

ADMISIÓN DE REGALOS Y CORRUPCIÓN PÚBLICA. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE EL LLAMADO «COHECHO DE FACILITACIÓN» (ART. 422 CP)

FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El cohecho de facilitación en el Derecho comparado.* III. *La admisión de regalos en la Jurisprudencia.* IV. *El cohecho de facilitación y los regalos socialmente adecuados.* V. *Admisión de regalos y erosión de la confianza de la ciudadanía en la integridad del servicio público.* VI. *Admisión de regalos y tutela de la integridad de los funcionarios (o de la condición de funcionario) y de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas.* VII. *El cohecho de facilitación como delito de peligro abstracto para el correcto ejercicio de las funciones públicas.* VIII. *Recapitulación y toma de postura: la admisión de regalos como conducta objetiva y subjetivamente peligrosa para la imparcialidad de los procedimientos administrativos.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. Introducción

El concepto jurídico-penal de cohecho conoce dos tradiciones histórico-legislativas¹: la *romanista*, que se apoya en la prohibición de

¹ K. BINDING es el primero que contrapone ambas tradiciones (*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Vol. II, Parte II, Aalen, 1969, pp. 712 y ss.). Sobre ellas véanse también E. Schmidt, *Die Bestechungstatbestände in der hochstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, München, Berlin, 1960, p. 149, nota 334; S. Seminara, «Gli interessi tutelati nei reati di corruzione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 36, 1993, pp. 951 y 952.

aceptar dádivas vinculadas, de cualquier manera, a la esfera de actuación de las autoridades y funcionarios públicos; y la *germanista*, que identifica la esencia del delito con la compraventa de un acto específico del cargo. Desde el año 1848, la disciplina del cohecho pasivo en el Código penal español se halla informada por ambas concepciones². Así, en la mayor parte de los tipos procedentes de la Reforma Penal de 2010 (arts. 419 a 421 CP), el elemento del *acto del cargo* desempeña un rol central, requiriéndose para su consumación que las conductas vengan asociadas a un acto determinado o determinable, «contrario a los deberes inherentes» al cargo o «propio» de él. El precepto recogido en el artículo 422 CP apunta, en cambio, a esa dimensión puramente formal del abuso de poder en que parece sustanciarse la elaboración romanista, al pivotar sobre la admisión de dádiva o regalo que fueran ofrecidos *en consideración al cargo o a la función*³, es decir, «por la concreta posición de cargo público que ocupa el sujeto»⁴.

El modelo de tipificación del delito en los distintos textos punitivos europeos no se corresponde exclusivamente, sin embargo, con premisas históricas, sino que también guarda relación con la estrategia elegida por el legislador a la hora de prevenir y reprimir el fenómeno de la corrupción pública⁵; y, precisamente, uno de los temas que ha venido concitando la atención de la política criminal continental en esa materia es el recurso a cláusulas y fórmulas legales del estilo de la descrita en el art. 422 CP. Efectivamente, diversos sistemas nacionales asisten, desde hace tiempo, a un vivo debate sobre la conveniencia de ampliar los límites de la intervención punitiva,

² La práctica totalidad de los códigos penales históricos españoles ha tipificado, como una modalidad más de cohecho, la admisión, por los funcionarios, de regalos que les fueran presentados en consideración a su oficio (vid. arts 117 CP1848, 116 CP1850, 391 CP1870, 443 CP1932, 319 CP1944, 391 CP1973). Los antecedentes inmediatos de dicha figura parecen hallarse en los artículos 459 y 462 del texto punitivo de 1822.

³ A diferencia del anterior art. 426 CP, el art. 422 excluye del ámbito de aplicación de esta modalidad de cohecho impropio al que tiene por objeto los actos *no prohibidos legalmente*. Además, se han incorporado a la descripción típica los requisitos de que la admisión se haga «en provecho propio o de tercero» y «por sí o por persona interpuesta». El empleo, de forma alternativa, de los términos dádiva y regalo procede de la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo.

⁴ Cfr. SSTS de 21 de enero de 1994 (RJ 1994/86) y de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994/759). En la doctrina, vid. por todos E. ORTS BERENGUER / I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Artículo 426», en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996, p. 1.839; J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003, p. 235.

⁵ Insiste en ello A. MANNA, «Corruzione e finanziamento illegale ai partiti», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 42, 1999, pp. 120 y 121.

más allá de lo que permitiría su tradición germanista, para abarcar los supuestos en que el ofrecimiento de ventajas o regalos no vaya acompañado de la formulación de exigencias concretas relacionadas con actuaciones (positivas u omisivas) del cargo.

La actualidad y trascendencia de dicho debate —que se alimenta del enorme impacto la «cultura de la tangente» en esferas como la de la integridad de las economías nacional e internacional, la de las reglas de la competencia o la de la credibilidad de las instituciones democráticas⁶— se ponen de manifiesto en varios de los informes, correspondientes a la tercera ronda de evaluaciones, del Grupo de Estados contra la Corrupción (en adelante GRECO). En ellos, el GRECO —constituido, en 1999, en el seno del Consejo de Europa— apuesta por la cobertura penal de los supuestos de creación de un clima de corrupción, a través de la entrega de regalos o ventajas con vistas a la consecución de un trato de favor mediante algún acto u omisión futuros no especificados, al propio tiempo que expresa su preocupación por la tendencia exhibida por la jurisprudencia penal de varios estados a exigir, de manera excesivamente rígida, la prueba de la existencia de un vínculo causal entre ambos elementos o de un acuerdo corrupto precedente a la entrega del regalo, como presupuesto para la aplicación de los tipos penales correspondientes al cohecho⁷.

La discusión que suscita el delito de admisión de regalos en España presenta, probablemente, otros perfiles⁸. Por una parte, y en un contexto de especial sensibilidad social, política y mediática con relación a la enorme gravedad del problema de la corrupción pública, en la criminalización de estos comportamientos no ha dejado de ver-

⁶ Sobre los efectos de la corrupción vid. O. DIEGO BAUTISTA, «Marco institucional para combatir la corrupción», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 9, n.º 27, 2007, p. 185.

⁷ Vid., por ejemplo, el informe de evaluación relativo a Francia, que pone en duda la suficiencia del art. 432-11 del Código penal (*infra* apartado II) y aboga por una revisión de la normativa general en la materia en el sector público. Vid. GRECO, *Evaluation Report on France on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Strassbourg, 16-19 February 2009, p. 23 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)5_France_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)5_France_One_EN.pdf)).

