lado, el activo hace referencia a los casos en el que el sujeto activo es un particular, que es el que corrompe al funcionario. Los delitos de cohecho, tanto a nivel nacional (sector público) y de la Unión Europea están regulados en los art 419 a 427 CP. En la actualidad, tras la reforma de 2010, el cohecho pasivo se establece en los arts. 419 a 423 del CP, y el activo en los arts. 424 y 426 CP, (art 427 se refiere a los funcionarios de la Unión Europea y la responsabilidad de las personas jurídicas). La regulación derogada distinguía cinco modalidades de cohecho pasivo en función de la naturaleza (delictiva, injusta pero no delictiva, o bien conforme a derecho) del acto u omisión que realizaba o se perseguía de la autoridad o funcionario.⁷

Es de suma importancia establecer como se determina el Bien Jurídico en el delito de *Cohecho* durante la reforma. Se determina que el bien jurídico protegido en los delitos de cohecho es el mismo para todos: el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción, es decir, evitar que realicen o ejerciten sus funciones en base a las recompensas solicitadas, entregadas u ofrecidas, con la finalidad general de preservar la “objetividad” de la Administración pública. Se establece que el bien jurídico es la integridad del funcionario público que permite que la Administración asegure una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos. El legislador *ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública*, de los delitos de cohecho. Con lo que se trata de evitar que los funcionarios públicos realicen actos de su competencia que sean constitutivos de delitos o sean injustos, o que se abstengan de actuar cuando así lo

⁶GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción, Consejo de Europa, Tercera Ronda de Evaluación, *Informe de Evaluación Relativo a España*, Adoptado por el GRECO en su 42ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 11 a 15 mayo de 2009

⁷BLANCO CORDERO. ISIDORO: La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. Diario La Ley, N.º 7534, Año XXXI, 23 de diciembre de 2010, Ref. D-393, pág. 2-3. Editorial LA LEY

establezca la Ley les ordena actuar, siempre que en dichas conductas u omisiones tengan por causa la corrupción.

Debido a la complejidad que supone la clasificación de las conductas delictivas, era conveniente llevar a cabo la reorganización y simplificación de la normativa para proporcionar un sistema más coherente y adecuados a los instrumentos internacionales. Por lo que el legislador decidió reformular estos delitos, de forma que ahora la clasificación se hace tomando como punto de referencia si el acto (u omisión es contrario o no a los deberes del cargo. Simplificando los tipos penales de cohecho pasivo, la reforma de 2010 castiga ahora cuatro tipos de conductas del funcionario.

Los delitos de cohecho pasivo (art.419 a 423 CP) comprenden a su vez cuatro tipos de cohecho:

- el que tiene por objeto un acto contrario a los deberes inherentes al cargo (art.419 o cohecho propio)
- el que tiene por objeto un acto propio del cargo (art.420 o cohecho impropio)
- el que persigue la gratificación de un acto ya realizado (art. 421 o cohecho subsiguiente o de recompensa)
- la admisión de ventaja en consideración al cargo o función sin vinculación con el acto del cargo determinado o determinable (art.422 o cohecho de facilitación)

Se simplifica enormemente el delito de cohecho pasivo. La conducta típica, en todas las modalidades, consiste en recibir, solicitar o aceptar ofrecimiento o promesa. Se reducen los comportamientos funcionariales realizados o perseguidos, Por un lado, nos encontramos en el supuesto en el que tiene como objeto del acuerdo un *“acto contrario a los deberes inherentes al cargo o a la no realización o retraso injustificado del acto que debiera de practicar”* (art 419 CP). Por otro lado, nos encontramos con el que tiene como referencia el *“acto propio de su cargo”* (art.420 CP).

En el art. 419 se elimina la distinción entre actos delictivos, actos injustos no delictivos y actos que debiera ejecutar el funcionario en el ejercicio de su cargo oficio. (que lleva aparejada pena inferior). En la actualidad se castigan con la misma pena tanto los comportamientos activos del funcionario como los omisivos. Se mantiene un inciso en cuanto a la pena prevista se aplicará *“sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la pena correspondiente de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”*. Esto plantea problema a la hora de calificar el concurso entre el

cohecho y el delito cometido por el funcionario. Como es el tema a tratar profundizaremos un poco más. Tanto la doctrina y jurisprudencia españolas defendieron el carácter bilateral de cohecho, al determinar que era necesario para la comisión del delito, el acuerdo entre quien realiza el ofrecimiento quien recibe la dádiva. No obstante, actualmente no es necesario pacto para apreciarlo. Con el Código penal de 1944, la conducta típica básica del cohecho cambia sustancialmente al incluir en el cohecho pasivo la acción consistente en “solicitar” por parte del funcionario. El delito de cohecho pasivo está conformado por tres conductas claramente diferenciadas: solicitud, aceptación y receptación de la dádiva por parte del funcionario. Con la reforma de 2010, las distintas modalidades de cohecho propio pasivo se reúnen en una única forma delictiva en el art. 419. Se castigan con las mismas penas todos aquellos comportamientos “*que materialmente presentan un injusto similar*” en los que la ventaja solicitada, recibida u ofrecida resulta ser la contrapartida de un acto ilícito, contrario a los deberes inherentes al cargo, a pesar de que la situación ilícita se haya producido por una acción o una abstención del funcionario (independiente). En suma, se preservaba legalidad e imparcialidad de ellos actos administrativos que no tengan por causa la corrupción(venalidad) del funcionario.⁸

Como otro punto a tratar tenemos que hacer referencia al art. 420 CP cohecho pasivo impropio. La reforma de LO 5/2010 trae grandes cambios con referencia a la categoría conceptual conocida como cohecho pasivo impropio. Anteriormente el precepto de incriminación del cohecho pasivo impropio estaba establecido en el art. 426 CP , en el que se castigaba a la autoridad o funcionario “*que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente*”. Dada esta definición se podía diferenciar dos variantes en atención al nexo causal que generaba la admisión de la dádiva o regalo: primera, la consideración a la función desempeñada y, segunda, la consecución de un acto no prohibido legalmente. Con la reforma el *cohecho pasivo impropio* se tipifica de forma distinta, produciéndose, con relación a los preceptos del CP, donde las diferentes conductas se contemplan en agrupación y desagregación.

En cuanto a la tipificación del art. 420 CP dice: “*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*

⁸CARLOS MIR PUIG. Comentario a la Reforma Penal de 2010, Diario La Ley, Nº 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-393, pág., 4-6. Editorial LA LEY.

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". Se produce una reagrupación que caen en la órbita del cohecho pasivo impropio. Antes el art 426, se castigaba a la autoridad o funcionario público que admitiera dádiva o regalo que le fueren ofrecidos para la consecución de un "*acto no prohibido legalmente*", mientras que, precisamente en el art 425,1, antes de la reforma, se incriminaba al funcionario o autoridad que solicitare dádiva o presente o admitiera u ofrecimiento para realizar "*un acto propio del cargo* "o como recompensa del ya realizado⁹. El legislador en el ámbito del cohecho pasivo impropio, ha abandonado la doble definición de acto no prohibido/ acto propio del cargo, quedándose con ésta última; lo importante es encontrarnos con actos propios del cargo, actos debidos, actos que la autoridad o funcionario, en virtud de sus competencias, tiene que realizar. Se ha producido una agrupación de conductas típicas que abarca las anteriormente contempladas, con lo cual que en el mismo art. 420 se incrimina tanto la recepción, es decir, la admisión del antiguo art. 426 CP, como solicitud del art 425 de dádiva, favor o retribución, así como la aceptación de promesa u ofrecimiento, art, 425,1 CP. En el ámbito de esta modalidad se encuentran los casos de "*transfuguismo político*" venal.¹⁰

Con respecto a la penalidad, se endurecen notablemente, Antes de la modificación del CP de 1995, para las acciones tipificadas en el art 425,1, en el que se preveía la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y de la suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años; ahora , las penas contempladas son la 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. A parte de la multa, a la previsión de una pena privativa de libertad de duración mínima de dos años y una máxima más que respetables, se añade la inhabilitación, que, en el caso de funcionarios públicos, implica, la pérdida definitiva de la condición de tales.¹¹

La reforma ha superado la dificultad de extensión del sujeto activo. En efecto, el art 423 CP, determina que lo dispuesto en los artículos precedentes y en los precedentes 420,421 y 422

⁹EUGENIO ARRIBAS LÓPEZ. El cohecho impropio después de la reforma. Diario La Ley, N.º 7625, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2011, Año XXXII, Ref. D-198, pág. 2. Editorial LA LEY

¹⁰MESTRE DELGADO ESTEBAN. La Ley Penal, N.º61, Sección Estudios, junio 2009, pág. 5, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 12052/2009.

¹¹ARRIBAS LÓPEZ. Sobre el denominado delito de cohecho pasivo impropio, Diario LA LEY, núm. 7278, 6 de noviembre de 2009, págs. 6-8

CP, se recoge el cohecho pasivo impropio, es de aplicación “*a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designado judicialmente, o en cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*”.

El art. 421 castiga de forma autónoma los supuestos de cohecho subsiguiente, en los que el comportamiento típico de recibir o solicitar recompensa, se realiza con posterioridad a la conducta realizada por el funcionario, es decir un acuerdo previo entre funcionario y particular, que en cierto modo se presume. La nueva regulación del art 421 CP, dispone para el funcionario la pena que le corresponde en atención a la naturaleza del acto que se recompensa, equiparando de esta forma las penas del delito de cohecho subsiguiente a las del cohecho precedente.

El art. 422CP, castiga los supuestos en cohecho en los que la autoridad o funcionario acepta un regalo “*en consideración a su cargo o función*”. De acuerdo con el Tribunal Supremo, esta modalidad persigue, lo que se persigue es preservar de algún modo la apariencia de la función, lo que quiere decir que sea susceptible de reproche en el modo de llevar a cabo las funciones públicas conforme a las reglas culturales de la sociedad, de un Estado de derecho.¹²

En cuanto al instrumento del delito de *Cohecho*, en la reforma de 2010, “*la dádiva o regalo, favor o retribución de cualquier clase, ofrecimiento o promesa*”, son conceptos sinónimos, solo se diferencian los ofrecimientos y las promesas de las dádivas en que, los primeros no se entrega una cosa en el acto, sino más tarde en el tiempo. Normalmente de haber una relación de causalidad entre dicho instrumento y el posterior acto del funcionario, que es la contrapartida a la dádiva. Las doctrinas dominantes del Supremo, determinan que la dádiva puede tener un contenido tanto económico como de otro tipo, como puede ser, una ventaja, provecho o utilidad, pero susceptible de evaluación económica.

En la reforma de 2010, al utilizar el término, “*favor*” ha ampliado el alcance típico del precepto, de forma que puede cubrir los casos en los que lo prometido o entregado es un favor sexual, un título honorífico, pertenencia a alguna red o club social restringido.

