

# El delito de cohecho, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

*Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Barcelona*

- 1. Introducción**
- 2. Visión general de las modalidades de cohecho**
- 3. Concepto de “dádiva”, “favor” o “retribución”**
- 4. Regulación de las distintas modalidades de cohecho**
  - 4.1. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos ilícitos o irregulares
  - 4.2. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos propios del mismo
  - 4.3. Cohecho de recompensa
  - 4.4. Cohecho en consideración al cargo
  - 4.5. Extensión a quienes participen en el ejercicio de las funciones públicas
  - 4.6. Cohecho cometido por particular
  - 4.7. Cohecho cometido por particular en una causa criminal
  - 4.8. La excusa absolutoria de la delación
  - 4.9. Extensión de las modalidades de cohecho a los funcionarios de la Unión Europea y afines
  - 4.10. Responsabilidad de las personas jurídicas
- 5. Autoría y participación**
- 6. Concurrencia del cohecho con otros delitos**
- 7. Particularidades procesales**
- 8. Bibliografía**

---

*Artículo recibido el 17/01/2017; aceptado el 26/01/2017.*

## Resumen

A través de la regulación de las diversas modalidades del delito de cohecho en el Código Penal, se pretende evitar que la actuación de los servidores públicos esté guiada por la consecución de una gratificación procedente del ciudadano interesado en una determinada acción u omisión administrativa. Las sucesivas reformas del Código Penal, especialmente la realizada mediante la Ley Orgánica 5/2010, han aumentado considerablemente la penalidad prevista para este delito, debido a la creciente preocupación y sensibilidad de la opinión pública en relación con estas conductas. Por otra parte, el delito de cohecho no llega a estar suficientemente perseguido a pesar de la sospecha de su presencia, sin duda consecuencia de la especial habilidad de aquellos que practican esta actividad delictiva, lo cual dificulta la obtención del necesario material probatorio para poder formular una acusación viable y obtener así una condena.

Palabras clave: *dádiva; favor; retribución; ofrecimiento; promesa o recompensa; cohecho pasivo y activo; excusa absolutoria por colaboración; comisión por personas jurídicas.*

### **Bribery after the reform of the Criminal Code by Organic Law 1/2015, of 30 March**

#### **Abstract**

*The different categories of bribery regulated in the Criminal Code pursue to avoid the conduct of civil servants motivated by payments coming from citizens interested in specific administrative conducts or inactions. The successive reforms of the Criminal Code, especially by Organic Law 5/2010, have increased the severity of the penalty due to the growing concerns and sensibility of the public opinion in relation to these conducts. On the other hand, the criminal offence of bribery is not sufficiently prosecuted despite the existing suspicions of its existence, especially because of the special skills of the offenders and the difficulties to obtain the necessary evidences for making a solid criminal case and obtaining a conviction.*

*Keywords: bribery; compensation; offer; promise; passive and active bribery; acquittal for collaboration; criminal offence committed by legal entities.*

## 1 Introducción

Las distintas modalidades de cohecho se hallan reguladas en el Código Penal dentro del Título XIX, correspondiente a los “Delitos contra la Administración pública” (arts. 419 a 427). La redacción inicial de ese delito prevista en el Código Penal de 1995 fue objeto de una importante reforma mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, debido a que era necesario adecuar la legislación penal española, entre otros, a convenios internacionales suscritos por España, como el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999, que entraba en vigor en agosto de 2010. Posteriormente la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido algunas ligeras modificaciones a ese régimen, aunque manteniendo la descripción de las distintas modalidades delictivas del cohecho introducida en el año 2010.

La regulación de este delito, íntimamente ligado a la idea que los ciudadanos tienen de la corrupción junto con el de malversación de caudales públicos, tiene por objeto prevenir que las autoridades o funcionarios actúen o dejen de actuar, en el ejercicio de sus funciones públicas, motivados por la obtención en su favor o en favor de un tercero de un beneficio procedente de alguien interesado en esa acción u omisión. Mediante este delito se lesiona o se pone en riesgo la obligación legal que tienen los servidores públicos de atender con objetividad los intereses generales, pues esta ha de ser la razón de su actuar. Se busca, pues, mediante las distintas modalidades previstas del delito de cohecho, garantizar esa imparcialidad y objetividad en el desempeño de la función pública por parte de las autoridades y funcionarios, salvaguardando un funcionamiento correcto de la Administración pública (art. 103 de la Constitución española).

En la práctica no son muchos los procedimientos penales que se inician para la investigación de este delito en España, a pesar de apreciarse en nuestra sociedad la sensación, más o menos extendida, de que el cohecho es una práctica frecuente, aunque silenciada y de muy difícil prueba. En las materias urbanísticas y medioambientales, que están relacionadas estrechamente con las investigaciones objeto de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Barcelona que actualmente coordino, es esencial la actividad administrativa de autorización y control en esas materias. No es nada infrecuente que, en las investigaciones penales que se llevan a cabo por delitos relacionados con esas materias, se descubran gran cantidad de irregularidades en el funcionamiento administrativo, que suelen conllevar un beneficio para un particular que acabará, por ejemplo, logrando