⁸ La bibliografía española sobre esta figura es, todavía, relativamente escasa. Al margen de las páginas que le dedican los artículos y monografías generales sobre el cohecho y los manuales y comentarios al Código penal, de ella se han ocupado últimamente, entre otros, los siguientes trabajos: M. J. DOLZ LAGO, «Breves consideraciones sobre la noción de acto injusto en los delitos de cohecho desde una perspectiva constitucional», *Diario La Ley*, n.º 7.254, 2009, pp. 1 y ss.; E. ARRIBAS LÓPEZ, «Sobre el denominado cohecho pasivo impropio», *Diario La Ley*, n.º 7.278, 2009, pp. 1 y ss.; J. Q. MARAÑA SÁNCHEZ, «En clave constitucional: Regalos no, gracias», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 24, 2009, pp. 3.637 y ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, «El endiablado cohecho impropio», en *El Mundo*, 5 de julio de 2010, p. 23.

se la voluntad del legislador de homologar todas las actividades expresivas de comportamientos de esa índole y, en esa medida, de testimoniar su compromiso con la causa de su prevención⁹. Por contra, un nutrido grupo de autores no duda en presentar todos los supuestos subsumibles en él —no sólo los relativos a los regalos de cortesía o de onomástica— como transgresiones éticas, ajenas a los postulados de un Derecho penal orientado al hecho y respetuoso, en general, con los principios que definen el modelo de Estado constitucional¹⁰. En su opinión, su presencia en el Código penal español no serviría, por lo tanto, para reivindicar la intuición, racionalidad o capacidad de previsión del legislador español a la hora de diseñar respuestas penales frente al fenómeno de la tangente, sino, justamente, para evidenciar sus excesos. De este modo, el contenido en el art. 422 CP se configuraría como un tipo básico, residual, con respecto a la mayor parte de las modalidades de cohecho propio, destinado a ofrecer respuesta punitiva a los supuestos en que no puedan acreditarse la injusticia del acto o su conexión con la dádiva¹¹.

En las páginas que siguen no pretendo llevar a cabo un análisis detallado de los elementos que integran el cohecho de facilitación en el Código penal español. Mi intención —mucho más modesta— es,

⁹ Vid., por ejemplo, ARRIBAS LÓPEZ (nº 8), p. 2.

¹⁰ Vid. C. SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral inédita, Valladolid, 1985, p. 287; I. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, pp. 108 y 109; VIZUETA FERNÁNDEZ (nº 4), pp. 241 y 264; N. DE LA MATA BARRANCO, «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006, p. 137, quien, con la mirada puesta en el bien jurídico protegido por los tipos del cohecho impropio, escribe, muy gráficamente, que no resulta sencillo entender que «estamos más allá que ante un juicio moral de reproche», ni siquiera «desde las construcciones del abuso del cargo»; F. MORALES PRATS / M^a. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Artículo 26», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Cizur Menor, 2008, p. 650.

¹¹ Le atribuyen al cohecho de facilitación esa función de recogida VIZUETA FERNÁNDEZ (nº 4), pp. 235 y 236; L. POZUELO PÉREZ, «El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos», A. JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 1.718. Sopesa también esa posibilidad de LA MATA BARRANCO (nº 10), p. 142. En estos planteamientos se desliza una —peligrosa— comprensión del delito dudosamente compatible con el fin del Derecho penal sustantivo en un Estado social y democrático de Derecho, que no puede ser el de cumplir una función de aligeramiento probatorio o de servicio a exigencias procesales. Como explica E. MUSCO, «Le attuali proposte individuate in tema de corruzione e concussione», VV.AA., *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, *Atti del Convegno di Studi di Diritto penale*, Bari, 1996, p. 47, a propósito de las propuestas para radiar el elemento del acto del cargo de la descripción típica del cohecho, «las dificultades probatorias constituyen la vida misma del proceso», de tal manera que «si por cualquier dificultad de cualificación, se debiese proceder a la simplificación de las figuras, nos veríamos constreñidos a modificar partes relevantes del sistema penal».

más bien, la de reflexionar sobre la conveniencia de mantener su incriminación, a la luz de las directivas constitucionales que deben presidir el desarrollo de la acción administrativa, en el bien entendido de que su consideración como un precipitado histórico de la figura de la *indebida admisión de utilidades* no puede ni debe servir de coartada para ello. Conduciré el trabajo, pues, con arreglo a una perspectiva preferentemente político-criminal, atenta a los perfiles de desvalor que presenta el delito.

En concreto, procederé de la siguiente forma. En primer lugar realizaré una breve aproximación al tratamiento que reciben, en los países de nuestro entorno jurídico, las modalidades de cohecho que no presuponen la realización de gestión o actividad alguna, en el ejercicio de las funciones del cargo, como contraprestación por el ofrecimiento o entrega de regalos (II). Luego presentaré una imagen de la jurisprudencia recaída en la materia (III) y me centraré, brevemente, en la aplicación de la teoría de la adecuación social a este ámbito (IV). En los apartados V, VI y VII intentaré hacer compatible la figura del art. 422 CP con uno de los principios irrenunciables en el sistema penal de un Estado social y democrático de derecho: el de ofensividad. Para ello recogeré y aportaré información acerca de los pronunciamientos doctrinales relativos al bien jurídico protegido, que organizaré en tres niveles de análisis. Finalmente, indicaré bajo qué condiciones debería acceder la admisión de regalos a los textos punitivos y cómo afrontar las dificultades para delimitar los supuestos de cohecho de facilitación punibles de otro tipo de actuaciones constitutivas de malas prácticas en el seno de la Administración Pública (VIII y IX).

II. El cohecho de facilitación en el Derecho comparado

Muy pocos códigos penales europeos contemplan una prohibición general, dirigida a los funcionarios públicos, de aceptar regalos que les sean ofrecidos en consideración a sus cargos. Entre ellos sobresale el portugués, que, al igual que el español, incrimina los intercambios destinados a lograr la cercanía o la simpatía del funcionario. Su art. 372.1, modificado por la Ley 32/2010, de 2 de septiembre de 2010, describe, en efecto, la conducta del funcionario público que, «en el curso de sus funciones o por causa de ellas, por sí mismo o a través de otra persona, con su consentimiento o ratificación, solicita o acepta, para sí o para un tercero, cualquier ventaja indebida, sea de naturaleza económica o no», si bien excluyendo de su

ámbito de aplicación a las conductas «socialmente apropiadas» y que estén «en concordancia con la praxis y comportamientos habituales» (art. 372. 3).