Con la finalidad de acomodar la regulación del cohecho a las normas internacionales, se produce un incremento significativo de las penas de este delito. En el preámbulo de la LO 5/2010, señala expresamente que “*con base en lo establecido en dichos convenios se precisa*

¹²ARRIBAS LÓPEZ EUGENIO. El cohecho impropio después de la reforma del código penal. Diario la ley, N.º 7625, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2011, Ref. D-198, pág. 2-5, Editorial La Ley.

una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en las penas graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición". En la regulación anterior derogada, algunos delitos de cohecho no llevan aparejada la pena de prisión, sino solamente multa y suspensión o inhabilitación, lo que imposibilita la extradición. Ahora todos los delitos de cohecho llevan aparejada pena de prisión. Y aquellos delitos que ya la tenían previstas, la han visto incrementada tanto en los límites mínimos como en los máximos, que el caso del cohecho propio puedes llegar hasta seis años¹³.

Con referencia a la LO 1/2015, de 30 de marzo, se producen cambios con la penalidad, prisión de tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de derecho a sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años. El art. 419 establece *"sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito"*. Esto significa que las faltas se consumirían en el cohecho. La reforma del art. 420, por la Ley Orgánica 1/2015, se debe a la enmienda n.º 804 del Grupo Popular en el Congreso de Diputados. Se añade la inhabilitación para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años, a la vez que la preexistente inhabilitación especial para el empleo o cargo público se grava con igual duración.¹⁴

Otro aspecto que se puede destacar, de la LO 1/2015 ha ampliado el concepto de personas asimiladas a los funcionarios públicos a efectos de punición de las conductas, incluyendo a determinados particulares que realizan actividades vinculadas al ejercicio de funciones públicas y ha formulado un nuevo concepto de funcionario público extranjero en el art 427. CP¹⁵.

Cabe destacar por último aquellos cambios que se han producido entorno al delito de cohecho activo, art. 424,1 CP, dado que es la cara opuesta al delito de cohecho pasivo art 419, Cp. Artículo 424. En este delito se castiga, *"al particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los*

¹³BLANCO CORDERO. ISIDORO: La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. Diario La Ley, N.º 7534, Año XXXI, 23 de diciembre de 2010, Ref. D-393, pág., 2-4. Editorial LA LEY

¹⁴MANZANARES SAMANIEGO. JOSÉ LUIS. Del cohecho. Esta doctrina forma parte del libro *"Comentarios al Código Penal "* edición, N.º 1, Editorial LA LEY, pág. 2-3. Madrid .LA LEY 3327/2016

¹⁵PLASENCIA DOMÍNGUEZ N. La ejecución en los delitos de corrupción, Especial referencias al beneficio de la suspensión de la ejecución. Diario La Ley, N.º 9147, Sección Dossier, 26 de febrero de 2018, pág. 3, Editorial Wolters Kluwer.

deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera de 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". Por otro lado, tenemos dos modalidades más de cohecho activo, arts. 424,2 y 424,3.

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.*

Tras las reformas operadas en las leyes orgánica, 5/2010 y 1/2015, no tiene nada que ver con la versión anterior. Este artículo consta de tres apartados, vinculados a un particular como sujeto activo, se trata de la otra cara del cohecho pasivo. El Legislador tipifica en este la conducta del particular, por separado de esta forma desaparece la calificación del delito especial propio. La participación en este delito no ofrece ninguna particularidad en la persona de un "*extraneus*". El art 424,1 CP recoge distintas conductas, el denominador común es el ofrecimiento o entrega de "*dádiva o retribución*", para obtener algo. La finalidad que requiere, es la realización por parte del funcionario público o autoridad que "*realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo* ", lo que enlazaría con el art 420. Otra de las modalidades recogidas en este artículo es la dirigida a que la autoridad o funcionario público "*no realice o retrase el que debiera de prácticas*", esto alcanza tanto a los actos el art 419 CP, como a los del 420 CP.

Por último, otra de las modalidades es que la dádiva o retribución se ofrezcan o entreguen a la autoridad o funcionario público "*en consideración a su cargo o función*", igual que sucede en el art 422 CP.

El paralelismo que se establece con los artículos mencionados anteriormente, es determinante para la imposición de la pena conforme al art 424, ya que el autor "*será castigado en sus*

respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida". Ya no se aplican las penas privativas de derechos. Y por otro lado se olvidan, las referencia a los favores y regalos de los artículos anteriores.

La reforma del art 424, en la Ley Orgánica del 1/2015, no se contempla en el Proyecto y se inicia durante la tramitación en el Congreso de los Diputados. No hubo a penas cambio en este artículo, la única novedad se produce en el apartado 3, en el que el tiempo de pena de inhabilitación ya prevista pasa a ser de cinco a diez años, pues antes era de tres a siete.¹⁶

2. CONCEPTOS CLAVES

Antes de profundizar en el delito de Cohecho pasivo, es de suma importancia tener claro varios conceptos.

Las Administraciones pública, definida como aquellos aparatos orgánicos al servicio tanto del Gobierno del Estado, como de los demás Ejecutivos territoriales, se componen de personal especializado para el desarrollo de sus funciones. De ese organismo forman parte tanto los funcionarios públicos como trabajadores. Los funcionarios públicos se encuentran vinculados de forma permanente a la administración, por lo cual gozan de un estatus jurídico especial. Por lo contrario, el personal laboral se encuentra ligado a la Administración mediante contrato.

Diversas propuestas doctrinales sobre el concepto de Administración, estas no deben ocultar que nacen para cubrir necesidades de interpretación en áreas del ordenamiento jurídico muy diferentes entre sí, que obedecen a principios y objetivos propios¹⁷.

2. 1 FUNCIONARIO

El código penal posee su propia definición de cualidad de funcionario público, que resulta relevante en el ámbito penal, debido a que va a condicionar la tipicidad de la conducta, las reglas de autoría y participación, la posibilidad de apreciar las circunstancias agravantes genérica, incluso la imposición de una doble sanción (administrativa y penal).¹⁸

¹⁶MANZANARES SAMANIEGO. JOSÉ LUIS. Del cohecho. Esta doctrina forma parte del libro "*Comentarios al Código Penal*", edición n.º 1, pg. 5-6, Editorial La Ley 3327, año 2016, Madrid.

¹⁷BASILICO RICARDO A Y JUAN TERRADILLOS BASOCO. Delitos contra la Administración Pública Editorial IB de F, pág. 45, año 2019

¹⁸MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS. ELENA B. Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente. La Ley Penal, N.º 58, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo 2009, pág44, Editorial LA LEY

Definición propia de la cualidad de funcionario, que se puede diferenciar claramente del derecho administrativo. En su art. 24,2 C.P, señala que, *” a los efectos penales, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de sus funciones públicas”*. El derecho administrativo nos ofrece una definición en su art 9,1 EBEP: quienes en virtud de in nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.¹⁹

Como se deduce de la STS 1608/2005 de 12-12 (RJ 2006/574), *el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que “...por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas...”*, art. 24,2º y 2, el factor que determina el concepto de funcionario público, es precisamente la participación en las funciones públicas, lo relevante es que éste al servicio de los entes públicos.

Por otro lado, partiendo del principio constitucional de que el régimen general de empleo público en nuestro país es funcionarial, se reconoce el crecimiento del papel que desempeña la Administración pública en la contratación del personal de acuerdo a la legislación laboral, para el desempeño de ciertas tareas. Al respecto se distingue entre quienes trabajan en el ámbito público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes los hacen del sector privado. Se consideran empleados públicos a quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, como pueden ser los funcionarios de carrera e interinos, personal laboral, personal eventual.²⁰

2.2 AUTORIDAD

Partimos de la premisa de que toda autoridad tiene la consideración de funcionario público *“porque es inimaginable una persona que sea autoridad y que no participe en la función pública en virtud de un título de habilitación, sin embargo, no todo funcionario público es autoridad”*.

¹⁹MARTÍNEZ VARELA. MANUEL. El concepto de funcionario público y autoridad desde un punto de vista penal. Sus repercusiones en el ámbito local. Especial referencia a la policía local al amparo de la Ley gallega 4/2007 de 20 de abril. El Consultor de los Ayuntamientos, N.º 15-16, Sección Colaboraciones, agosto 2012, Ref. 1802/2012, pág. 2-3, tomo 2, Editorial Wolters Kluwer

²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

El legislador penal establece en el art 24,1 del C.P “*A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiados tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso e los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal*”. Se refiere a que tenga mando o ejerza jurisdicción propia, como se establece en la STS 793/2006 de 14 de julio. Con respecto a ese mando o que ejerza jurisdicción propia. Se interpreta el término *mando* en el sentido de tener dominio o autoridad sobre los subordinados, lo cual hay que relacionarlo con la jerarquía que se produce en el puesto de trabajo. Por otro lado, el término *jurisdicción*, que implica tener autoridad para gobernar y poner en ejecución las leyes, con respecto a tomas decisiones y “*tener capacidad de resolución en asuntos judiciales y administrativos*”.²¹

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Delimitar el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, es de gran importancia, dada las opiniones doctrinales al respecto. La doctrina mayoritaria considera que lo que se protege es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en especial lo que se pretende es salvaguardar el trabajo que realizan aquellos que desempeñan funciones públicas, donde las respectivas conductas de estos, sean ajena a intereses parciales y alejado de la corruptela, siempre en beneficio del interés colectivo, general. Creando así un ambiente de confianza, sobre en el correcto funcionamiento normal de la Administración.

En los todos los delitos de cohecho, lo que se protege es el interés de que los funcionarios públicos no incidan en corrupción, se trata de que no lleven a cabo sus funciones a través de las recompensas solicitadas o requeridas, entregadas u ofrecidas. Por el contrario, el desempeño de la función tiene que identificarse con la honradez, integridad, dada su participación en la función pública.

El derecho penal lo que pretende proteger a través de la tipificación o regulación de los delitos de cohecho y otros delitos, regulados en el Título XIX del CP, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Como bien se define en el art 103.CE.

²¹MARÍN DE ESPINOSA DE CEBALLOS ELENA B. Las consecuencias jurídicas penales del funcionario público delincuente. La Ley Penal, N.º 58, año 2009, pág. 3-4, Diario La Ley.

“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”

La Administración tiene que obrar de tal forma que la utilidad o el sacrificio que proviene de la acción administrativa, sea distribuido de manera equitativa en relación a los legítimos intereses de los ciudadanos, sin que pueda derivar en una posición de privilegio apoyada por los poderes públicos, de este modo se protege los principios de objetividad e imparcialidad. Se pretende evitar que los funcionarios realicen actos que sean propio de sus competencias, que constituyan un delito o actos injustos.