el otorgamiento a su favor de una licencia de obras, o el funcionamiento de su industria ilegal, o que no se le abra un expediente sancionador por infracciones administrativas evidentes realizadas en esas materias. En tales casos se investigarán en los Juzgados los delitos presuntamente cometidos por la autoridad o funcionario público y respecto de los cuales habrá indicios más que suficientes, como suelen ser los delitos sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal, contra los recursos naturales y el medio ambiente del art. 329 del mismo cuerpo legal, o la prevaricación genérica del art. 404 del citado Código, sin que el posible cohecho que pudiera explicar esas actuaciones u omisiones administrativas irregulares sea normalmente investigado, pues ningún indicio habrá para hacerlo y únicamente tendremos simples sospechas de que pueda haber existido alguna gratificación motivadora de esas acciones u omisiones. De hecho esos delitos no necesitan que la autoridad o funcionario actúen movidos por un especial interés económico, sino que únicamente exigen que actúen dolosamente, a sabiendas de la injusticia de su acción u omisión. Es fácil pensar, viendo determinadas irregularidades administrativas dirigidas claramente a favorecer a algunos particulares o empresas, que podría mediar alguna remuneración por parte de estos que explicara ese proceder. Sin embargo, por mucho que pueda suponerse en estos casos tal motivación, si no hay algún dato o elemento de prueba relevante que permita acreditar ese soborno difícilmente podrá probarse la existencia del delito de cohecho.

## 2

### Visión general de las modalidades de cohecho

Tradicionalmente en la regulación del delito de cohecho se ha hecho la distinción entre el cohecho pasivo y el activo, siendo el primero el cometido por la autoridad o funcionario público y el segundo el cometido por particulares. Por tanto se trata de figuras delictivas que son independientes aunque relacionadas, como se expondrá.

En la regulación vigente de las modalidades de cohecho, se contempla por un lado la comisión del delito por la autoridad o funcionario público en los arts. 419 a 423. La penalidad varía según cuál sea el objeto pretendido por aquel. Así, si lo que se pretende por la autoridad o funcionario es realizar un acto u omisión contrarios a los deberes de su cargo (art. 419) la penalidad es mayor que si lo que se busca con el soborno es realizar un acto propio de su cargo, que no será necesario que sea ilícito o irregular (art. 420). También se sanciona de la misma manera, para evitar posibles impunidades,

la recompensa recibida o solicitada por la autoridad o funcionario por la previa realización de los anteriores actos irregulares o propios del cargo (art. 421).

El regalo admitido por la autoridad o funcionario en consideración al cargo o función se halla sancionado con una pena sensiblemente inferior a las anteriores conductas (art. 422).

Los referidos preceptos penales se extienden expresamente a determinados particulares que, de manera transitoria, se hallen realizando actividades que suponen la participación en el ejercicio de una verdadera función pública (art. 423).

En los delitos de cohecho es normal que junto a la modalidad que sanciona a la autoridad o funcionario público se contemple la conducta delictiva del particular interesado en ofrecer, entregar o aceptar la gratificación a favor de aquellos a los efectos de que su asunto, que se halla en manos de la Administración, sea tramitado o resuelto conforme a sus intereses privados. También puede producirse ese ofrecimiento a la autoridad o funcionario sin que este lo acepte. En el Código Penal se regula el soborno del particular de modo separado al del soborno de la autoridad o funcionario público, con una penalidad idéntica a la prevista para estos, según la finalidad pretendida sea la realización de un acto administrativo irregular o bien un acto propio (art. 424). Se contempla un delito de cohecho con pena atenuada cuando el particular realiza los actos de soborno en causa criminal para favorecer de esa manera a familiares próximos (art. 425).

Con el propósito de hacer aflorar este delito, se establece una excusa absolutoria en favor del particular que haya accedido a la petición de soborno de la autoridad o funcionario y ponga en conocimiento esos hechos delictivos ante la autoridad (art. 426).

Finalmente, se regula una extensión de los funcionarios públicos y autoridades que pueden cometer ese delito o que puedan ser afectados por el mismo (art. 427), así como la penalidad correspondiente a las personas jurídicas que sean responsables de los delitos de cohecho (art. 428).

### 3

#### Concepto de “dádiva”, “favor” o “retribución”

En el delito de cohecho subyace siempre una prestación a realizar por el particular en favor de la autoridad o funcionario público o un tercero. Se denomina “dádiva”, “favor” o “retribución” de cualquier clase. Con esos términos tan amplios, esa prestación podrá tener un valor evaluable económicamente

o no y permite un amplísimo abanico de actos que tendrán que implicar una ventaja en favor de la autoridad o funcionario, corrompido o a corromper, o de un tercero. Esa prestación habrá de ser el motor de la acción u omisión de la autoridad o funcionario público.

La casuística puede ser muy extensa. En la práctica podemos hallar desde ofrecimientos o pagos de sumas importantes de dinero en metálico, pasando por la entrega de bienes muebles o inmuebles, hasta el pago de las consumiciones y servicios sexuales en club de alterne a favor de la autoridad o funcionario.

Es evidente que esa retribución va a tratar de ser disimulada por las partes intervinientes para evitar su descubrimiento y la relación de la misma con la función pública subyacente. Será habitual que el pago se haga a favor de un tercero de confianza distinto de la autoridad o funcionario público comprometido en ese delito. Incluso se utilizan contratos simulados para hacer esa entrega de dinero, como por ejemplo el préstamo de una suma de dinero que jamás se reclamará ni devolverá.