En la práctica totalidad de los restantes sistemas penales continentales la disciplina del cohecho se asienta sobre la existencia de un acuerdo entre el funcionario y el particular, vinculado a un acto o actuación del cargo suficientemente determinados o, al menos, determinables. En Suecia, por ejemplo, el cohecho pasivo —tipificado en el capítulo 20, sección 2, del Código penal— se dirige al empleado que «para sí mismo o para otra persona, recibe, acepta una promesa o demanda un soborno u otra gratificación por el cumplimiento de sus obligaciones». Muy semejante es la redacción que le depara el art. 432-11 del Código penal francés: «requerir o acordar, en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, donaciones, regalos o cualquier otra ventaja, para sí o para otros, en intercambio por: 1. actuar o abstenerse de actuar de acuerdo con o facilitado por sus obligaciones, funciones o cargo; 2. o abusar de su influencia real o supuesta para obtener de una autoridad pública o departamento distinciones, empleos, contratos o cualquier otra forma de decisión favorable». La casuística jurisprudencial de ambos países ha ido trazando la línea divisoria entre los regalos destinados a influir en acciones concretas de los funcionarios públicos y los denominados regalos de cortesía (carentes de relevancia jurídico-penal)¹².

Tanto la jurisprudencia como las reformas legales actuadas en otros estados se han ido haciendo eco, no obstante, de las diversas propuestas o recomendaciones —doctrinales o normativas, esto es, contenidas en instrumentos internacionales, tanto en el marco de la OCDE como en el de la Unión Europea— que apuntan a la necesidad de flexibilizar los presupuestos de aplicación del delito¹³.

Así, en Holanda, la definición de cohecho pasivo impropio proporcionada por el Código penal —y que apunta, nítidamente, al com-

¹² En las mismas coordenadas que el sueco y el francés se mueve el Código penal belga, cuyos arts. 246 y 247 castigan el ofrecimiento o requerimiento de ventajas, por un funcionario, a cambio de realizar algún acto injusto, de omitir un acto de obligada realización, de cometer una ofensa grave o menos grave en el ejercicio de la función o de usar influencias reales o supuestas para obtener un acto o decisión de una autoridad pública o para asegurar su no adopción.

¹³ Dichos instrumentos describen con extrema amplitud los elementos del delito de cohecho, en particular el objeto de la conducta. Las disposiciones penales en materia de tutela de los intereses financieros de la Unión Europea, contenidas en el *Corpus Iuris*, por ejemplo, presentan al cohecho pasivo como la solicitud o aceptación de una ventaja por realizar, en contra de sus deberes, un «acto de la función o en el ejercicio de la función» (art. 5.3.a).

promiso contraído por un funcionario que «acepta un regalo, promesa o servicio» por «hacer algo o abstenerse de hacer algo en su servicio, no contrario a deber» (art. 362. 1)— no le ha impedido a la Corte Suprema sostener la tipicidad de las entregas «dirigidas a establecer y/o mantener una relación con el funcionario para conseguir un trato de preferencia»¹⁴.

En Italia, ya desde mediados de los años noventa del pasado siglo, las dificultades probatorias del llamado cohecho «ambiental» y sus problemas de calificación con arreglo a las tipologías diseñadas por el legislador han llevado a un sector de la jurisprudencia a traer en aplicación los tipos del delito de *corruzione* en todos los supuestos en que queda acreditado que la dádiva fue entregada por razón de las funciones ejercidas y para compensar los favores recibidos¹⁵. La tendencia a privar al «acto del cargo» de su rol de elemento central en la definición del delito terminó por cristalizar en el Proyecto de Reforma del Código penal elaborado, en 1994, por el «Pool Mani Pulite» — que sancionaba la promesa o la admisión de utilidades indebidas en consideración a la «cualidad, las funciones o la actividad» del funcionario público o del encargado de servicio¹⁶—, así como en posteriores iniciativas legislativas¹⁷. Esta «nueva» hipótesis de cohecho *in incertis actis*, carente hasta el momento de refrendo legal, ha venido suscitando numerosas dudas y críticas, centradas, entre otros aspectos, en su incompatibilidad con las funciones sistemática y selectiva del tipo penal¹⁸.

¹⁴ Cfr. I. PEÇI. / E. Sikkema, «Corruption and legal certainty; the case of Albania and the Netherlands. Implementation of the Criminal Law Convention on Corruption in a transitional and consolidated democracy», en *Utrecht Law Review*, Vol. 6, n° 1, 2010, p. 114.

¹⁵ Vid. las indicaciones de MANNA (n° 5), p. 124, nota 18, y de V. MANES, «L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 43, 2000, pp. 925, nota 3, y 926, notas 4 y 5.

¹⁶ El proyecto unificaba todas las modalidades de cohecho y el delito de concusión por inducción en dos únicas figuras: una de cohecho activo y otra de cohecho pasivo, centrada en la relación entre la promesa o admisión de utilidades indebidas y la «cualidad, las funciones o la actividad» del funcionario o del encargado de servicio público. Vid. MANNA (n° 5) p. 129.

¹⁷ Vid. MANES (n° 15), p. 964, nota 104.

¹⁸ Vid., entre otros, C. F. GROSSO, «L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli - Il progetto anticorruzione di Mani Pulite tra utopia e suggestione premiale», *Cassazione Penale*, Anno XXXIV, 1994, p. 2.343; F. SGUBBI, «Considerazione critiche sulla proposta anticorruzione», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale della Economia*, Anno VII, 1994, p. 943; S. ARDIZZONE, «La proposta de semplificazione in tema di corruzione e i rischi di erosione della concessione del diritto penale del fatto», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale della Economia*, Anno VIII, 1995, p. 4.