“La referencia a dádiva, favores o retribuciones de cualquier clase, son supuestos en los que el Ordenamiento Jurídico no ha condicionado la actuación de la Administración la presencia de tales prestaciones, lo que produce que la actuación del funcionario este determinado por un interés particular y no al interés general que definido por el Ordenamiento Jurídico”²²

El bien jurídico es la *“probidad del funcionario público que permita a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos”*. El Legislador ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la de la función pública.²³

El bien jurídico protegido según explica la Sentencia de la APGranada (sección 1ª), sentencia n.º 34/2019 de 29 de enero (JUR 2019/218486). En el delito de cohecho se protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y de igual modo la eficacia del servicio público encomendados a los mismos. Es un delito en el que se pretende asegurar tanto la rectitud y eficacia de la función pública, como garantizar la indemnidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes se tiene que mantener a salvo de cualquier *“injusta sospecha de actuación venal”*

Se puede decir que se trata de la recta imparcialidad en el desempeño de la función pública y el respectivo prestigio de la función. Son infracciones que se llevan a cabo contra la integridad

²²AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límites de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 179-182. Editorial Dykinson

²³MIR PUIG. CARLOS. Comentario a la Reforma Penal de 2010, Diario La Ley, N.º 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, pg. 1. Año XXXI, Ref. D-393, Editorial LA LEY

de la gestión administrativa, pues el funcionario de deja llevar por móviles que nada tienen que ver con la función que realizan, atacando de esta forma al bien jurídico que consiste en el respeto al normal funcionamiento de los órganos del Estado. Al respecto también es de aplicación la, STS, N.º 807/2017 de 11 de diciembre RJ 2017/6003 (sala de lo penal, Sección 1ª). Por otro lado, la sentencia de la AP de las Palmas N.º.261/2017 de 18 julio. (ARP 2018\1147) arroja la misma visión de bien jurídico protegido.

La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 10ª) Sentencia núm. 260/2015 de 15 junio. ARP 2016\654. *“En efecto el delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos. Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.”*

Dado que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, siguiendo los criterios de objetividad e imparcialidad, recogidos en el art 103 de la CE, lo que se está atacando es la corrupción, que es el elemento común de los delitos contra la Administración, cuyos delitos se caracterizan por ser una forma de desviación de la actividad administrativa, de los fines públicos a los fines privados. *Lo que se tutela es la denominada “función pública” o administrativa entendida en sentido amplio.*²⁴

Respecto al bien jurídico-penal, existen opiniones diversas. Algunos consideran que, no todos los delitos de cohecho vulneran el principio de imparcialidad, citando por ejemplo el cohecho impropio del art. 240 CP. Otros no contemplan la integridad como bien jurídico-penal protegido, pues consideran que, siendo este principio aplicable a jueces, fiscales o parlamentarios, no puede suponer la exigencia de imparcialidad del art 103. CE referido de forma exclusiva a la Administración Pública y predicarse con la misma extensión y sin matización dicha imparcialidad para unos, jueces, fiscales o funcionarios administrativos que, para otros parlamentarios, sin que la imparcialidad que se exige en los jueces concuerde con la demandada en los funcionarios cuando realizan sus funciones.

²⁴SÁNCHEZ ADSUAR MARCOS. El incumplimiento del principio de objetividad, neutralidad e imparcialidad del ejercicio de las funciones públicas. Especial referencia al delito de tráfico de influencia, negociación prohibida a los funcionarios, cohecho y falsedad en documento público. El consultor de los Ayuntamientos, n.º 12, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 jun, al 14 de julio 2005, Ref. 1951/2005, págs. 1-2, tomo 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.

La expresión Administración pública, engloba a aquellos que desempeñen funciones públicas administrativas, pues el precepto constitucional hace referencia exclusivamente a Administración Pública, y por tanto no incluye a jueces, fiscales y parlamentarios, no forman parte en sentido estricto de la Administración, sino de un Poder Judicial y Legislativo. Lo que no quiere decir que los jueces o fiscales no sean imparciales, sino que su imparcialidad está establecida por otro precepto constitucional. Los funcionarios públicos que desempeñan funciones públicas pueden serlo de cualquier orden legislativo, ejecutivo y judicial.

El art 103 CE nos ofrece otra visión, pues se considera que la Administración Pública está sometida a las directrices políticas, lo que se pretende es que no sea arbitraria, que sea objetiva en el ejercicio de sus funciones.²⁵

Al respecto de todo lo expuesto estoy de acuerdo con la doctrina mayoritaria, considero que lo que se protege es ese conjunto de organismos a quienes le competen la función de administrar, la forma de actuación de estos organismos debe contener funciones administrativas, judiciales y parlamentarios. De este modo se protege todos los ámbitos existentes, donde se desempeñen funciones públicas, para el correcto funcionamiento de la administración pública, sirviendo con objetividad a los intereses generales y no particulares. Teniendo en cuenta siempre los principios de imparcialidad, igualdad y siempre bajo precepto legal.

IV. ELEMENTOS COMUNES DEL COHECHO: COHECHO PASIVO

El delito de cohecho se encuentra regulado en el Capítulo V del Título XIX, constituido por una pluralidad de tipos delictivos. El conjunto de delitos de este capítulo son delitos de participación necesaria, pues aparecen varios intervinientes, pero no todos son unipersonales, porque no todas las conductas resultan punibles. Existen varias calificaciones de cohecho. La doctrina mayoritaria suele calificar los tipos delictivos, en cohecho pasivo art 419. CP y cohecho activo 424. CP, se pueden decir que son delitos distintos, aunque el bien jurídico protegido es el mismo.

Algunos autores están a favor de la naturaleza bilateral del delito, considerando como la venta que de un acto que deriva de sus funciones, y que debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada. En este delito las personas consideradas como delincuentes

²⁵ NAVARRO CARDOSO FERNANDO. El cohecho en consideración al cargo o función. Año 2018, Pg, 25- 27, Comité científico de la Editorial Tiran Lon Blanch.

son dos, el que vende la justicia y el que la compra, es decir, un pacto de soborno que necesita de un acuerdo de voluntades encaminado a que el funcionario infrinja su deber. Determinan que es suficiente que el funcionario solicite la dádiva como que el particular ofrezca la dádiva, para que el delito resulte existente.

Frente a esta concepción, la doctrina dominante defiende la naturaleza unilateral del delito de cohecho. Estas doctrinas establecen que no es necesario que se llegue a un acuerdo de voluntades, para que se perpetre el delito de cohecho, pues consideran que existente. Determinan que es suficiente que el funcionario solicite la dádiva como que el particular ofrezca la dádiva, para que el delito resulte existente.

en dos delitos que son distintos he independientes²⁶.

Al respecto estoy de acuerdo con esta dualidad que se produce, pues las conductas realizadas en los respectivos delitos son distintas, lo de establecer el mismo bien jurídico común para ambos produce controversia, pues no todos los autores consideran un único bien común. Se castiga la puesta en peligro del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Además, con la regulación actual es difícil de no apreciar el carácter unilateral del delito de cohecho. Pues la mera conducta de solicitar por el funcionario o del ofrecimiento por parte del particular es suficiente para dar lugar a la consumación del delito sin que se produzca el acuerdo de voluntades.

La calificación de cohecho existente; el cohecho pasivo (art 419-423. CP), el cohecho activo (art 424-426. CP), cohecho propio, cohecho impropio, cohecho antecedente y cohecho subsiguiente.²⁷

Cuando se habla de cohecho pasivo el primer elemento común de los distintos tipos delictivos, es el sujeto activo, que debe ser la autoridad o funcionario público. Es equiparable a este el art 423. CP *“Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”* (el art 427, CP funcionarios extranjeros).

²⁶ BARJA DE QUIROGA. JACOBO. Manual de Derecho Penal parte Especial. Tomo II (Contestaciones al programa de derecho penal para acceso a la carrera judicial y fiscal) 1ª Edición, año 2018, pg. 6, Editorial, Aranzadi, S.A.U

²⁷ NAVARRO MORENO. M.^a ISABEL. N. Apuntes de la asignatura, delincuencia en el marco de la Administración Pública y la Administración de Justicia.

El segundo elemento que tienen en común estos delitos, es *la dádiva, favor, retribución, ofrecimiento o promesa*, donde recae la acción. Tradicionalmente se ha considerado que estas deben tener un contenido económico, pero en las nuevas redacciones se establecen que pueden ser de cualquier clase. Por ejemplo, se pueden incluir, en estos tipos de delitos otros favores, además de los de contenido económico, como pueden ser los de carácter sexual, político o profesional, aunque estos puedan tener de forma directa o indirecta contenido económico. Por otro lado, resulta indiferente, que la dádiva o promesa, suponga un enriquecimiento para el funcionario o un tercero, sigue siendo cohecho, pues por ejemplo la donación a un amigo, o cuando se otorga dinero recibido a una obra benéfica, es un acto altruista, que no exime del delito de cohecho.²⁸

V. MODALIDADES DE COHECHO

1.1 COHECHO PASIVO

La primera conducta tipificada en el Capítulo V del Título XIX, del Libro II del Código Penal, es el delito de cohecho pasivo, art 419. CP, tipo básico.

Es un delito especial. Se castiga a *“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”*.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 677/2019 de 23 Ene. 2020, Rec. 10502/2019. En el que se castiga a Agentes de la Guardia Civil que, a cambio de dinero, facilitan y daban protección al tráfico de hachís en el ámbito territorial de su competencia.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 807/2017 de 11 dic. 2017, Rec. 10233/2017. Ascension , Ovidio y Carlos Antonio , *se pusieron de acuerdo entre si y, aprovechando su situación de poder y su responsabilidad en la administración del CIM, hicieron llegar una petición a la sociedad SACRESA TERRENOS PROMOCION SL que gestionaba, de manera directa y principal, Baldomero , consistente en la exigencia de la entrega de 4 millones de euros(4.000.000 euros) para asegurar que la adjudicación del*

²⁸MUÑOZ CONDE F. Derecho Penal parte Especial. 21º edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, pág. 871-873, año 2017. Editorial Tirant Lo Blanch

concurso para la enajenación de la FINCA000 del CIM se haría a favor de esa empresa, si realizaban el pago, se determina que es autora de un delito de cohecho pasivo art 419. CP

Dicha acción la de solicitar, aceptar o recibir la dádiva o favores lleva implícita la realización por el funcionario las siguientes conductas;

- Un acto contrario a los deberes inherentes del cargo
- No realizar o retrasar de forma injustificada el acto que debiera de realizar. Esta modalidad y la anterior se consideran cohecho pasivo propio art 419. CP.
- Un acto propio de su cargo, se considero un tipo atenuado, regulado en el art 420. CP cohecho pasivo impropio.
- Cuando la dádiva, favor o retribución se reciba o se solicite como recompensa por tal conducta, a posteriores, hablaríamos de cohecho subsiguiente, art 421. CP.

Todos estos comportamientos son considerados cohecho pasivo.²⁹

El tipo exige que la acción u omisión sea propio del cargo del funcionario. Lo que es interpretado por la doctrina mayoritaria, que sean de la competencia genérica del funcionario, aunque no se leshaya atribuido específicamente, en el reparto interno dentro de la Administración El Código establece que la conducta sigue siendo delictiva, aun cando la contraprestación se produce a través de un tercero. Se deduce que este tipo puede realizarse “*por si o por persona interpuesta*”. Cabe la participación de un *extraneus*, persona inductora, intermediario o persona interpuesta, así como todos aquellos que participan en el delito de cohecho. Hay que tener en cuenta, que no se consideran partícipes de este delito, los establecidos en los artículos 420 a 422. CP y los particulares del art 424 y 425.CP, pues en estas modalidades se tipifica sus respectivas conductas como autores.