## 4

### Regulación de las distintas modalidades de cohecho

#### 4.1

#### **Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos ilícitos o irregulares**

El art. 419 del Código Penal establece:

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.*

En primer lugar hay que decir que el concepto de autoridad o funcionario público será el concepto extenso que establece el art. 24 del Código

Penal, sin perjuicio de la ampliación expresa que contemplan los arts. 423 y 427 del mismo Código, a la que nos referiremos más adelante.

En la STS 186/2012, de 14 de marzo, que tenía por objeto el recurso de casación contra una sentencia que condenó por delito de cohecho a una persona que ejercía las funciones de supervisión, control y vigilancia de las zonas rurales en una población malagueña, pues había suscrito un contrato administrativo por el que se le adjudicaba el servicio municipal para hacer esas tareas a los efectos de prevenir y sancionar infracciones urbanísticas y ambientales, el cual exigía cantidades importantes de dinero a particulares para no iniciar en su contra los trámites administrativos por las infracciones administrativas descubiertas por el condenado en suelo no urbanizable y realizadas por aquellos, se planteó por su defensa que esa persona no era funcionario público. En dicha resolución del Tribunal Supremo se considera, de conformidad con lo establecido en el art. 24 del Código Penal y siguiendo reiterada jurisprudencia del mismo Tribunal, que el concepto de funcionario público a efectos penales es diferente del característico del ámbito administrativo. El concepto penal es más amplio, pues se considera funcionario o autoridad a efectos penales a aquel que es nombrado por disposición de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente para participar en las funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo. Se considera allí que el factor que define al funcionario público es la participación efectiva en funciones públicas, siendo por ello funcionario a efectos penales tanto “el titular, o ‘de carrera’ como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia”.

En esta figura delictiva más grave de cohecho incurrirá la autoridad o funcionario tanto si recibe efectivamente la ventaja como cuando simplemente la solicita. Por tanto, tiene el mismo reproche penal si la autoridad o funcionario recibe la prestación del particular como si únicamente la pide y no la obtiene. Dicha ventaja tanto podrá ser recibida o solicitada directamente por aquel o bien a través de una persona interpuesta, lo cual es usado para tratar de evitar así el descubrimiento del delito. También realiza el delito la autoridad o funcionario cuando la idea delictiva no nace en él y se limita a aceptar el ofrecimiento o la promesa de esa prestación procedente de un tercero.

Como se ha indicado, lo que solicita, recibe o acepta la autoridad o funcionario público ha de ser una prestación de un tercero que ha de reportarle una ventaja o beneficio a aquel servidor público o a otra persona. Dicha

prestación ha de ser la razón de la actuación u omisión irregular que será reprochada al responsable público y que, en esta modalidad delictiva, ha de suponer la realización de alguna acción u omisión ilícita o irregular por parte de este. La finalidad de esa prestación recibida, buscada o aceptada por el funcionario habrá de tener un objetivo, consistente en que en el ejercicio de su cargo realice un acto que sea contrario a los deberes inherentes a su cargo o que no realice o retrase injustificadamente el acto que debía practicar.

La reforma del Código Penal de 2010, gracias a la nueva redacción de este precepto, ha incluido en esta modalidad más grave de cohecho conductas que eran sancionadas con pena sensiblemente inferior. Así, antes de la reforma, en esta forma más grave de cohecho prevista en dicho precepto se contemplaban solo las acciones u omisiones constitutivas de delito cometidas o a realizar por la autoridad o funcionario público, mientras que ahora no solo se incluyen allí esos actos u omisiones delictivos a cometer por el responsable público, sino también cualquier acto irregular administrativo o la no realización o el retraso no justificado de un asunto administrativo. La ampliación del tipo es, pues, muy destacable. Antes de esa reforma de 2010, cuando el cohecho proyectaba hacer un acto injusto en el ejercicio del cargo (art. 420) o abstenerse de un acto que debiera practicarse en ese ejercicio (art. 421) se sancionaba con unas penas muy inferiores a las previstas en el régimen vigente. Tal penalidad reducida de estos supuestos hacía que, en muchas ocasiones, cuando se descubrían las pruebas de la comisión de esas modalidades delictivas estas ya habían prescrito por el transcurso de los plazos de prescripción, cuya extensión depende de la de las penas a imponer a la infracción penal correspondiente (arts. 131 y 132 del Código Penal).

No será tarea fácil en la práctica determinar cuándo estaremos ante un acto contrario a los deberes inherentes al cargo de la autoridad o funcionario, pues la casuística puede ser muy extensa en la práctica administrativa. En los actos reglados de la Administración podrá ser más o menos evidente que no se ha respetado la normativa aplicable, teniendo en cuenta el menor margen de actuación para adoptar la decisión o para incurrir en la omisión o en el retraso, mientras que en los actos discrecionales será más difícil determinar cuándo esa actuación ha infringido algún deber, pues estos son actos que permiten un gran margen de decisión. En este último caso se deberá tener en cuenta especialmente si ha habido desviación de poder en el dictado del acto discrecional, de manera que no se busque con esa decisión la satisfacción de un verdadero interés público, sino la obtención de esa retribución para servir a un interés particular.