La *Ley para la Lucha contra la Corrupción* (KBG), de 13 de agosto de 1997, en fin, radió del § 331 del Código penal alemán la referencia al «acto del cargo» como objeto de la transacción, haciéndose eco, con ello, de las opiniones —jurisprudenciales y doctrinales— que habían visto en ella el factor determinante de la impunidad de determinados comportamientos merecedores de sanción penal, como las entregas desligadas temporalmente de las gestiones que se pretendían recompensar o las asociadas, en general, a actos o actividades de difícil o imposible identificación¹⁹. En ese país, el funcionario que solicita, se hace prometer o acepta un regalo orientado a lograr su predisposición favorable con relación a cualquier actuación que pueda interesarse de él en el futuro, en el desarrollo del servicio público, incurrir en responsabilidad penal²⁰.

III. La admisión de regalos en la Jurisprudencia

Con carácter general, tres son los perfiles de desvalor del cohecho de facilitación que despuntan en la doctrina jurisprudencial²¹.

Un primer grupo de sentencias justifica la incriminación de la admisión de regalos a la luz de las exigencias que la sociedad dirige a

¹⁹ Vid. P. KÖNIG, «Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Prozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu begegnen?», *DRiZ*, 1996, p. 360, así como las referencias mencionadas en p. 360 y nota 29; P. DIENERS, «Vermeidung von Korruptionsrisiken aus Unterbehmenssicht - Rechtliche Gestaltung von Geschäftsbeziehungen, Behördekontakten und Lobbying», en D. DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention*, München, 2007, p. 227.

²⁰ Vid. U. KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad», *Política Criminal*, n.º 3, 2007, p. 3; S. NOLTENSMEIER, *Public private partnership und Korruption*, Berlin, 2009, p.41; H. HERBERT VON ARNIM, «Korruption: Begriff und systematische Defizite in der Korruptionsbekämpfung», en H. H. VON ARNIM (hsg. von), *Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung*, Berlin, 2009, p. 14. Con todo, y de acuerdo con la tesis dominante, la mención al desarrollo del servicio público obliga a seguir considerando irrelevantes las contraprestaciones que tienen como referente actos ajenos a aquél.

²¹ Vaya por delante que no resulta sencillo acotar una tipología de conductas que pueda servir de hilo conductor a las sentencias condenatorias recaídas, en España, en materia de admisión de regalos. Desde luego, ni la financiación de congresos y simposios por parte de la industria farmacéutica —que, al amparo de la promoción de investigaciones científicas, paga a los médicos viajes que suelen incluir extras de ocio o entretenimiento—, ni los hechos puestos de manifiesto por el auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de agosto de 2009 y por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010 (la entrega de regalos a un alto cargo público, sin que pueda acreditarse la intención del particular de lograr que aquél emane algún acto o realice alguna actividad que le beneficie, directa o indirectamente) se hallan en condiciones de cumplir tal función, habida cuenta de su escasísimo impacto en los repertorios.

los funcionarios públicos, en relación con su trabajo, en el marco de un Estado democrático —STS de 17 de marzo de 1992 (RJ 1992/2359)—, desechando otras interpretaciones relacionadas con la pretendida necesidad de velar por una «angelical y quimérica pureza» de las personas que ejercen funciones públicas —SAP Baleares 41/1997, Secc. 2^a, de 5 de marzo (ARP 41/1997)—. Su ámbito de aplicación se ceñiría a aquellas conductas «de las que se deduzca un mínimo de contenido de injusto para el bien jurídico: el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la función pública encomendada a quien recibe la dádiva» —SAP Baleares 41/1997, Secc. 2^a, de 5 de marzo (ARP 41/1997)—. Los principios descritos por la Constitución y el ordenamiento jurídico servirían como criterios de selección (normativo-valorativos) de los supuestos que deben subsumirse en el tipo —SAP Granada 159/2000, Secc. 2^a, de 3 de marzo (ARP 2000/229)—.

Sin abandonar la referencia a la función pública, otras resoluciones vinculan la existencia de esta figura a la conveniencia de reforzar la vigencia de determinados criterios ético-morales en su desarrollo o, incluso, en su prestigio. La SAP Barcelona 4219/1999, Secc. 5^a, de 31 de mayo (ARP 1999/4219), por ejemplo, señala que lo que actúa el contenido de injusto del delito es el incumplimiento de la obligación de los funcionarios públicos de ser ejemplo de «máximo decoro e integridad»; una obligación que dimanaría tanto de la lealtad debida a la Administración pública, como del hecho de que ejercen funciones en favor de la comunidad social. En términos muy semejantes se pronuncian las SSTS de 21 de enero de 1994 (RJ 1994/86) y de 29 de abril de 1995 (RJ 1995/2881), con arreglo a la cual el cohecho protege, en todas sus modalidades, «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». Por su parte, para la STS de 7 de octubre de 1993 (RJ 1993/8703), con la admisión de regalos «no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino siempre de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes».

Por último, una tercera corriente jurisprudencial expresa la necesidad de preservar valores como la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado —STS de 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10.402)—, la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el desarrollo de la función —STS de 17 de mayo de 2010 (RJ 2010/2328)—, o la confianza pública en su ejercicio recto y objetivo —STS de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994/3687)—. Concre-

tando los criterios de afección a este último bien jurídico, la STS de 16 de marzo de 1998 (RJ 199/4082) alude a que se produce desde el momento en que se genera la impresión, ante la ciudadanía, de que aquéllos venden sus funciones. Según la STS de 3 de febrero de 1994 (RJ 1994/653), en cambio, la confianza y credibilidad en el servicio público constituyen valores-fin, alcanzables en la medida en que se preserve la dignidad de la función pública (valor-medio), a través de actuaciones éticas y correctas.

IV. El cohecho de facilitación y los regalos socialmente adecuados

Con arreglo al apartado 3º, núm. 6, párrafo primero, del Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, «se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía». Esta disposición se cohonestá perfectamente con la línea de actuación de la doctrina y de la jurisprudencia españolas, que han reivindicado tradicionalmente la intelección de todas las modalidades del cohecho a la luz de la teoría de la adecuación social²², elevando de este modo la idea de la proporcionalidad en la relación de intercambio a la condición de característica universal del delito²³. Con arreglo a este punto

²² Vid. J. CÓRDOBA RODA, «El cohecho de funcionarios públicos», en S. MIR PUIG / J. CÓRDOBA RODA / G. QUINTERO OLIVARES (coord.), *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, 1983, p. 190; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El delito de cohecho», en A. ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, pp. 165 y 166; J. M^a RIVERA HERNÁNDEZ, «Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n^o 11, 1997, p. 416; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 18^a ed., revisada y puesta al día, Valencia, 2010, pp. 961 y 962; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *Código penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia)*, Vol. II, *Parte Especial*, Granada, 2010, p. 1.143. En contra, MARAÑA SÁNCHEZ (n^o 8), pp. 3.637 y ss.