Se consideran conductas típicas, “solicitar”, “recibir” dádiva, favor o retribución, de cualquier clase o “aceptar” ofrecimiento o promesa, “en provecho propio o de un tercero”

No tiene por qué coincidir el receptor con el beneficiario.³⁰

Algunos de los preceptos anteriores contienen connotaciones económicas, (dádiva, favor), por lo que representan una mejora económica directa o indirecta, bien a plazo o inmediata para el

²⁹DE ESPINOSA CEBALLOS ELENA MARÍN. Lecciones de derecho penal, parte especial, pág. 377. Año 2018. Editorial Tirant lo Blanch.

³⁰AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límistes de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 197-198, Editorial Dykinson

funcionario o autoridad. Lo que conlleva a la idea de venta de la función a intereses privados o particulares, y no para lo que es creado, para servir a los intereses generales.

Las conductas típicas de los delitos de cohecho pasivo se describen a través de los verbos, recibir, solicitar y aceptar.

Por solicitar se entiende esa petición directa y concreta de dádiva que realiza un funcionario a un apersona determinada, con la finalidad de obtener un beneficio propio o para un tercero, a cambio de llevar a cabo un acto en el ejercicio de su cargo. Recibir consiste en la entrega por el particular de una dádiva al funcionario, incorporándola a su patrimonio o al de un tercero. La aceptación de la promesa, *“supone posponer por un tiempo la entrega y la consiguiente recepción de la dádiva, una vez cerrado el compromiso”*³¹.

Por otro lado, se exige de la conducta, que el instrumento del delito sea para realizar un acto propio del ejercicio del cargo, un acto contrario a los deberes inherentes a la mismo, para no realizar o retrasar de forma injustificada el que debiera de realizar. Por lo tanto, el instrumento es el motor o la causa del incumplimiento de los deberes inherentes al cargo. *“El acto u omisión o retrasado injustificadamente debe ser determinados o determinables.”*

El *sujeto activo* será la autoridad o funcionario que reciba o solicite o acepte la dádiva, favor o retribución, dejándose corromper. Debiendo tener en cuenta a efectos penales, lo que el art 24. CP, considere como autoridad o funcionario.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 626/2019 de 18 Dic.2019, Rec. 2123/2018 Los acusados Romualdo, Sabino y Rodrigo como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio, cuando Doña, Flor con número de pasaporte NUM000 y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria procedente de El Aiun, fue a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 118.500 € que afirmaba traer. El acusado Romualdo, con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar Flor, solicitó de ésta algo de dinero para los agentes allí presentes, haciéndole entrega la misma de 50 €. El acusado Rodrigo, con igual ánimo de lucro indebido y con la misma finalidad anterior, solicitó de DÑA Flor dinero, haciéndole entrega ésta de al menos 8 billetes de 50 €. El dinero obtenido fue repartido entre los tres guardias civiles acusados. que estaban de servicio en el resguardo Fiscal, y que

³¹ T.S, VIVES ANTÓN. Derecho penal parte Especial. 5ª Edición revisada y actualizada a la ley orgánica 1/2015. Pág. 617, año 2016, Editorial Tirant lo Blanch

estaban de acuerdo con esa petición de dinero a cambio de no contar efectivamente el dinero que portara Flor.

En la delimitación del sujeto activo pueden surgir problemas, pues los art 422 amplía el tipo a jurados, peritos, árbitro o cualquier otra persona que desempeñe funciones públicas. La reforma 1/2015 incluye las figuras de los mediadores y administradores concursales. Del referido art 427 CP, hablaremos más tarde.³²

En cuanto al *sujeto pasivo*, podemos decir que se trata de la Administración donde el funcionario ejerce su función y la comunidad en general.

1.2. OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Los elementos fundamentales que constituyen la comisión del delito de cohecho son; dádiva, favor o retribución, ofrecimiento o promesa, que constituyen un móvil económico y en provecho del funcionario o tercera persona. Se requiere que las cuantías de tales retribuciones sean relevantes, que contengan valor, que no sean meras cortesías o gratificaciones a los funcionario o autoridad. El factor humano, constituye un peligro par el correcto funcionamiento de la administración pública, por ende, debe primar los principios de imparcialidad y objetividad, por lo que se prohíbe la práctica de ciertas costumbres.³³

El objeto con el que se corrompe al funcionario, es la dádiva, dinero en efectivo o símbolo que lo represente, como puede ser cheques, valores o el regalo de un coche etc. ¿Se puede considerar un servicio como soborno? Como por ejemplo unas vacaciones pagadas, o el disfrute de algunas ventajas. Resultaría una cuestión difícil de calificarlo como tal. Pues estaríamos hablando de ciertos incentivos que se producen en determinados ámbitos, que conllevan siempre una ventaja económicamente valorable. Esto era lo que ocurría anteriormente, superando esta visión arcaica, la LO 1/2015, para evitar limitaciones típicas injustificada, habla de favor o retribución. No se estima que el favor sea valorable económicamente. Lo importante es que la dádiva o favor sean efectuados como retribución por el acto llevado o no a cabo por el funcionario o autoridad. *“El soborno, en cualquiera de sus formas, es, pues, una compensación por el servicio prestado o por prestar; que sea*

³²AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límites de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 190-199. Editorial Dykinson

³³ DE ESPINOSA CEBALLOS. Elena Marín. Lecciones de derecho penal, parte especial, pág. 378. Año 2018. Editorial Tirant lo Blanch

*traducible en dinero no es necesario ni la Ley lo considera ahora indispensable para la pena*³⁴”

1.3 ELEMENTO SUBJETIVO

En cuanto a su elemento subjetivo, podemos establecer que se trata de un delito doloso, inicialmente unilateral, de mera actividad. Cabe dolo directo o dolo eventual, el sujeto tiene que conocer todos los elementos que forman parte del tipo objetivo. El funcionario o autoridad tiene que tener conciencia del cráter y a finalidad de la solicitud, aceptación, recepción de la dádiva o promesa y aun así querer actuar. Resulta indiferente le móvil por el cual actúa.

Cuando se dice *“en provecho propio o de un tercero”*, constituye un elemento subjetivo del injusto. No cabe error en este tipo de delito, pues el funcionario como bien se explicó anteriormente conoce y quiere realizar el acto.³⁵

Se habla de dolo eventual, respecto a todas las circunstancias del tipo. En el que se requiere que el dolo del autor abarque, que este actúe como funcionario, que la acción se realice a cambio de una remuneración no debida, que se encuentre dentro sus competencias u obligaciones genéricas y por último que la acción que se promete es contraria a los deberes inherentes al cargo.³⁶

1.4 CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

Anteriormente se consideraba que el delito de cohecho tenía un carácter bilateral, determinando que era necesario para la comisión del mismo el *acuerdo o pacto* de al menos dos personas, se trata de quién hace el ofrecimiento y el que recibe la dádiva. En el derecho vigente y en atención a las doctrinas y jurisprudencia más modernas, se deja a tras esta concepción. En la actualidad se establece el carácter unilateral del delito de cohecho, de esta forma el funcionario que solicita una dádiva, sólo con esta solicitud que realiza se consuma el delito, aún cuando el particular no lo hubiera aceptado.

“El delito de cohecho es al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma con la mera solicitud u ofrecimiento de la dádiva. Así se deduce expresamente del

³⁴ QUERALT JIMÉNEZ JOAN. J. Derecho penal español parte especial. Revisado y puesto al día conforma a las Leyes Orgánica 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, pg. 1162-1163, año 2015, Editorial Tirant lo Blanch

³⁵ AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límites de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 190-199. Editorial Dykinson

³⁶ MORALES PRATS FERMÍN. Comentario a la parte especial del derecho penal, 10ª edición, año 2016, pg. 300, editorial Aranzadi, SA

*texto legal, sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento”.*³⁷

La reforma operada en el año 2010 mantiene la misma concepción al respecto.

El delito se consuma cuando la manifestación de voluntad del autor se pone a conocimiento de la otra parte, o cuando se consigue el acuerdo entre el funcionario y el particular, aún cuando no se haya establecido el “*quantum*” de la dádiva o la forma exacta en la que se va a revestir la acción u omisión objeto del delito de cohecho.

Como se deduce desde la perspectiva del interés tutelado, podemos decir que el cumplimiento o no de lo que se pacta, no incrementa lo injusto del delito, pues lo relevante es el elemento principal que se tiene en cuenta para la consumación del delito, consistente en el acuerdo o el intento de acuerdo que se produce entre el funcionario y el particular, encaminado a que el funcionario a quien le corresponde emitir o resolver un acto que le es propio de su cargo, tome decisiones con intereses ajenos o contrarios a los intereses públicos. De forma que la lesión del bien jurídico se produce en el instante en que se obtiene o se manifiesta la voluntad de perpetuar el delito.

El argumento más utilizado para negar el carácter pluripersonal del delito de cohecho, es precisamente la posibilidad de que el delito se consuma sin la intervención del particular, cuando el funcionario solicita una ventaja y esta petición es desatendida por el destinatario, por lo tanto no se puede considerar el delito de cohecho como pluripersonal, pues si requiere participación de un tercero, pero como bien se dice anteriormente, es una participación necesaria, y la participación del particular no es punible aquí, pues el particular que entrega, su conducta se enmarca en el art 424 CP.

Con referencia a las formas imperfectas de ejecución, cabe destacar que en principio técnicamente son viables. No obstante, la equiparación normativa que se produce entre los comportamientos que integran la puesta en peligro del bien jurídico, con aquellos que suponen una efectiva lesión del mismo, dificultan en gran medida los casos en los que se pueda apreciar la tentativa. En consecuencia, la acción de solicitud de dádivas, que emite un

³⁷ CARLOS MIR PUIG. Comentarios al código Penal. Reforma Ley Orgánica, 1/2015 y 2/2015, Valencia 2015, pg. 1408, Editorial Tirant lo Blanch

funcionario que no llegue a ser recibida o conocida por su destinatario, podría integrar un supuesto de tentativa de cohecho.³⁸

1.5 PARTICIPACIÓN

Como delito especial propio, se excluye la imputación a título de coautor y de autor mediato, dejando los supuestos de coautoría de dos o más funcionarios competentes. Por el contrario, puede responder a título de partícipe, en cualquiera de sus modalidades, (inductor, cooperador necesario, cómplice). Pueden ser partícipe tanto un particular como un funcionario, mediante el soborno. La admisión de la dádiva puede ser *“por sí o por persona interpuesta”*, el tercero que admite la dádiva en nombre de la autoridad o funcionario un intermediario, puede responder a título de cooperador necesario, también puede hacerlo a título de cómplice, eso va a depender de las circunstancias del caso concreto. Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia suelen decantarse por la cooperación necesaria. Lo cual requiere que se den tantos los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Por otro lado, no debe descartarse la posibilidad de inducción. *“La participación requiere, que como tal no posea el dominio del hecho, porque entonces respondería como autor de un cohecho activo, y, por otro, requiere dolo, Si el tercero actúa consciente de que está interviniendo, en la transmisión de la dádiva, esto es, sin dolo, es un mero instrumento, y su conducta es impune”*³⁹