Precisamente sobre esta cuestión de la discrecionalidad consideramos de gran interés la STS 20/2001, de 28 de noviembre, que ratifica la condena

impuesta contra varios responsables políticos del Gobierno de la Comunidad de Navarra por realizar importantes adjudicaciones de obra pública a cambio de importantes sumas y otros bienes. Se valoró que las decisiones políticas de adjudicación de esas grandes obras, que en el fondo tenían un carácter discrecional, no se adoptaron en función de criterios de imparcialidad y objetividad, sino que estaban condicionadas por acuerdos previos que adulteraban todo el proceso de adjudicación. De ese modo, en esa resolución se establecía que: “[...] como señala la sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre, [...] el hecho de prescindir de modo manifiesto de cualquier criterio objetivo en la adjudicación de obras públicas y marginar los parámetros de seguridad, eficacia, calidad, celeridad o coste, entre otros, para adjudicar las obras en función exclusiva de la percepción de ilícitas comisiones, sustituyendo la discrecionalidad por la más pura arbitrariedad, califica manifiestamente de injusta la actuación enjuiciada”. Se añade que: “No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la adjudicación de una obra pública preconditionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva y prescindiendo en consecuencia de los factores objetivos que deberían determinar el proceso de selección de ofertas situadas en condiciones de igualdad, constituye en sí misma un acto intrínsecamente injusto, como manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico”.

En relación con tal cuestión sobre la discrecionalidad suele plantearse cuál ha de ser el reproche penal que merece la acción del responsable político que emite su voto o se abstiene para la adopción de un acuerdo a cambio de obtener una dádiva, promesa o recompensa, o la del particular que busca interesadamente obtener ese voto o esa abstención a cambio de ofrecer o entregar esa retribución. El Tribunal Supremo, en su sentencia 472/2011, de 19 de mayo, valoró el supuesto acreditado en que una persona ofreció durante el año 2007 y en más de una ocasión importantes sumas de dinero a un concejal de un ayuntamiento alavés para que, apartándose de la postura del grupo político al que pertenecía, votara a favor de la construcción de un campo de golf en ese término municipal. Se consideró en esa sentencia que “cuando se intenta mediante el percibo de una cantidad que un concejal emita su voto motivado por el precio o recompensa que se le promete, con independencia del sentido de su voto, y con independencia de cuál pueda ser el sentido del voto y su adecuación o no a las directrices de su partido político, se está, a no dudar ante un acto injusto, injusticia que estaría en la contradicción con su condición de concejal que debe actuar conforme al mismo y que está directamente relacionado con el principio de imparcialidad que debe ser entendido como ausencia de interferencias en la adopción de las decisio-

nes públicas que deben estar guiadas por los fines públicos del bien común que legalmente justifican su desempeño”. Se añade además que: “Es evidente que el ofrecimiento de dinero para conseguir un concreto posicionamiento de un elegido del consistorio constituye un acto de corrupción político-económica, por parte de quien hace el ofrecimiento, con independencia de que su ofrecimiento –como en este caso– no haya prosperado porque ha habido un intento de corrupción a un funcionario público”. Además, en esa misma sentencia se recuerda que ya el Tribunal Supremo en otras ocasiones ha tratado esa cuestión del voto comprado, como en la STS 1952/2000, donde el concejal condenado comprometió su voto a cambio de cantidades en metálico y por eso se abstuvo en la votación para la elección del alcalde, lo cual dio el puesto al candidato de otra formación política, o la STS 1125/2007, donde un particular ofreció dinero a un concejal para que en una votación de censura se abstuviera para evitar así el éxito de esa moción.

Debe recordarse aquí que antes de la reforma de 2010, que introdujo esa nueva redacción de las modalidades de cohecho, en el art. 420 del Código Penal se regulaba el cohecho cometido por funcionario o autoridad para ejecutar un “acto injusto relativo a su cargo”. Tal redacción planteaba difíciles problemas de interpretación a la hora de determinar cuándo estábamos ante un acto injusto y cuándo no, aspecto relevante a los efectos de la tipificación y la consiguiente penalidad. El régimen actual ha eliminado tal referencia acerca de esa posible injusticia del acto o de la omisión, y define con mayor claridad la conducta sancionada, evitando dudas en la aplicación del tipo penal.

No obstante, tiene interés aquí recordar que el Tribunal Supremo, en su sentencia 719/2009, de 30 de junio, estableció que el concepto de acto injusto limitaba por arriba con la infracción delictiva, mientras que el límite inferior se contemplaba cuando la dádiva tuviera por objeto la realización de un acto no prohibido legalmente, o cuando se recibiera o admitiera el regalo en consideración a la función desempeñada. Se considera allí que la injusticia de un acto no puede venir determinada por la mera existencia de una promesa o solicitud de dádiva, pues este es un requisito común de las modalidades de cohecho, sino por una contradicción con aquellas normas que regulan la actuación que había de realizar el funcionario público. Por otro lado, la STS 782/2005, de 10 de junio, establecía al respecto que “la injusticia del acto no consiste en una ilegalidad formal o administrativa sino en una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico”. Entendemos que el vigente régimen legal previsto actualmente en el art. 419 del Código Penal, además de evitar esos problemas interpretativos referidos, supera esa interpretación jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse como acto injusto,

pues ahora simplemente se exigirá que se busque que la autoridad o funcionario realicen un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o no realicen o retrasen injustificadamente un asunto, lo cual supone una ampliación notable del tipo, que va mucho más allá de la mera realización de un acto injusto.