²³ Efectivamente, la teoría de la adecuación social no supone sino una traducción del requisito de la «proporcionalidad» que debe caracterizar la relación existente entre la prestación y la contraprestación, tanto en las formas de cohecho propio como en las del impropio. Vid., en este sentido, M. MÖHRENSCHLAGER, «Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene», *JZ*, 1996, p. 826. De acuerdo con la opinión mayoritaria, de hecho, un desequilibrio notorio entre ambas traería por consecuencia la exclusión del elemento típico del acuerdo y, con ello, de la punibilidad de los hechos. La literatura califica dicha rela-

de vista, las únicas entregas económicas que dan vida al tipo del artículo 422 serán, por consiguiente, las que exceden de lo que la sociedad califica como «irrelevante», al no responder plenamente al «orden ético social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad», esto es, al no ser «moneda corriente aceptada como uso social»²⁴.

Es discutible, sin embargo, que, por si sola, la distinción entre *regalos socialmente inadecuados*, por implicar el enriquecimiento del funcionario (un reloj de oro, un ordenador de última generación o la invitación para acudir a un congreso en otro país), y *pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual* (la botella de vino entregada al cartero con motivo de las fiestas navideñas o la agenda con que se obsequia a quienes intervienen en una reunión) permita seleccionar, con la necesaria seguridad jurídica, el ámbito de lo penalmente relevante²⁵. Haciendo abstracción de los casos de manual, la valoración social nunca podrá ofrecer una respuesta unívoca sobre la proporcionalidad del regalo, que deberá hacerse depender, entre otros extremos, de las relaciones financieras típicas del ramo de la Administración al que pertenezca el funcionario y de su propio rango jerárquico²⁶. Veámoslo a través de un ejemplo. La Directora General de Turismo de una Comunidad Autónoma acude, como invitada oficial, a una feria internacional que se celebra en un país asiático. En el curso de la feria, un grupo empresarial, interesado en abrir diversos establecimientos de hostelería en esa misma Comunidad, la invita a realizar un crucero marítimo y a comer y cenar en el restaurante de uno de los hoteles de lujo de la que es propietario, donde es agasajada con menús preparados por uno de los cocineros más famosos del país. Aceptar el convite podrá considerarse, probablemente, una parte natural de su trabajo: mantener y mejorar las relaciones

ción como «sinalagmática» —vid., por ejemplo, KINDHÄUSER (nº 20), p. 5—, término que no parece, sin embargo, excesivamente correcto, teniendo en cuenta que la realización del acto o de la actividad «del cargo» puede preceder cronológicamente a la entrega o a la promesa de entrega de la dádiva y no traer causa de acuerdo alguno entre las partes.

²⁴ SAP Baleares 41/1997, Secc. 2ª, de 5 de marzo (ARP 41/1997).

²⁵ Vid., en este sentido, F. GEERDS, *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und Seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*, Tübingen, 1961, pp. 73 y ss.; D. DÖLLING, «Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption», *ZStW*, Band 112, 2000, p. 346.

²⁶ En esta cuestión se ha detenido especialmente la doctrina alemana. Vid. I. PASTER / A. SÄTTELE, «Alles, was das Leben verschönern Kann. Eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28.11.2007», *NStZ*, Band 27, 2008, pp. 366 y ss.; NOLTENSMEIER (nº 20), pp. 241 y 242, así como la bibliografía citada en *op. cit.*, p. 241 y nota 43.

o contactos de negocios en el ámbito de la promoción del turismo. En cambio, sería difícil justificar la admisión, por parte de los concejales de obras de diversos ayuntamientos, de la invitación de una constructora para que viajen a Madrid al objeto de realizar una visita informativa que incluye, además, el abono del viaje y del almuerzo y de la cena, en un establecimiento distinguido, presentándola como una expresión de la cortesía a que vienen obligados por la función propia de su cargo²⁷. De persistirse en la idea de que la teoría de la adecuación social representa el expediente idóneo para dar una respuesta satisfactoria al fenómeno jurídico-penal de los «regalos a funcionarios», deberán reducirse, en consecuencia, el casuismo y la complejidad de esa tarea de ponderación, bien limitando el acceso al tipo a regalos con un cierto perfil económico, bien recurriendo a un criterio político-criminal.

El criterio de la condición económica del regalo puede servir de base para elaborar un catálogo de directrices o pautas de actuación destinadas a los empleados públicos, en general, tal y como ha sucedido en países como Portugal y Suecia²⁸, pero no permite dar cuenta —ni mucho menos— de todos los supuestos controvertidos. Las situaciones que la doctrina alemana ha denominado *Anfüttern* («dar forraje»), y en las que las sucesivas entregas de obsequios de reducido valor económico o de pequeñas cantidades generan una red de dependencia o subordinación²⁹, por ejemplo, no se ajustan fácilmente a ese esquema³⁰. Por otra parte, dar concreción al concepto jurídico indeterminado «usos sociales», poniéndolo en relación con la cuantía del regalo, no se compadece bien con la denominada teoría cualitativa de la dádiva —que aquí se suscribe³¹ y que cuenta, además, con el

²⁷ Pueden verse ejemplos similares en NOLTENSMEIER (nº 20), pp. 241 y 242 (v. gr. los costosos tratamientos con que son obsequiados quienes integran los órganos de gobierno de cajas de ahorro públicas).

²⁸ La iniciativa portuguesa reviste especial interés, considerando que el Código penal de dicho país otorga carta de naturaleza a la teoría de la adecuación social como elemento de restricción de la tipicidad en el delito de admisión indebida de ventajas (art. 372. 2) (vid. *supra* apartado II). La guía sueca lleva por título «Directrices en materia de soborno y conflictos de intereses» y fue publicada por el Ministerio Sueco de Finanzas y la Asociación Sueca de Autoridades Locales y Regiones, el 14 de julio de 2006. En la doctrina española, Gimbernat Ordeig considera que la entrega de obsequios cuyo valor supere los 600 euros nunca debe quedar cubierta por la cláusula de los «usos sociales». Vid. (nº 8), p. 23.