1.6 CONCURSO Y PENA

En el ámbito concursal podemos destacar de la modalidad más grave de cohecho tipificada en el art 419 CP, que este puede entrar en concurso de delitos, real o medial, a través de la dinámica comisiva con otro delito, cuando el objeto del acuerdo se traduce en la realización de un acto propio del cargo, contrario a los deberes inherentes del mismo y en suma constitutivo de delito. Esto se produce tanto si el acto comprometido por el funcionario, se basa en una acción, o como si se tratase de una omisión, si una vez alcanzado el acuerdo entre las partes, es decir, funcionario y particular, se lleva a cabo la ejecución o abstención.⁴⁰

Al respecto hay autores que consideran que la realización de la acción o la omisión constitutiva del delito, no queda absorbido por el delito de cohecho, ya que con referencia al inciso final del art 419 CP, debe ser apreciado un concurso real de infracciones. Pues

³⁸MORALES PRACT FERMÍN. Comentario a la parte especial del derecho penal, 10ª edición, año 2016, pg. 301, editorial Aranzadi, SA

³⁹ NAVARRO CARDOSO FERNANDO. El cohecho en consideración al cargo o función. Año 2018, pg. 55. Comité científico de la Editorial Tirant lo Blanch

⁴⁰ MORALES PRATS FERMÍN. Comentario a la parte especial del derecho penal, 10ª edición, año 2016, pg. 300, editorial Aranzadi, SA

consideran que el *“cohecho es en rigor una infracción medio para cometer otra, sino el motivo por el que se comete esta segunda, que a su vez motiva el pago de la dádiva”*. Por consiguiente, es discutible que el delito de cohecho se aprecie el concurso medial.⁴¹

El acto del funcionario ha de ser contrario a los deberes inherentes a su cargo, y este puede ser constitutivo o no de delito. Cuando es constitutivo de delito, esta modalidad de cohecho entra en concurso de delitos con el delito que efectivamente realice el funcionario, Así se encuentra establecido en el último inciso del precepto, cuando determina que la pena que corresponde al cohecho se impondrá *“sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutiva de delito”*.⁴²

Con referencia al concurso medial, se puede establecer una relación concursal entre los delitos de malversación y cohecho, en las relaciones entre funcionarios y empresarios se produce un pacto específico. En el cual los funcionarios, adjudicaban a los empresarios importantes contratos de suministros y de prestaciones de obras librándolos de realizar dichas prestaciones que se exigían en las contrataciones adjudicadas, de modo que se podían ahorrar importantes sumas de dinero en perjuicio del patrimonio autonómico. Y los empresarios a quienes se les adjudicaban estos contratos aportaban cuantiosas dádivas, liberalidades a los funcionarios y el dinero fraudulento ahorrado se repartiera de forma convenida y proporcional entre ambas partes. Se produce un sistema de retroalimentación, es decir, las prestaciones no satisfechas por los empresarios se corresponden con las dádivas percibidas por los funcionarios, que va a afectar no sólo al patrimonio público sino también a las adjudicaciones realizadas en los contratos, con lo cual se está vulnerando el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, porque se está corrompiendo de forma sustancial el sistema de adjudicación de los contratos públicos, sin perjuicio del menoscabo del caudal público. Por tanto, no se puede hablar de un delito continuado de malversación, sino que concurren en este tipo de actuaciones el delito de cohecho y de malversación de caudales públicos *“Pues las dádivas tenían como finalidad u objetivo no solo obtener las adjudicaciones de los contratos de suministro material y de las obras a realizar sino propiciar que los empresarios dejaran de realizar alguna de las*

⁴¹T.S, VIVES ANTÓN. Derecho penal parte Especial. 5ª Edición revisada y actualizada a la ley orgánica 1/2015. Pág. 619, año 2016, Editorial Tirant lo Blanch

⁴²GÓMEZ TOMILLO MANUEL Y BLANCA CORDERO ISIDORO. Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo V, delitos de falsedades, contra la administración pública y contra la administración de justicia, primera edición art 386-471, pg.1, año 2015. Editorial Aranzadi, SA

*prestaciones a las que se encontraban obligadas, en atención a las facturas que se le abonaron por tanto se aprecia esa relación medial*⁴³”.

Por otro lado, si se considera que el bien jurídico protegido incluye también la confianza de la generalidad de las personas en ese correcto funcionamiento de la Administración, la manifestación exterior de la disposición del funcionario de llevar a cabo o realizar un acto a cambio de una dádiva, lleva consigo un mal ejemplo para el resto de funcionarios y una perturbación de la confianza del público en el correcto funcionamiento de la Administración, por lo que cabrá un concurso ideal de delito entre el cohecho y el delito de estafa del art 248 CP⁴⁴.

Las relaciones concursales entre el delito de cohecho en general y el tráfico de influencias se resuelve a través del concurso de normas, conforme a la regla de la alternatividad del ordinal 8 del CP⁴⁵.

Podemos decir que prácticamente el delito de cohecho subsume al delito de tráfico de influencias, debido a que las conductas del tráfico de influencias, suelen ser, generalmente el escalón previo para la comisión de otros delitos, en este cohecho o una forma de refugio al que acudir cuando no se pueda probarla concurrencias de otros delitos. El problema que podemos observar de la relación concursal del cohecho y el tráfico de influencias es lo dicho anteriormente el tráfico de influencias se solapa con el delito de cohecho. Cuestión controvertida pues algunos autores consideran que esto no es así. En cualquier caso, de producirse esta situación tiene que resolverse por concurso de leyes o de delitos. Por encima del tráfico de influencias se encuentra el delito de cohecho otros más graves.

El bien jurídico protegido en este delito “*resulta similar al protegido en el delito de cohecho, el correcto funcionamiento de la administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública*”

La diferencia con el cohecho se encuentra en que el tráfico de influencias la imparcialidad se ve de algún modo lesionada a través de los mecanismos, como la dádiva o promesas, de esas relaciones personales con un funcionario y, en consecuencia, los tipos del tráfico de

⁴³ CADENA SERRANO FIDEL ÁNGEL. Concurso de delitos entre malversación y cohecho. En la medula de la corrupción. Diario la Ley, N.º 9535. Sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de diciembre de 2019, pg. 6-9, Wolters Kluwer

⁴⁴ MIR PUIG CARLOS. Comentarios al Código Penal. Reforma 1/2015 2/2015, pg. 1413, año 2015. Editorial Tirant Lon Blanch

⁴⁵ NAVARRO CORDOSO FERNANDO. El cohecho en consideración al cargo o función. Año 2018, pg. 131. Comité científico de la Editorial Tirant Lon Blanch

influencias, no se superponen, ni son innecesarios, sino que se complementan, porque en la dinámica comisiva de la corrupción uno abarca lo que el otro no abarca.

“Concretamente, en el tráfico de influencias en sentido estricto lo que se intenta tutelar es el cumplimiento de la obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente y sin la presencia de dádivas o promesas propias del cohecho en la toma de decisiones en el delito en cuestión no se pone en evidencia, no se lesiona o no se intenta lesionar el correcto funcionamiento de la Administración Pública porque lo que se incrimina no es el ejercicio de la influencia sobre un funcionario público, sino alardear de poseer el poder de influenciar o, sin alardear de él, es decir, sin iniciar el sujeto el iter criminis, asumir que se tiene ese poder (así, concretamente, en el caso de que alguien se dirija al particular ofreciéndole la dádiva o regalo porque es conocedor de que tiene unas especiales relaciones con un funcionario”⁴⁶.

En cuanto a las penas, decir que las penas de prisión son las mismas para las tres modalidades que se recogen en el precepto e introducidas con la reforma del Código penal de 2010, se incrementa el límite mínimo de la pena de privación de libertad, se pasa de tres a seis años, en el anterior art 419 estaba establecido de dos años, con lo que impide a principio, la suspensión de la pena o sustitución de la pena de prisión que se contempla en el anterior art 88 CP. En cuanto a la multa se establece de 12 a 24 meses, con lo que deja de ser proporcional al valor que tiene la dádiva. Para la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público con la reforma llevada a cabo en 2015 se incrementa la mínima que pasa de 9 a 12 años, en la reforma de 2010 era de 7 a 12 años. Además, se introduce una modificación relevante, pues incluye junto a la suspensión de empleo y sueldo, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo de 9 a 12 años⁴⁷.

Tribunal Supremo Sala de lo Penal, STS 1551/2018, en las navidades de 20005, Ezequiel, Avelio y Cesar, de común acuerdo y actuando con la finalidad de agradecer a Aida Ofelia el trato de favor y las ilícitas actuaciones que llevó a cabo para que su empresa Orange Market SL para que esta resultara adjudicataria el concurso de Fiur 2005, así como para reservar las

⁴⁶SOTO RODRÍGUEZ MARÍA LOURDES. Diario La Ley, Nº 8489, Sección Doctrina, pg. 1-3, 26 de Febrero de 2015, Ref. D-72, Editorial LA LEY

⁴⁷AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límites de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 201-202. Editorial Dykinson

siguientes convocatorias, le regalaron un reloj de marca Hublot por importe de 2400 euros, que adquirió de la Joyería Suárez.

Se castiga a Doña Aida Ofelia, como autora de un delito de cohecho pasivo, por el cual le imponen sin que sean de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad, las correspondientes penas; 3 años de prisión, inhabilitación especial en cuanto al ejercicio de sufragio pasivo durante el transcurso de la condena, una multa de 5000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos meses para el caso de impago y una pena de 8 años de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargos públicos relacionados con actividades en el ámbito administrativo.

1.7 OTRAS MODALIDADES

Cohecho pasivo impropio, art 420 CP. En este delito se pacta una dádiva con la finalidad de llevar a cabo el funcionario en el futuro un acto propio del cargo, Se considera de menor gravedad que el art 419 CP, pero tiene similitud con éste al contener elementos comunes, como pueden ser las modalidades típicas *“solicitar y recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o aceptar ofrecimiento o promesa”*, y también tienen en común el elemento subjetivo del injusto *“en provecho propio o de un tercero”*. Por otro lado el sujeto activo también ha de ser un funcionario o autoridad pública, que puede actuar por si mismo o por persona interpuesta, lo cual determina que si la persona interpuesta actúa con el pleno conocimiento y voluntad de cooperación en la acción constitutiva de delito, es partícipe del delito de cohecho, En este delito *“la pretensión de la autoridad o funcionario es para cumplir con su obligación, que el particular puede pensar que es eludible o dilatable mediante injustificadas trabas administrativas o alegación de exceso de trabajo”*

La menor gravedad del delito de cohecho pasivo impropio art 419 CP, reside en que el instrumento del delito, deber tener como causa que determinante de la ejecución, *“un acto propio del cargo”*, es decir, que se encuentre dentro de las competencias genéricas del funcionario o autoridad. El delito se consuma con solicitar o recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, se considera un delito mera actividad, aún cuando el acto propio del cargo no se lleve a cabo, entendiéndose por acto propio del cargo, todo acto en base a derecho, administrativo de naturaleza reglada y discrecional⁴⁸.