Con el régimen ahora vigente, como deberes inherentes al cargo se consideran tanto las obligaciones propias del cargo legalmente establecidas como las de carácter meramente deontológico, lo cual demuestra la ampliación realizada por el legislador.

Es relevante que la autoridad o el funcionario actúen en el ejercicio de su cargo para realizar esa conducta irregular que se pretende, de manera que ha de estar a su alcance que aquellos actos u omisiones contrarios a los deberes propios de su función puedan ser realizados. No será necesario que aquel realice personalmente el acto u omisión irregulares, aunque se precisará que de alguna manera contribuya de manera eficaz a que aquello se produzca.

Si el acto u omisión irregular es constitutivo de un delito se deberá penar este de manera separada, tal y como se contempla en la parte final de ese precepto, y estaremos ante un concurso medial de delitos del art. 77, núm. 1, del Código Penal.

La no declaración de la dádiva o retribución recibida puede suponer, de darse el resto de los requisitos legales previstos en el art. 308 del Código Penal, la comisión por parte del receptor de un delito fiscal. Así lo contempló la STS 20/2001 antes referida, donde se afirma que nos hallaríamos ante un concurso de normas del art. 8 del Código Penal, de modo que “los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen ilícito deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública, pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador”.

## 4.2

### **Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos propios del mismo**

El art. 420 del Código Penal establece:

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva,*

*favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.*

Aquí se contemplan los mismos comportamientos que en el anterior precepto, pero en este caso el objeto buscado no es la realización por parte del responsable público de un acto u omisión contrario a los deberes de su cargo, sino la realización de un acto que es conforme a aquellos deberes. Por tanto, aquí lo que se regula es que la autoridad o funcionario público recibe, solicita o acepta la promesa de una dádiva, favor o retribución a su favor o a favor de un tercero para hacer una actuación u omisión que no es contraria a derecho. Eso implica que haya un particular dispuesto a ofrecer algo a cambio de que el responsable público realice aquello que le corresponde hacer, o bien que dicho servidor público espere que el particular esté dispuesto a facilitarle alguna ventaja por hacer aquello que es correcto y que procede. Podrá tener más sentido esperar esta acción delictiva en los supuestos en los que se busca el dictado de un acto discrecional correcto por la autoridad o funcionario corrompido, pues en estos casos ese margen de decisión permite resolver en un sentido no deseado por el particular.

Por otra parte, cuando existan dudas razonables sobre si el acto u omisión a realizar por la autoridad o funcionario es contrario a los deberes propios de su cargo, pero se acrediten el resto de los elementos del cohecho del art. 419 del Código Penal, entonces se deberá aplicar esta modalidad del cohecho por actos propios del cargo conforme al principio *in dubio pro reo*.

Tiene interés poner de manifiesto que antes de la reforma de 2010 esta modalidad de cohecho se sancionaba en el art. 425 solo con inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa, por lo que ahora se ha agravado notablemente la penalidad, al introducir también la pena de prisión.

Muestra de que no es demasiado normal que el particular pague a la autoridad o funcionario si sabe que va a obtener a cambio algo a lo que tiene derecho es el supuesto al que hace referencia la STS 785/2012, de 3 de septiembre. Allí se valoraron unos hechos consistentes en que el alcalde y el concejal de Urbanismo de una población malagueña, actuando de común acuerdo, fomentaron una confusión acerca de la legislación urbanística aplicable en ese municipio, de modo que los particulares interesados creían que tenían que pagar u ofrecer dádivas a aquellos para lograr las licencias de obras a las que realmente tenían derecho, llegando incluso aquellos respon-

sables municipales a exigir esas contraprestaciones, ocultándoles que el asunto debía resolverse legalmente de manera favorable a sus intereses, o incluso generando en ese particular el temor a que sin la dádiva no se resolvería de manera favorable o se le impediría el disfrute de la licencia una vez otorgada. En este peculiar supuesto se ratificó por el Tribunal Supremo la condena impuesta por la Audiencia de Málaga a aquellos responsables municipales como autores de la modalidad de cohecho por la realización de un acto conforme a derecho, pues no se acreditó la comisión de ilegalidad a pesar del ardid utilizado para conseguir esas dádivas, que bien podía subsumirse también en un delito de estafa.

### 4.3

#### Cohecho de recompensa

El art. 421 del Código Penal establece:

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

El anterior precepto extiende las modalidades de cohecho del art. 419 y 420 del Código Penal a cuando la ventaja se solicita o se recibe por la autoridad o funcionario público después de la realización de sus actos u omisiones, y como recompensa de esa acción u omisión. Por tanto, aquí lo que busca el responsable público es que el particular le retribuya por lo que ya ha hecho o no ha hecho en el ejercicio de su cargo.

A diferencia de los anteriores preceptos comentados, este solamente contempla la acción de recepción o solicitud, pero no sanciona expresamente la aceptación del ofrecimiento o promesa de retribución hecha por el particular por la acción u omisión que hubiera llevado a cabo la autoridad o funcionario público. No obstante, esa aceptación sería un acto punible por la vía de la tentativa de esta modalidad de delito de cohecho, ya que se hubieran iniciado actos ejecutivos relevantes destinados a la comisión del mismo en su forma de recepción.