²⁹ En I. KNAUB puede verse un interesante análisis criminológico del *Anfüttern* («Rechtliche Rahmenbedingungen der Korruption», en W. VAHLENKAMP/ I. KNAUB, *Korruption – Hinnehmen oder handeln?*, Wiesbaden, 1995, pp. 298 y 299).

³⁰ Vid. PASTER / SÄTTELE (nº 26), pp. 366 y ss.; KNAUB (nº 29), p. 300.

³¹ Entre sus partidarios se cuentan CÓRDOBA RODA (nº 20), pp. 177 y 178; B. FELJOO SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nue-

respaldo de los arts. 2 y 3 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea—, a cuyo tenor, la tipicidad del instrumento del cohecho no se fía a su naturaleza o valor, sino a su idoneidad para asegurarle al particular una concreta actuación u omisión del funcionario. Tampoco serviría para precluir interpretaciones extensivas del tipo en contra del reo³², pensando en casos como el de la enfermera que acepta la casa que le ha dejado en herencia el anciano al que ha prestado cuidados en los últimos meses de su vida.

Atendiendo a estos argumentos, se impone, pues, la segunda de las opciones: lo único que permitirá dotar de una cierta coherencia interna al precepto contenido en el art. 422 CP —y acotar, al propio tiempo, el ámbito de lo punible— es su interpretación con arreglo a parámetros vinculados a su *ratio*³³. Dicho con otras palabras, ni la adecuación social del regalo puede servir de pretexto para excluir del ámbito típico conductas idóneas para afectar, de modo relevante, al bien jurídico que protege, ni su falta de adaptación a la ética social dominante puede justificar la conversión en delitos de cualesquiera prácticas que carecen de aquella virtualidad. El art. 17 del Reglamento del Medicamento, aprobado por RD 1416/1994, de 25 de junio, parece convalidar este punto de vista, al exceptuar del ámbito de las primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie prohibidas por la

vas figuras delictivas y modificación de otras conductas», *La Ley*, 1997-I, p. 1.684; M^a J. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, pp. 190 y ss.; POZUELO PÉREZ (n^o 11), p. 1.725. El hecho de que el legislador de 2010 no haya incluido, en el tipo del art. 422, los términos «favor o retribución de cualquier clase» —sí presentes en las descripciones de los arts. 419 y 420— no refleja, necesariamente, su voluntad de dar entrada a un concepto más restrictivo del instrumento del delito. Los hechos presentados por Manzanares Samaniego («a una autoridad o funcionario público se le coloca “a dedo” y con buen sueldo a un pariente próximo») deben saldarse, sin duda, con la exigencia de responsabilidades penales. Vid. (n^o 22), p. 1.143.

³² Vid. sobre ello NOLTENSMEIER (n^o 20), p. 242.

³³ Así, con toda claridad, K. GRIBL, *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikte*, Heidelberg, 1993, p. 316, quien parte de la base de que las únicas entregas económicas que pueden acogerse al expediente de la insignificancia, en el marco de la anterior redacción del § 331 *StGB* (*supra* apartado II), son las que no representan un peligro potencial para el bien jurídico. De esta misma opinión, en la doctrina española, POZUELO PÉREZ (n^o 11), p. 1.727; FEIJOO SÁNCHEZ (n^o 31), p. 1.684. OLAIZOLA NOGALES (n^o 10), p. 346, propone recurrir al criterio del hombre medio ideal para establecer —*ex ante* y a partir de los conocimientos con que contaba el particular— si una determinada dádiva tiene capacidad corruptiva.

Ley del Medicamento «aquéllas que tengan un valor insignificante y que sean *irrelevantes para la práctica de la medicina o la farmacia*»³⁴.

Para proseguir la investigación será preciso, entonces, adentrarse en la discusión relativa a la función que cumple el cohecho de facilitación en el marco más amplio del Derecho penal de la función pública.

V. Admisión de regalos y erosión de la confianza de la ciudadanía en la integridad del servicio público

En las sociedades democráticas, la confianza en la legalidad e imparcialidad de las decisiones de la Administración Pública representa, indudablemente, una de las condiciones esenciales para el ordenado ejercicio del poder público, en sentido amplio, y para el correcto funcionamiento de los aparatos del Estado³⁵. Manifestaciones o síntomas del deterioro de dicha confianza son el escepticismo sobre la obtención de condenas penales para los responsables de los actos corruptos —haciendo cundir, con ello, el temor a la exclusión del mercado por parte de quienes no asuman esos «nuevos» códigos de relación con la Administración Pública— y, también, la propia resistencia a la denuncia de los hechos, esto es, a implementar «estrategias cooperativas» con las instituciones jurídicas, políticas o económicas encargadas de prevenir y reprimir los fenómenos corruptos³⁶.

Un planteamiento muy extendido en la doctrina alemana presenta al cohecho como un delito que cubre con un manto de sospecha e incertidumbre las actuaciones de los funcionarios y cuya reiteración hace cundir la desconfianza de la ciudadanía en relación con cualesquiera decisiones que les permitan, a determinados particulares o grupos de particulares, disfrutar de posiciones sociales, jurídicas y/o económicas privilegiadas o asimétricas³⁷. Como se ha indica-

³⁴ Las cursivas son míos. POZUELO PÉREZ realiza un detenido análisis del significado de los términos «insignificancia» e «irrelevancia» utilizados en este precepto. Vid. (nº 11), pp. 1.727 y ss.

³⁵ Vid. A. VANNUCCI, «Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi oculti», *Etica degli affari e delle professioni*, Vol. 6, nº 1, 1993, pp. 40 y ss.

³⁶ Vid. F. RUGGIERO, «Scambio corrotto e vittimizzazione», *Dei delitti e delle pene*, 2ª Serie, Anno IV, 1994, pp. 17 y ss.; Forti (nº 5), pp. 1.096, 1.097 y 1.099.