⁴⁸AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límites de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 202-204. Editorial Dykinson

En cuanto al tratamiento punitivo, el cohecho pasivo impropio para la realización de actos reglados y de actos discrecionales, se castiga *“la solicitud o recepción de dádiva o la aceptación de ofrecimiento o promesa por la realización de toda clase de actos «propios del cargo» con las penas 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”*.⁴⁹

En cuanto al art 421 CP, hace referencia al cohecho subsiguiente, en el que se sanciona una conducta *“a posteriori”*. Se determina que las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también, cuando la dádiva, favor o retribución se recibirá o solicitare por la autoridad o funcionario público, como una recompensa por la conducta descritas en dichos artículos. Se castiga tanto los casos en que la recompensa se produzca a posteriori al acto del funcionario o autoridad, sin que se lleve a cabo negociación previa con el particular, como en los supuestos en los que se haya producido una promesa previa pero que no se haya podido demostrar.⁵⁰

El art 422 CP, castiga con pena mucho más moderada, que los artículos anteriores y suspensión de empleo y cargo público. *“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”*

A diferencia de los supuestos anteriores, este no hace referencia a la conducta en el que el funcionario *“recibiere o solicitare”* para seguir una determinada conducta o como recompensa por la que realiza. Por el contrario, se señala al funcionario que *admitiera*, lo que se le ofrece en *“consideración a su cargo”* de modo que, si la solicitud del funcionario no tuviera algunas de las finalidades expuestas anteriormente y no va acompañada de esa aceptación por el solicitado y de la efectiva entrega de la dádiva, no puede ser constitutivo de delito⁵¹.

Al respecto el Tribunal Supremo, sala Segunda de lo Penal, sentencia 14/2015 de 26 de enero. 2015, Rec.1538/2014. Se admite dádiva o regalo ofrecidos en consideración al cargo o función. Se condena al ex presidente de Goven Balear, se vale de su condición, y pidió y obtuvo de un empresario una contratación simulada de su esposa con abono de salario mensual por tiempo de un año, sin producirse la realización de ni ningún trabajo y con la

⁴⁹VÁZQUEZ FERNANDO POTOMEÑE SEIJAS. Política criminal del cohecho impropio; presupuestos para su reforma en el código penal español, Diario la ley, n.º 8526, sección tribuna, pg. 1, año 2015, ref. d-158.Editorial la Ley

⁵⁰ MUÑOZ CONDE F.. Derecho Penal parte Especial. 21º edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, pág. 874, año 2017. Editorial Tirant Lo Blanch

⁵¹ LUZÓN CUESTA JOSÉ MARÍA. Compendio de Derecho Penal Parte Especial, pg. 321, julio 2011.Editorial Dykinson, S.L

finalidad de ocultar una donación ilícita. Con la simple recepción ya se lleva a cabo las exigencias típicas del precepto. La consumación del delito se produce con la admisión de la dádiva, es indiferente que su iniciativa o solicitud provenga de un tercero o de la persona beneficiada, pues lo que se sanciona es el abuso del ejercicio de la función pública.

En cuanto a la última modalidad de cohecho, la tipificada en el art 423 CP. *“Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”*. Esta ampliación del concepto penal de funcionario que alcanza todas las modalidades de cohecho pasivo, no se produce hasta que llega la reforma de 2010, dato curioso, pues antes se encontraban previsto en el art 422 CP y los cohechos pasivos impropios y por recompensa estaban establecidos en el art 425 CP, lo que llamó la atención a GRECO en su Informe año 2009. Lo que se pretende, dicho por cierto autores no es ampliar el grupo de personas que pueden ser sujetos activos del delito sino definir de alguna forma las modalidades de cohecho, que compartiendo su patrón delictivo se llevan a cabo por personas distintas de las de funcionarios y autoridades públicas que llevan a cabo una función o desarrollan actividades de las de aquellas. De esta forma se produce un concepto común extensivo de funcionario, cuando lo que realmente se extiende es la tipicidad de las modalidades de cohecho. Por otro lado hay autores que no comparten del todo ésta concepción, pues a medida que en que se amplían los potenciales autores y estos mismos llevan a cabo actividades específicas, consideran que las conductas típicas no se amplían, lo que se produce es un incremento de ámbito de aplicación del cohecho pasivo⁵².

2. DIFERENCIAS CON EL COHECHO ACTIVO

El cohecho activo es el opuesto del cohecho pasivo, regulado en el art 424 CP, en cual se recogen varias modalidades típicas. En las que el sujeto activo en este caso, es el particular que interfiere con su soborno en las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad o funcionario público. En cuanto al bien jurídico protegido podemos decir que lo que se protege es el respecto por parte del particular al correcto funcionamiento de los órganos estatales, teniendo en cuenta el principio de imparcialidad.

El cohecho activo y el cohecho pasivo son delitos autónomos. La acción delictiva es la misma en los supuestos en los que la función pública no se desarrolla directamente por la

⁵² NAVARRO CORDOSO FERNANDO. El cohecho en consideración al cargo o función. Año 2018, pg. 49- 50, Comité científico de la Editorial Tiran Lon Blanch

Administración, sino que se llevan a cabo por organismos autónomos de carácter público o empresas públicas, con independencia del régimen jurídico aplicable al desarrollo de su actividad, sea público o privado. Se producen los dos caracteres esenciales de lo que representa la función pública *“actuación llevada a cabo por un ente público y persecución de un fin público, lo que nos conduce a la conclusión de que habrá que considerar a sus miembros como funcionarios públicos a efectos penales”*.

Hay autores que consideran que es indiferente que la dádiva se entregue antes o después, o no, de la realización de la correspondiente conducta por el funcionario, por cuanto lo esencial es que la dádiva, con independencia del momento en que se entrega, sea la causa eficiente de su actuación. Lo relevante es el pacto previo de entrega u otro objeto o bien codiciado por el funcionario, con independencia de que la entrega se realice con posterioridad de la conducta que solicita o se le exige. Se determina que la solicitud o recepción de la dádiva o que se acepte la oferta se lleva a cabo por el funcionario a cambio de la realización por su parte, *“en el ejercicio de su cargo”* de un acto constitutivo de delito.

En el concepto de acto *“en el ejercicio del cargo”* contempla tanto aquellos actos que son de la competencia propia del funcionario y aquellos que en virtud de la función pública ejercida los tenga atribuidos. Se considera que en cualquier caso la dádiva tiene que funcionar como causa de la actuación corrompida del funcionario, es decir, una relación de causa-efecto con su cargo. Por su parte, *“la actuación del funcionario puede ser de variada naturaleza: emisión de informes consultivos, vinculantes o no, favorables al particular, la realización de omisiones en el desempeño de su cargo cuando el no actuar –teniendo el deber de hacerlo– favorezca a quien ofrece la dádiva, o la realización de cualquier tipo de actos, incluso meramente materiales o la realización de actos positivos que favorezcan al particular que ofrece la dádiva, etc.”*. Resulta indiferente el cargo público que tenga el funcionario, lo que se requiere es que el funcionario tenga un mínimo de actividad decisoria para poder llevar a cabo el acto, es decir, ejecutarlo⁵³.

Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) Sentencia núm. 221/2019 de 24 junio. ARP 2020\279, se condena a Pelayo, Porfirio y Rafael, como autores de un delito de cohecho del art 424 CP, por ofrecer el resto de los acusados al Interventor la contratación ilegal de Berta a cambio de modificar los informes de reparo por otros en los que no se formulase reparo a la adjudicación de obras.

⁵³A BAO A QU. Los riesgos penales, pg. 122-123, año 2016 La Ley. Editorial Bosch

En el art. 424 se agrupan las modalidades en dos formas de cohecho activo, por un lado en el apartado 1, se tipifica la conducta del particular que corrompe o intenta corromper a la autoridad o funcionario público, para que este lleve a cabo algunas de las conductas constitutivas del delito de cohecho pasivo, regulados en los arts. 4019, 420, 421 y 422, cualquiera de los tipos de cohecho pasivo sea propio o impropio, de este modo se castiga en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad o funcionario. En su apartado dos *“se castiga al particular que atiende la solicitud de la autoridad o funcionario con las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan”*.

De lo que podemos observar que la conducta llevada a cabo por el particular no es menos grave que la que realiza el funcionario autoridad. Es muy difícil determinar quién inició primero la negociación. Al igual que ocurre con el cohecho pasivo, en el apartado primero del art 424 CP se equiparán el concierto entre el funcionario y el particular, es decir, la corrupción lograda y el mero intento de la proposición.

Con lo cual no es posible, las formas imperfectas de ejecución. Igualmente, también es este delito la dádiva o promesa puede ser *“de cualquier clase”*, pero en cualquier caso tiene que motivar al funcionario. La corrupción puede aparecer de varias formas, por ejemplo, como un negocio jurídico, el cual el funcionario ofrece objetos a un precio inferior al normal. Si la corrupción tiene como finalidad inducir al funcionario a realizar un acto constitutivo de delito, el particular puede responder como partícipe en el delito llevado a cabo por el funcionario. En el supuesto de que acepte la solicitud del funcionario art 424,2 CP, no se le puede castigar como participe por inducción en el acto realizado por el funcionario, pues la inducción mutua se alejaría de la realidad, por el contrario, podrá considerarse al particular aceptante de la solicitud del funcionario como partícipe en base a cooperación necesaria.

El art. 425 “prevé una atenuación para el cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o para el ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o por adopción, o afines en los mismos grados, cuando el soborno mediar en causa criminal a favor del reo, imponiendo al sobornador una pena de prisión de seis meses a un año, pena sensiblemente atenuada en atención a la situación de ,no exigibilidad» de otra conducta distinta en que se encuentran las personas que así actúan⁵⁴”. Se prevé una modificación considerable respecto a la pena del art 425 CP.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal parte Especial. 21º edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, pág. 877-879, año 2017. Editorial Tirant Lo Blanch

Con la finalidad de facilitar la persecución del cohecho pasivo, el art 426, otorga la impunidad al particular que haya accedido “*ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público*”, siempre que “*denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación*”.

Con la reforma del 1/2010 no experimenta grandes cambios la excusa absolutoria de este precepto, lo único relevante es la ampliación de diez a doce meses para liberar de responsabilidad penal al particular. La denuncia en el cohecho activo se interpreta como una causa personal de levantamiento de la pena por ser un comportamiento postdelictivo que exonera de forma retroactiva por una punibilidad, que ya había existido, es decir, el comportamiento posterior positivo anula la punibilidad que merece el hecho.

En cuanto a los requisitos de la excusa del art 426 CP, alcanza al particular que ha accedido *ocasionalmente* a la solicitud de la dádiva o retribución planteada por el funcionario o autoridad pública. Con lo cual se extendería a las modalidades típicas, por las que respondería el particular. Incluye tanto las del art 424, 2 y 424,3 CP, este último referidos a los casos de relaciones con los procedimientos de contratación, de subvenciones o de subastas convocadas por la administración o entes públicos, la doctrina prevé una pena de inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas. De lo que se deduce que tanto el particular, asociación u organización son alcanzados por la eficacia de exonerante de la excusa⁵⁵.