Antes de la reforma de 2010 esta modalidad de cohecho de recompensa tenía un tratamiento penal muy privilegiado en el art. 425, regulado junto a la modalidad del acto propio del ejercicio del cargo antes referido.

## 4.4

**Cohecho en consideración al cargo**

El art. 422 dispone:

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.*

Se regula aquí un comportamiento de cohecho muy atenuado en comparación con los anteriores, que contemplaban elevadas penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público. Solamente se recoge la acción de admisión de la dádiva o del regalo por parte de la autoridad o funcionario público, de manera que tenga su disponibilidad o ya lo haya aprovechado, sin perjuicio de que los supuestos de acuerdos previos del servidor público con el particular gratificador o de petición de dádiva o regalo por parte del primero serán considerados actos de ejecución, a penar a través de la tentativa de ese delito.

La cuestión que plantea en la práctica esta modalidad atenuada es determinar qué presentes o favores procedentes de un particular y dirigidos a un responsable público tienen la suficiente entidad como para integrarse en este concreto delito. Es sabido que en muchas ocasiones autoridades y funcionarios suelen recibir constantemente ofrendas en forma de objetos, comidas, cenas o entradas a espectáculos públicos. Objetivamente podrían entrar dentro de este tipo penal, pues son claramente dádivas o regalos que aquellos reciben precisamente porque tienen ese cargo público relevante. No obstante, teniendo en cuenta su reducido valor y que se considera que tales presentes no llegan a influir en la corrección de su actividad pública, ni tampoco es lo pretendido por el particular que los entrega, no son perseguidos penalmente. Se entiende que esos regalos se ajustan a la idea de adecuación social y no se pueden incluir en este delito, pues lo que interesa para la aplicación del mismo es que la dádiva o regalo tenga virtualidad suficiente para afectar acciones u omisiones de la autoridad o funcionario beneficiado. De ahí que se utilice el término “en consideración a su cargo o función”. Se sanciona, pues, la admisión de la dádiva o regalo por la autoridad o funcionario, procedente de un particular interesado en facilitar de ese modo una actuación u omisión administrativa favorable a sus intereses, lo cual conocerá el responsable público que recibe ese favor. Ha de ser una dádiva o regalo que sitúe a la autoridad o funcionario público que la recibe en una cierta predisposición favorable hacia el particular que hace la entrega o hacia un tercero.

## 4.5

### Extensión a quienes participen en el ejercicio de las funciones públicas

El art. 423 establece:

*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.*

A pesar del concepto amplio de funcionario público previsto en el art. 24 del Código Penal, se contempla expresamente mediante este artículo que las anteriores modalidades de cohecho, reservadas para la autoridad y el funcionario público, serán de aplicación también a determinadas personas que se hallan en el ejercicio concreto de funciones públicas que pueden verse comprometidas por la dádiva, favor, retribución, ofrecimiento, promesa o regalo referidos en los arts. 419 a 422.

## 4.6

### Cohecho cometido por particular

Esta modalidad de soborno se encuentra recogida en el extenso art. 424 del Código Penal:

- 1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.*
- 2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.*
- 3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de*

*inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.*

La idea clásica del soborno suele ser la de un particular que, de manera espontánea o por petición del funcionario, entrega algo o hace algo que favorece a este o a un tercero para que ese responsable público realice una acción u omisión que interesa a ese particular o a un tercero. Suele ser, pues, corriente que haya un acuerdo previo, expreso o tácito, de esas partes, aunque, como ya se ha indicado antes, se contempla la sanción penal del cohecho cuando solamente una de las partes de esa posible relación actúa de una determinada manera y sin participación del otro. Esta posible sintonía es la que se tiene en cuenta en el art. 424, pues a la hora de describir el cohecho del particular distingue en el apartado 1 la conducta de soborno promovida por ese particular y en el apartado 2 la misma conducta pero promovida por la autoridad o funcionario público.

En la primera modalidad de promoción del cohecho por decisión del particular se exige que este ofrezca o entregue una dádiva o una retribución de cualquier clase, es decir, una ventaja a una autoridad o a un funcionario público o a una persona que participe en el ejercicio de las funciones públicas. Esta última referencia es congruente con la extensión prevista en el anterior art. 423 del Código Penal. No obstante, no se establece expresamente que ese favor pueda ser en provecho de un tercero distinto de la autoridad o funcionario, pues se exige que se ofrezca o entregue a estos. De todos modos, si la dádiva o retribución en provecho de un tercero era lo que buscaba la autoridad o funcionario público debe entenderse que no deja de ser un favor o beneficio a su favor y, por tanto, en estos supuestos no debe discutirse que se cumple el tipo penal. Los términos “dádiva o retribución de cualquier otra clase” permiten dicha interpretación. De lo contrario quedarían impunes los sobornos del particular ofrecidos o entregados a persona distinta del funcionario cuando este quisiera que el favor se materializara de ese modo, o bien por ser una buena manera de disimular el pago a su favor.