³⁷ Vid., entre otros, H. SCHRÖDER, «Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten», *GA*, 1961, p. 291; F. Loos, «Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte», en G. STRATENWERTH / A. KAUFMANN / G. GEILEN / H. J. HIRSCH / H.-L. SCHREIBER / G. JAKOBS / F. LOOS (herausgegeben von), *Festschrift für H.*

do, también un sector la jurisprudencia española utiliza este mismo discurso —o, cuando menos, algunos de sus elementos— para avalar la incriminación del cohecho de facilitación en el Código penal español³⁸; un discurso que se compadece bien, a mayor abundamiento, con la decisión del legislador de 2010 de estratificar la gravedad de los diversos supuestos de cohecho impropio, en función del grado de vinculación de la retribución con el desempeño del cargo (arts. 420 y 422 CP).

Es evidente que, con independencia de que *a fortiori* se traduzca o no en actuaciones corruptas, la entrega de regalos a los funcionarios no contribuye a reforzar la confianza en los servicios públicos³⁹. Cabe preguntarse, no obstante, si la conversión de esta última en el bien jurídico del cohecho no implica confundir las nociones de bien jurídico específico y bien jurídico genérico⁴⁰, teniendo en cuenta que cualquier comportamiento abusivo, incorrecto o desleal de los funcionarios o agentes públicos —incluso aquéllos meramente sujetos a sanción disciplinaria o a un genérico reproche social (el que el alcalde y el concejal de obras sean vistos comiendo en un restaurante con uno de los empresarios que concurren en el procedimiento de adjudicación de una contrata)— parece adecuado para defraudarla⁴¹.

Welzel, Berlin, New York, 1974, pp. 889 y ss.; K. Geppert, «Amtsdelikte», *Jura*, 1981, p. 46; T. Lenckner, «Privatisierung der Verwaltung und “Abwahl des Strafrechts”», *ZStW*, Band 106, 1994, p. 531. La jurisprudencia mayoritaria respalda este punto de vista: vid. U. Sommer, *Korruptionsstrafrecht*, MÜNSTER, 2010, p. 59 y nota 154. Otras referencias bibliográficas y jurisprudenciales pueden verse en M. MAIWALD, «Belohnung für eine vorgetäuschte pflichtidrige Diensthandlung», *NJW*, Band 51, 1981, p. 2.778 y nota 10. En la doctrina española, recogen este punto de vista, con diversos matices, S. CARDENAL MONTRAVETA, «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 10, 2002, pp. 307 y ss.; OLAIZOLA NOGALES (n° 10), pp. 98 y ss.; misma autora, «Los Delitos contra la Administración Pública», en S. MIR PUIG / M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*, Madrid / Buenos Aires / Montevideo, 2006, p. 379; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales», en S. MIR PUIG / M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2007, p. 406;

³⁸ Vid. *supra*.

³⁹ Vid. MARAÑA SÁNCHEZ (n° 8), p. 3.637.

⁴⁰ Esta crítica está presente ya en J. BAUMANN, *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, HEIDELBERG, 1961, pp. 11 y ss. El bien jurídico genérico —que expresa la relación de sentido existente entre la intervención penal y las condiciones de existencia de la sociedad, aportándole racionalidad— presenta un contenido tan amplio que lo inhabilita para operar como límite de las pretensiones punitivas del Estado. Como ha apuntado Sgubbi (n° 18), p. 942, la alusión al bien de naturaleza institucional encubre, con frecuencia, la ausencia de un bien jurídico penalmente relevante.

⁴¹ Vid. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 8ª ed., Milano, 1998, p. 145; SEMINARA (n° 1), pp. 979 y 980;

Por otra parte, hay que recordar que, en tanto realidades sociológicas, la confianza social y el respeto al derecho son sólo un reflejo de la propia objetividad con que la Administración se conduce a la hora de adoptar sus decisiones. En buena lógica, debería ser, entonces, la necesidad de asegurar esta última —como medio para garantizar el fortalecimiento de dichas realidades— lo que exigiese y justificase la intervención penal frente al otorgamiento indebido de ventajas. Tampoco hay que perder de vista, finalmente, el dato de que si la confianza de la opinión pública en el correcto desarrollo de las funciones administrativas debiese considerarse, efectivamente, el bien jurídico del delito de admisión de regalos, cuanto más elevados sean los niveles de corrupción (cuanto más se haya generalizado la sospecha de que las decisiones de la Administración no se hallan objetivamente fundadas en la persecución del interés general), menos merecedoras de castigo deberían hacerse las conductas en que se concreta⁴².

VI. Admisión de regalos y tutela de la integridad de los funcionarios (o de la condición de funcionario) y de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas

Otra de las tesis que cuenta con un cierto respaldo en la doctrina y en la jurisprudencia españolas es la que ve en el cohecho de facilitación un instrumento de garantía de un determinado modelo burocrático, asentado sobre el principio de no venalidad del desempeño de las funciones públicas y los valores de la integridad y moralidad de los funcionarios y/o de la condición funcional⁴³.

MANNA (nº 5) pp. 136 y 137; MANES (nº 15), p. 948. Véanse también los comentarios críticos de Maiwald sobre el nivel de abstracción de esta clase de referencias conceptuales y su falta de rentabilidad en la tarea de determinar el alcance de los tipos del cohecho: MAIWALD (nº 22), p. 2.778. Alertan sobre el riesgo de trasladar, con estas operaciones hermenéuticas, el epicentro del desvalor penal a la figura subjetiva del autor Ardizzone (nº 10), p. 3; F. Sgubbi, «La semplificazione ed unificazione delle norme in tema di corruzione e concussioni», *Atti del Convegno di Studi di diritto penale. Bari, 21-22 aprile 1995*, Bari, 1996, p. 60; MANNA (nº 5) p. 138.

⁴² Los términos en que KINDHÄUSER plantea esta cuestión no dejan lugar a dudas, a mi modo de ver: «si fuese correcto el parecer que sostiene que el bien jurídico de los delitos de corrupción estatal es la confianza de la opinión pública, la corrupción sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en un Estado». Vid. (nº 20), p. 9. La tesis de la existencia en España de una confianza institucional susceptible de ser erosionada por la reiteración de los fenómenos corruptos habrá de provocar el escepticismo de más de uno.