Con la Reforma del Código Penal de 2015, el artículo 424, en su apartado 3, modifica la penalidad prevista indicando que “*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 la Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que represente 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 beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años*”, con esta reciente reforma aumentan la mínima prevista en la anterior reforma de 2010 que pasa de 3 años a 5 años y la máxima de 7 años a 10 años⁵⁶

⁵⁵CABEZA OLMEDO MAJÓN. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Pg. 1128-1129, año 2015. Editorial Tirant Lon Blanch

⁵⁶AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límites de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 211-212. Editorial Dykinson

V. LA MODIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO ART 427

Con la reforma de la Ley Orgánica del 5/2010, el concepto de funcionario público se amplía. El art 427 CP, prevé la extensión de los delitos de cohecho a los funcionarios de la Unión Europea y del art 445 CP, relativos a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales, donde el párrafo 3 ofrecía un concepto auténtico de “*funcionario extranjero*”. La diversidad de conceptos aportados por ambos preceptos, fueron criticados en la reforma de 2010. Pues ambos conceptos de funcionario público extranjero creaban confusión con los definidos en el art 24.2 CP. La nueva redacción que nos da el art 427 CP, es consecuencia de la superación de las relaciones de concurrencia normativa entre los delitos de cohecho de funcionario de la Unión y los de corrupción en las relaciones comerciales internacionales. También se produce esta nueva redacción, por la manifestación de diverso estudios e informes de organismo supraestatales, informes de Consejo General del Poder judicial etc.

Al respecto otros autores determinan que el art. 427 *establece la extensión de la responsabilidad penal en relación con las distintas modalidades de cohecho a los casos en que los hechos afecten a los funcionarios o cualquier otra persona que ejerza una función pública en un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, o en la Unión Europea o en una organización internacional pública. En la reforma de 2015 se suprimió el Título XIX bis que tipificaba expresamente los Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», que ahora se castigan en base al art. 286 ter*”.⁵⁷

Con las respectivas modificaciones ha prevalecido el concepto amplio y material que ofrecía el art 445 CP, que reproducía de manera literal el concepto establecido por la Convención de la OCDE de 21 de noviembre de 1997, art 14 a). Concepto que abarca de forma expresa a los funcionarios de la Unión Europea, se agrega una referencia directa a la misma de forma que se construye el nuevo concepto de funcionario extranjero. Hay que destacar que este concepto es aplicable de forma general a todo el Código⁵⁸.

El art 427 CP, establece que dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:

⁵⁷ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal parte Especial. 21º edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, pág. 880, año 2017. Editorial Tirant Lo Blanch

⁵⁸MORILLAS CUEVAS LORENZO. Estudios sobre el Código Penal Reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015), pg. 837-838, año 2015. Editorial Dykinson.

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.*

d) *Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses*

El apartado a) del art 427 CP, coincide en parte con lo expuesto en el art 1.4 del convenio de la OCDE del 22 de octubre de 2002. La diferencia se encuentra en que el cargo o empleo al que ostenta la persona puede ser de un país de la Unión Europea o de un país del extranjero⁵⁹. Por otro lado, cuando se hace alusión a los cargos o empleos sean en el ámbito del poder legislativo, judicial o administrativo y a su modo de designación lo que se persigue es hacer extensiva la sanción de sobornos dirigidos a los parlamentarios, ministros, miembros de sus máximos órganos jurisdiccionales, o a los miembros de los Tribunales de Cuentas independientemente de que lo permita la legislación nacional de la persona sobornada. De otro modo se hace referencia a cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea, en el Convenio de la OCDE se expresa en términos más restrictivos.

En el mismo texto la noción de organismo público o empresa pública vienen definidos respectivamente como toda “*actividad constituida por disposiciones de Derecho público ejerce actividades específicas del interés público. Toda empresa cualquiera que sea su forma jurídica en la que uno o varios Estados ejercen su influencia dominante. Uno o varios Estados ejercen una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen. La influencia dominante se presume en los Poderes Públicos cuando directa o indirectamente: a) poseen la mayoría de las acciones; b) disponen*

⁵⁹CABEZA OLMEDO MAJÓN. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Pg. 1128-1129, año 2015. Editorial Tirant Lon Blanch

de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas o pueden designar a más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de las empresas”.

Se hace referencia a cualquier funcionario o agente de la UE o de una organización internacional pública, es decir, cualquier tipo de entidad que se encuentre integrada por Estados, Gobiernos u otras organizaciones públicas, con independencia de su ámbito de organización. Esto coincide con los objetivos que se persigue en el Convenio ya que lo importante es el hecho de que la organización internacional tenga capacidad para intervenir en el mercado internacional. *“Quedan fuera la corrupción de miembros de partidos políticos, en tanto la posición de éstos no pueda subsumirse bajo alguna de las categorías mencionadas en el art. 427 del CP. Por ello, un Parlamentario o un Ministro podrán ser los destinatarios de las conductas previstas en el art. 286 ter y en los arts. 419, 420 y 422, pero no como miembros o simpatizantes de un partido, por muy influyente que sea su opinión, sino como agentes públicos o autoridades”*⁶⁰.

Se introduce esta extensión como consecuencia de la desaparición de los delitos de las transacciones comerciales internacionales. Hoy en día se encuentra regulado en el art 286 ter, se trata de un delito común en el cual se castiga tanto la iniciativa del particular como a quienes atendieran las solicitudes de soborno de los funcionarios y agentes públicos definidos en los arts. 24 y 427 del CP.

Con referencia a este delito podemos decir lo siguiente. Se trata de un delito de corrupción pública, se caracteriza por el fin de que un agente público actúe o se abstenga de actuar *“en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales”*. Se trataría de un supuesto de cohecho activo, en donde sólo se castiga al potencial corruptor. A diferencia de los que sucede en los delitos de cohecho, en este delito no se considera al corruptor como partícipe en la infracción de deberes del funcionario o autoridad, sino al verdadero protagonista que comete de forma ilegítima o desleal. De modos que el art 286 ter, sólo castiga, al menos como autoría, el cohecho activo.

“Si bien es cierto que este tipo de corrupción pública, especialmente cuando se trata de comportamientos sistemáticos de grandes multinacionales en países del tercer mundo, tiene

⁶⁰GONZÁLEZ CUSSAC JOSÉ L. Comentarios a la reforma de 2015, pg. 1138 1140, año 2015, 2ª edición, año 2015, Editorial Tirant Lo Blanch

importantes efectos colaterales en las Administraciones y desarrollo de las economías afectadas, el principio de imparcialidad u objetividad relativo a las decisiones de los funcionarios públicos y miembros de organizaciones internacionales no sería el objetivo específico de protección, sino el medio a través del cual se atenta contra el bien jurídico protegido. ⁶¹

El art 286 ter, ya no contempla la una noción autónoma de funcionario extranjero, sino que hace una interpretación conforme a las categorías establecidas en el art 427 del CP, El legislador ha hecho lo posible por compatibilizar la noción aportada por el Convenio de la OCDE y la aportación por otros instrumentos internacionales a los que España se encuentra vinculado. ⁶²

Por último, decir que estos delitos también se aplican al art 427 bis, referidas a las personas jurídicas ⁶³

VI. CONCLUSIONES

I. Cuestiones generales

En cuanto a las reformas operadas en la ley orgánica del 5/2010 y 1/2015 podemos decir que el objetivo principal de esta reforma es la necesidad de adaptar lo que es la normativa española a la normativa internacional contra los delitos de corrupción. Con las pertinentes reformas se han llevado tanto una nueva reagrupación de las distintas modalidades de cohecho pasivo y un gran incremento de la mayoría de las penas de los delitos en el ámbito de la Administración pública, en concreto el delito de cohecho ha visto incrementado sus penas. También se ha añadido las penas de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivos, aparejada la pena de inhabilitación para el del cargo o empleo público. De igual forma hemos podido observar que se ha llevado a cabo una ampliación del concepto de funcionario o autoridad pública extranjero, y las asimiladas a los funcionarios públicos del art 424.

⁶¹FEIJOO SÁNCHEZ BERNARDO. El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del art 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción. Diario La Ley, N.º 8987, Sección Doctrina, pg. 1-2, 25 de mayo e 2017. Editorial Wolters Kluwer.

⁶²CABEZA OLMEDO MAJÓN. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Pg. 1133-1134, año 2015. Editorial Tirant Lon Blanch

⁶³AGUDO FERNÁNDEZ ENRIQUE. Derecho penal Parte Especial. Delitos contra los intereses económicos y difusos, pg. 242, año 2019 Editorial Dykinson, S.L

Por otro lado, en cuanto a los conceptos claves, podemos decir que el sujeto activo que lleva a cabo la realización de la acción en el cohecho pasivo, es la autoridad o funcionario público, tratándose el concepto de funcionario o autoridad público de un precepto normativo que nos ofrece el art 424 CP, que nos ofrece una definición mucho más amplia que el Derecho Administrativo. Pues de suma importancia delimitar a quienes se considera como funcionarios públicos, para poder llevar a cabo de forma correcta la tipificación del delito.

II. Bien jurídico protegido

De forma general y concordancia con las doctrinas mayoritarias, lo que se pretende proteger en el ámbito de los delitos contra la administración pública en el Título XIX del Código Penal, lo que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración, atendiendo a los principios de objetividad e imparcialidad, donde los funcionarios realicen sus funciones de acuerdo a los intereses generales, sin que antepongan sus interés privados a los del colectivo cuando lleven a cabo el ejercicio de sus funciones.

III. Elementos comunes del cohecho: cohecho pasivo

En relación con la cualidad de autor, se distingue dos tipos de cohecho, por un lado, el cohecho activo y por otro el cohecho pasivo, la doctrina mayoritaria opta por esta división. Considero que ambos delitos son delitos distintos pues la conducta delictiva es diferente la una de la otra. Pues el cohecho activo, es el que realiza un particular que corrompe al funcionario y el cohecho pasivo aquel donde la autoridad o funcionario público solicita o acepta un soborno. Dentro del cohecho pasivo podemos distinguir cuatro modalidades, cohecho propio, impropio, subsiguiente y de facilitación.

Los elementos comunes de estos delitos son tanto el sujeto activo de la acción, funcionario o autoridad pública y el objeto material, las “dádivas” o “regalos”.

IV. Modalidades típicas

- El cohecho pasivo, art 419 CP. Lo comete la autoridad o funcionario público que con acción la de solicitar, aceptar o recibir la dádiva o favores lleva implícita la realización de algunas de las conductas como; un acto contrario a los deberes inherentes del cargo, no realizar o retrasar de forma injustificada el acto que debiera de realizar, un acto propio del cargo y cuando la dádiva, favor o retribución se recibe o se solicita como recompensa por tal conducta. Todos estos comportamientos son considerados cohecho pasivo. En referencia a la dádiva o regalos, podemos decir que esta tiene que ser capaz de corromper a la autoridad o funcionario incidir para que este actúe de una determinada forma en

relación con el desempeño del cargo o función. De esta forma dicho comportamiento se considera antijurídico. Pues el hecho de recibir o aceptar un regalo no se puede considerar como cohecho pasivo hasta que no tenga la capacidad de corromper, pues en el ámbito laboral se aceptan regalos que pueden ser admitidos socialmente y no considerarse como un modo de comparar un favor a la autoridad o funcionario público.