Lo que buscará el particular con esa acción de corrupción es influir en la persona beneficiada o a beneficiar para que realice una acción u omisión administrativa favorable a sus intereses o a los de un tercero. En consonancia con las anteriores modalidades de cohecho realizadas por autoridad o funcionario público, el objetivo buscado por el particular podrá ser que estos realicen un acto contrario a los deberes de su cargo, o que no realicen o retrasen injustificadamente un acto debido. También podrá ser el objetivo pretendido que el servidor público realice un acto correcto y propio de su

cargo, o bien que la dádiva o retribución sea ofrecida o entregada por propia iniciativa del particular en consideración a su cargo, como regalo. Por tanto, se incluyen aquí todas las finalidades pretendidas en el cohecho del funcionario en los arts. 419 a 422, de manera que las penas de prisión y multa a imponer al particular serán las mismas que las previstas en esos preceptos para la autoridad o funcionario en sus respectivos casos.

Si quien solicita o propone la dádiva o la retribución es la autoridad o funcionario público, el particular cometerá el delito y será sancionado con las mismas penas de prisión y multa para él previstas en cada caso siempre que haga entrega de esa prestación demandada a aquel responsable público. Como se ha indicado al comentar el cohecho del particular por su iniciativa, también aquí hemos de entender que será indiferente si quien recibe la dádiva o retribución es directamente la autoridad o funcionario o bien si se hace a favor de un tercero por indicación de aquel.

En cuanto al regalo en consideración al cargo, solamente se entiende que comete el delito el particular que ofrece o entrega la dádiva o el regalo por su propia iniciativa y no cuando atiende la solicitud en ese sentido del funcionario público, pues en esa misma modalidad delictiva prevista para estos en el art. 422 del Código Penal únicamente se sanciona la admisión de esas dádivas o regalos por la autoridad o funcionario público, sin contemplar expresamente la solicitud que haga al particular de dicho favor.

El último párrafo establece que, si el soborno del particular tuviera por objeto procedimientos de contratación, de subvenciones o de subastas convocadas por la Administración o entes públicos, entonces se tendrán que imponer también a ese particular las concretas penas de inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social allí previstas.

#### 4.7

#### **Cohecho cometido por particular en una causa criminal**

El art. 425 establece un tipo atenuado de cohecho cometido por un particular:

*Quando el soborno mediar en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.*

Se considera por el legislador a través de ese artículo que las anteriores modalidades de cohecho cometidas por un particular merecen un trato penal más beneficioso, en atención a que el objeto pretendido por aquel es obtener de la autoridad o funcionario público una actuación u omisión que ha de favorecer a esas determinadas personas, que tienen una especial relación familiar o de afectividad con quien corrompe y que están involucradas en un asunto penal.

#### 4.8

#### La excusa absolutoria de la delación

Con el propósito de poder perseguir este delito, se establece en el art. 426 del Código Penal:

*Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.*

Introducida ya en el nuevo Código Penal de 1995, se contempla aquí una excusa absolutoria que va dirigida, única y exclusivamente, a beneficiar a los particulares que hayan cometido ese delito de cohecho, en alguna de las modalidades del art. 424 o 425 del Código Penal. No obstante, para beneficiarse de ella y de la impunidad que finalmente supone será necesario que ese particular delator no haya sido el promotor del soborno, y que haya atendido la petición de la dádiva o retribución del responsable público de una manera puntual. Además, la denuncia de esa acción cometida se tendrá que hacer ante persona que tenga la obligación de investigar los hechos, y se fija un plazo breve de dos meses para hacer esa denuncia, cuyo cómputo se iniciará el día en que se hizo entrega de la dádiva o retribución al funcionario corrompido.

#### 4.9

#### Extensión de las modalidades de cohecho a los funcionarios de la Unión Europea y afines

Una nueva ampliación expresa del concepto de funcionario público a los efectos del delito de cohecho se establece en el art. 427 del Código Penal:

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

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.*
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.*
- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.*

Este precepto deriva del contenido del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción por parte de funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997.

#### 4.10

#### **Responsabilidad de las personas jurídicas**

Se contempla en el art. 427 bis del Código Penal que las personas jurídicas pueden ser responsables, actuando como particulares, de las modalidades de cohecho referidas en los arts. 424 y 425 del Código Penal, estableciéndose sanciones para estas entidades del siguiente modo:

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

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.*
- c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.*

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

Es evidente que para poder aplicar esas penas será necesario que la persona jurídica sea penalmente responsable, de conformidad con los requisitos establecidos en el art. 31 bis del Código Penal, redactado conforme a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

## 5

### Autoría y participación

En principio es autor de la correspondiente modalidad de cohecho, conforme al art. 28 del Código Penal, el funcionario, autoridad o particular que realiza la conducta prevista en los respectivos tipos penales comentados. Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades de los comportamientos que pueden llegar a concurrir en las distintas modalidades referidas, es fácil que junto a la autoría directa o material del delito encontremos otras formas de participación, como son la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad. Cabe pensar que normalmente aquel funcionario que quiere obtener una dádiva, promesa o retribución se servirá de otra u otras personas extrañas a la función pública para lograr su objetivo lucrativo, a los efectos de evitar el descubrimiento del delito. Es lógico que si el particular interesado paga la dádiva a un tercero, desconectado aparentemente del funcionario o autoridad corruptos, será más difícil después para los investigadores acreditar la relación entre esa dádiva y la acción u omisión del servidor público que es gratificado. Ese tercero será cooperador necesario de la infracción penal si se presta a esa colaboración con conocimiento de su finalidad delictiva.