- En cuanto al tipo subjetivo que es lo más destacable en el delito de cohecho, llegamos a la conclusión de efectivamente estamos ante un delito doloso, ya que el funcionario conoce todos los elementos del tipo y aún así lleva a cabo el acto delictivo, con la finalidad de obtener un enriquecimiento propio o de tercero.
- El cohecho pasivo recoge distintas modalidades, de la cual destacamos el cohecho pasivo impropio art 420 CP, por ser una de las modalidades más leves del cohecho pasivo.
- Las diferencias que podemos observar del cohecho activo con el cohecho pasivo, es el cambio del sujeto activo de la acción, los medios comisivos son los mismos. El bien jurídico protegido en delito de cohecho activo, es el respecto al correcto funcionamiento de la administración pública y el del cohecho pasivo, es velar por el correcto funcionamiento de la administración pública, y que los funcionarios llevan a cabo los intereses generales, sin que intervengan en la realización del ejercicio de la misma sus intereses personales.

El cohecho activo, destacamos la excusa absolutoria, pues de algún modo se exonera penalmente al particular que lleve a cabo la conducta descrita en el precepto penal.

V. La modificación del concepto de funcionario extranjero art 427 CP

Esta extensión que se produce sobre el funcionario extranjero es fruto de las exigencias del Convenio Estrasburgo Convenio penal sobre corrupción de la Unión Europea, que pretende que cada Estado que forme parte de la Unión Europea, adopte de algún modo las medidas pertinentes, legislativas para que se pueda hacer frente a la corrupción, pero no sólo a nivel interno de cada Estado sino también con relación con los estados de la Unión Europea, en el ámbito internacional. Pues de este modo se interviene en el mercado internacional, en el ámbito de la contratación y abarca a todos los funcionarios extranjeros que desempeñen funciones públicas.

Como punto final de este Trabajo, decir que ha sido muy enriquecedor tanto a nivel académico y personal. Pues he adquirido nuevos conceptos jurídicos, que llegado el momento puedo introducirlo en la práctica. He aprendido a manejar jurisprudencia, leyes etc. Ha sido gratificante trabajar con este tema, ya que siempre ha sido un tema de interés para mí, y

profundizar al respecto me ha enriquecido. En determinados momentos ha sido muy complejo, pero he conseguido aprender y es lo que más me importa.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS LÓPEZ EUGENIO. Sobre el denominado delito de cohecho pasivo impropio. Diario La Ley, núm. 7278, 6 de noviembre de 2009, págs. 6-8 (versión digital).
- ARRIBAS LÓPEZ EUGENIO. El cohecho impropio después de la reforma. Diario La Ley, N.º7625, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2011, Año XXXII, Ref. D-198, pág. 2-5 Editorial La Ley
- AGUDO FERNÁNDEZ ENRIQUE. Derecho penal Parte Especial. Delitos contra los intereses económicos y difusos, pg. 242, año 2019 Editorial Dykinson, S.L
- A BAO A QU. Los riesgos penales, pg. 122-123, año 2016 La Ley. Editorial Bosch
- AOULAD BEN ALEM LUCENA, ABDESLAM JESÚS. Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. Regalo, adecuación social y los límites de la ley de transparencia. Año 2018, pg. 179-182. Editorial Dykinson
- BASILICO RICARDO. A Y JUAN TERRADILLOS BASOCO. Delitos contra la Administración Pública Editorial IB de F, pág. 45, año 2019
- BLANCO CORDERO ISIDORO. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. Diario La Ley, N.º 7534, Año XXXI, 23 de diciembre de 2010, Ref. D-393, pág., 2-4. Editorial La Ley
- BARJA DE QUIROGA. JACOBO. Manual de Derecho Penal parte Especial. Tomo II (Contestaciones al programa de derecho penal para acceso a la carrera judicial y fiscal) 1ª Edición, año 2018, pg. 6, Editorial, Aranzadi, S.A.U
- CABEZA OLMEDO MAJÓN. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Pg. 1128-1129, año 2015. Editorial Tirant Lon Blanch
- MIR PUIG CARLOS. Comentario a la Reforma Penal de 2010, Diario La Ley, N.º 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-393, pág. 4. Editorial La Ley
- MIR PUIG, CARLOS. Comentarios al código Penal. Reforma Ley Orgánica, 1/2015 y 2/2015, Valencia 2015, pg. 1408, Editorial Tirant lo Blanch
- DÍAZ Y GARCÍA, CONLLEDO. M. “Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción el ejemplo español” en RDUC, N.º7, 2004, pág. 149

- DE ESPINOSA DE CEBALLOS ELENA MARÍ. Lecciones de derecho penal, parte especial, pág. 377. Año 2018. Editorial Tirant lo Blanch.
- FEIJOO SÁNCHEZ BERNARDO. El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del art 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción. Diario La Ley, N.º 8987, Sección Doctrina, pg. 1-2, 25 de mayo e 2017. Editorial Wolters Kluwer.
- GONZÁLEZ CUSSAC JOSÉ L. Comentarios a la reforma de 2015, pg. 1138 1140, año 2015, 2ª edición, año 2015, Editorial Tirant Lo Blanch
- LUZÓN CUESTA JOSÉ MARÍA. Compendio de Derecho Penal Parte Especial, pg. 321, julio 2011. Editorial Dykinson, S.L
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal parte Especial. 21º edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, pág. 871-873, año 2017. Editorial Tirant Lo Blanch
- MESTRE DELGADO ESTEBAN. La Ley Penal, N°61, Sección Estudios, junio 2009, pág. 5, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 12052/2009.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS. Del cohecho. Esta doctrina forma parte del libro *"Comentarios al Código Penal "* edición, N.º 1, Editorial LA LEY, pág. 2-3. Madrid. La Ley 3327/2016
- MARÍN ESPINOSA DE CEBALLOS ELENA. B. Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delinciente. La Ley Penal, N.º 58, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo 2009, pág44, Editorial LA LEY
- MORILLAS CUEVAS LORENZO. Estudios sobre el Código Penal Reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015), pg. 837-838, año 2015. Editorial Dykinson.
- MARTÍNEZ VARELA. MANUEL. El concepto de funcionario público y autoridad desde un punto de vista penal. Sus repercusiones en el ámbito local. Especial referencia a la policía local al amparo de la Ley gallega 4/2007 de 20 de abril. El Consultor de los Ayuntamientos, N.º 15-16, Sección Colaboraciones, agosto 2012, Ref. 1802/2012, pág. 2-3, tomo 2, Editorial Wolters Kluwer
- MESTRE DELGADO ESTEBAN. Derecho penal y procesos de regeneración social, la Ley Penal, n.º 131, marzo-abril 2018, pg. 2, Editorial Wolters Kluwer.
- MAGRO SERVET VICENTE. Praxis de la respuesta judicial de los delitos de corrupción política. Diario la Ley, N.º 8557, Sección Doctrina, 9 de junio de 2015, Ref. D-230, pg. 4. Editorial La Ley

- MORALES PRATS FERMÍN. Comentario a la parte especial del derecho penal, 10ª edición, año 2016, pg. 300, editorial Aranzadi, SA
- NAVARRO MORENO. M.^a ISABEL. Apuntes de la asignatura, delincuencia en el marco de la Administración Pública y la Administración de Justicia
- NAVARRO CORDOSO FERNANDO. El cohecho en consideración al cargo o función. Año 2018, 25- 27, Comité científico de la Editorial Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ TOMILLO MANUEL Y BALNCO CORDERO. Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo V, delitos de falsedades, contra la administración pública y contra la administración de justicia, primera edición art 386-471, pg.1, año 2015. Editorial Aranzadi, SA
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ. N. La ejecución en los delitos de corrupción, Especial referencias al beneficio de la suspensión de la ejecución. Diario La Ley, N.º 9147, Sección Dossier, 26 de febrero de 2018, pág.2- 3, Editorial Wolters Kluwer.
- SÁNCHEZ ADSUAR MARCOS. El incumplimiento del principio de objetividad, neutralidad e imparcialidad del ejercicio de las funciones públicas. Especial referencia al delito de tráfico de influencia, negociación prohibida a los funcionarios, cohecho y falsedad en documento público. El consultor de los Ayuntamientos, n.º 12, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 jun, al 14 de julio 2005, Ref. 1951/2005, pág. 1-2, tomo 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.
- SOTO RODRÍGUEZ MARIA LOURDES. Diario La Ley, Nº 8489, Sección Doctrina, pg. 1-3, 26 de febrero de 2015, Ref. D-72, Editorial LA LEY
- T.S, VIVES ANTÓN. Derecho penal parte Especial. 5ª Edición revisada y actualizada a la ley orgánica 1/2015. Pág. 617, año 2016, Editorial Tirant lo Blanch
- QUERALT JIMÉNEZ. JOAN. J. Derecho penal español parte especial. Revisado y puesto al día conforma a las Leyes Orgánica 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, pg. 1162-1163, año 2015, Editorial Tirant lo Blanch
- VÁSQUEZ FERNANDO- PORTOMEÑE SEIJAS. Política criminal del cohecho impropio; presupuestos para su reforma en el código penal español, Diario la ley, n.º 8526, sección tribuna, pg. 1, año 2015, ref. d-158.Editorial la Ley
- Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio N.º 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 disponible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135

- GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción, Consejo de Europa, Tercera Ronda de Evaluación, *Informe de Evaluación Relativo a España*, Adoptado por el GRECO en su 42ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 11 a 15 mayo de 2009
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
- Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170), del Código Penal
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. RCL 2015\439
- BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO 31/03/2015 BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO 28/07/2010
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Webs:

<https://dle.rae.es/corrupción>

<https://laleydigital--laleynext--es.ujaen.debiblio.com/Content/Doctrina.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEsuyLTNzA0oMjRUNU6EMNSSC1IQYk6lxcMJRdqpedou-cklRZl5iQBFU0uPMwAAAA==WKE>

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo Sala de lo Penal, STS 1551/2018
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 807/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 10233/2017
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 626/2019 de 18 Dic. 2019, Rec. 2123/2018
- STS 793/2006 de 14 de julio (LA LEY 77299/2006)
- Tribunal Supremo, Sentencia del 7 de febrero de 2014
- APGranada (sección 1ª), sentencia n.º 34/2019 de 29 de enero (JUR 2019/218486).
- STS, N.º 807/2017 de 11 de diciembre RJ 2017/6003 (sala de lo penal, Sección 1ª)
- STS 1608/2005 de 12-12 (RJ 2006, 574)

- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 677/2019 de 23 Ene. 2020, Rec. 10502/2019.
- Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) Sentencia núm. 221/2019 de 24 junio. ARP 2020\279
- Tribunal Supremo, sala Segunda de lo Penal, sentencia 14/2015 de 26 de enero. 2015, Rec.1538/2014