La ya referida STS 20/2001, de 28 de marzo, recalca que: “En el supuesto actual es claro que encontrándonos ante un delito continuado de cohecho, en el que se realizan una pluralidad de acciones en ejecución de un único plan preconcebido –plan en el que adquiere una relevancia esencial la necesaria contribución de personas de confianza ajenas a la función pública que perciban y gestionen las comisiones– la cooperación previamente concertada y prestada durante la ejecución del proceso delictivo constituye una forma de participación que contribuye directamente a la materialización del injusto típico, y no un encubrimiento posterior como delito autónomo contra la Administración de Justicia”. Además se añade al respecto que “[...] en el delito de cohecho es posible la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cooperadores, necesarios o no.

Si, como sucede en el caso actual, un particular, *extraneus*, participa en el delito cometido por el funcionario *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriadad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario”. Además se afirma que: “Conforme a lo dispuesto en el art. 420 del Código Penal de 1995, el autor del cohecho puede recibir la dádiva ‘por sí o por persona interpuesta’. Pues bien, dicha persona interpuesta, cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, como sucede en el caso actual, es partícipe del delito de cohecho”.

## 6

### Concurrencia del cohecho con otros delitos

Como se ha anticipado antes ya se deduce que si lo pretendido mediante el cohecho es, como contempla el art. 419 del Código Penal, la realización por la autoridad o funcionario público en el ejercicio de su cargo de un acto contrario a los deberes propios de su cargo, o no realizar o retrasar injustificadamente aquel que debía practicar, junto a esa infracción penal se podrá cometer otra, siempre que obviamente esa acción u omisión indebida buscada sea constitutiva de algún ilícito penal. Nos hallaremos entonces ante un concurso medial de delitos, previsto en el art. 77, núm. 1, del Código Penal, ya que el delito de cohecho será medio necesario para cometer otro u otros delitos, sancionándose las diversas infracciones penales conforme a las reglas del núm. 3 de ese art. 77.

El objetivo que suele ser más buscado en la práctica mediante el cohecho es el dictado de una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia y en un asunto administrativo, que favorecerá a quien satisface la dádiva o a un tercero, por lo que será corriente que el cohecho concorra con el delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal, como sucede, por ejemplo, en el supuesto examinado en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 77/2014, de 28 de octubre, donde se aprecia esa concurrencia de ambos delitos. En esa resolución se consideró probado que el alcalde recibió como dádiva un piso en propiedad del particular titular de una empresa inmobiliaria con intereses urbanísticos en esa población, a cambio de realizar los actos prevaricadores, que favorecían claramente a esa entidad, mediante dos acuerdos municipales que quedaron subsumidos en el delito de prevaricación, y que supusieron la aprobación de un estudio de detalle contrario al ordenamiento urbanístico aplicable, que beneficiaba claramente a esa empresa que había

practicado el soborno. Para la realización de ese acto, el alcalde contó con la colaboración relevante de la secretaria y del arquitecto municipales, quienes elaboraron los informes jurídicos y técnicos previos favorables para la posterior aprobación de ese instrumento urbanístico sabiendo que eran contrarios a derecho, siendo condenados estos como cooperadores necesarios del delito de prevaricación. El particular, condenado como autor del delito de cohecho activo, respondió también como inductor del delito de prevaricación cometido por el alcalde, pues buscaba el dictado de esas resoluciones injustas mediante el soborno.

Además de la prevaricación genérica hallaremos supuestos en que junto al cohecho concurra la prevaricación urbanística prevista en el art. 320 del Código Penal, pues el objetivo ilícito buscado mediante el soborno será el obtener un informe técnico o jurídico contrario a normativa y favorable al otorgamiento de una licencia o proyecto urbanístico, silenciar una infracción urbanística o tolerarla (art. 320, núm. 1), o bien resolver o votar a favor del otorgamiento de esa licencia o proyecto ilícito (art. 320, núm. 2). También podrá concurrir el delito de cohecho con la prevaricación medioambiental del art. 329 del Código Penal, que establece un régimen muy parecido al de la prevaricación urbanística del citado art. 320, aunque en relación con las licencias de funcionamiento de industrias o actividades contaminantes y el silencio o tolerancia de sus infracciones.

## 7

### Particularidades procesales

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) incorpora las distintas modalidades de cohecho dentro de los delitos que han de ser instruidos y enjuiciados conforme a esa Ley, lo cual significa que el juicio oral se celebrará ante el Jurado, órgano que habrá de decidir sobre si se han acreditado o no ante él los distintos elementos de ese delito.

La excepción a esa competencia se dará cuando el delito de cohecho concurra con el delito de prevaricación, lo cual suele ser frecuente, pues el art. 5, apartado 2, de la LOTJ establece que en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación. Por tanto, si el cohecho concurre con el delito de prevaricación, lo cual podrá ser normal, se deberá seguir la tramitación ordinaria prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de las diligencias previas y posterior procedimiento abreviado.

8

**Bibliografía**

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2016.
- RAMOS RUBIO, Carlos, “La reforma del delito de cohecho en el Código Penal español”, *Estudios jurídicos*, núm. 2011, 2011.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Lección 12.<sup>a</sup> Cohecho”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III*, Tirant lo Blanch, 2013.