⁴³ La propuesta que ve en la no venalidad de las conductas del cargo el bien jurídico protegido por el cohecho impropio, en general, cuenta con el respaldo de autores

Ahora bien, no parece que, por irrenunciables que sean, la introducción o promoción de los principios éticos y normas de conducta en materia de admisión de regalos —ya sea en referencia a la persona del funcionario, ya a la condición jurídica funcional— deba ser competencia prioritaria del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho⁴⁴. Ciertamente, el funcionario que acepta regalos incumple abiertamente el código de conducta previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo art. 54.6 —ubicado en el Capítulo IV del Título III— incluye, entre los principios de conducta que informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos, el rechazo de «cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código penal». El reforzamiento de los valores profesionales y de los códigos de conducta debe producirse, sin embargo, en un contexto muy distinto. Como enseñan los teóricos de la ética pública, la generación de un campo de acción ético en la Administración requiere de la inserción de determinados valores y códigos en las políticas de recursos humanos, en el sistema de evaluación del rendimiento, en el modelo de carrera y en los programas de formación continua, así como de la simultánea y permanente actuación, entre otros, sobre el sistema normativo y de controles institucionales existentes dentro y fuera de la Administración⁴⁵. Si

como BINDING (nº 1), p. 730; N. LEVI, «Delitti contro la Pubblica Amministrazione», en E. FLORIAN (coord.), *Trattato di Diritto penale*, 4ª ed., Milano, 1935, p. 298; R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966, p. 114; F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970, p. 76; F. ANTONISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, 9ª ed., Milano, 1986, p. 789. En España, su principal valedor es E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (vid. «Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en J. CEREZO MIR *et al.* (editores), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granada, 1999, p. 871, que la hace valer en relación con todas las modalidades de cohecho, sin excepción. En su opinión, en concreto, todas las figuras que implican «la recepción o aceptación por el funcionario de lo que se le ofrece» —entonces, también el cohecho de facilitación—, describen delitos de lesión (*op. loc. cit.*). Ven en el cohecho de facilitación un instrumento con que preservar la honradez, integridad profesional y probidad de los funcionarios, entre otros, SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA (nº 10), p. 287; C. MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, 2000, p. 227. Para MUÑOZ CONDE (nº 22), p. 962, «la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actúa el funcionario corroe la honestidad e integridad profesional del mismo, como la gota cava la piedra».

⁴⁴ Vid. de la MATA BARRANCO (nº 10), p. 137; VIZUETA FERNÁNDEZ (nº 4), pp. 238 y 239.

⁴⁵ Sobre todo ello vid. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, «Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 4, nº 11, 2002, pp. 56 y ss.; DIEGO BAUTISTA (nº 6), pp. 186 y 187.

lo que se sitúa en el punto de mira es la generación de una «cultura de lo público» o de una infraestructura ética en el ámbito de la función pública, la reacción penal no está, definitivamente, en condiciones de superar los preceptivos juicios de necesidad y utilidad, por superflua y desproporcionada. Por imperativo del principio de intervención mínima, el acceso al Código penal debe reservarse a las agresiones más intolerables dirigidas contra los bienes jurídicos más preciados, e identificar estos últimos con los principios éticos sancionados por el ordenamiento jurídico sectorial de la función pública no parece lo más coherente con el estatuto constitucional de las Administraciones Públicas⁴⁶.

Por lo demás, de la mano de esta construcción, las hipótesis en que media una pluralidad de intercambios, entre el funcionario y el particular, deberían saldarse con la apreciación de un concurso de delitos, puesto que la «no venalidad» de las funciones públicas o la honradez o integridad de la condición de funcionario público resultarían lesionadas todas y cada una de las veces que se produce una entrega económica⁴⁷. Esta solución concursal únicamente podría decaer si se parte de la base de que la admisión de regalos sirve para tutelar la función misma, esto es, un *objeto externo* al que referir o vincular las diversas modalidades de prestación económica, en el número que sean⁴⁸.

VII. El cohecho de facilitación como delito de peligro abstracto para el correcto ejercicio de las funciones públicas

De las diversas propuestas elaboradas para intentar acomodar el cohecho impropio en el sistema de los delitos contra la Administra-

⁴⁶ Como explica Manes, la necesidad de atender penalmente a la tutela de los principios de la no venalidad y dignidad del cargo justifican intervenciones de amplio espectro, pero enmarcadas en una perspectiva completamente estática del aparato organizativo de la Administración Pública. Vid. MANES (nº 15), p. 961. En esa misma línea, de la MATA BARRANCO (nº 10), p. 120, alude a la «proximidad» entre la idea de la no venalidad y las de la infracción del deber del cargo o de la prohibición de enriquecimiento del funcionario derivado del cumplimiento de su función.

⁴⁷ Tampoco sería factible seleccionar el campo de lo jurídico-penalmente relevante con ayuda de estas construcciones: toda suerte de entregas económicas (incentivos de 'motivación', pagos ocasionales, entregas destinadas a generar un clima favorable, pequeños obsequios de cortesía...) realizarían el injusto típico del cohecho de facilitación. Vid. MANES (nº 15), pp. 960 y 961.

⁴⁸ Cfr. MARRA (nº 18), p. 1.012.

ción Pública, la que goza de mayor predicamento es la que alude a su naturaleza de delito de peligro abstracto con relación al correcto desarrollo de su actividad funcional⁴⁹. Con arreglo a ella, el tipo vendría a cubrir entregas económicas orientadas al futuro cumplimiento de un acto por determinar y que representaría, a lo sumo, el motivo o la ocasión para la actuación del particular. La idea es, en suma, la de que la admisión de recompensas socialmente inadecuadas, por parte de un funcionario, genera vínculos de dependencia idóneos para condicionar futuras decisiones, inscritas en su marco competencial, y para relegar, por consiguiente, los criterios objetivos de cualificación e imparcialidad en favor de intereses particulares. La intervención penal se anticiparía, de esta forma, al peligro indirecto, o sea, al peligro de que la dádiva pueda predisponerlo favorablemente y de que termine por atender posteriores peticiones del particular, emando actos que perjudiquen la imparcialidad de la Administración. Con su incriminación se aspiraría a evitar un fenómeno de progresión criminal⁵⁰.

Esta perspectiva tampoco supone ninguna ganancia en el terreno que nos ocupa. La aplicación del art. 422 no puede pivotar exclusivamente sobre lo que indican las reglas de la experiencia moral⁵¹: ni el concejal de obras que acepte unas vacaciones pagadas por una empresa de telecomunicaciones tiene por qué ajustarse al perfil «sujeto corruptible», ni hay razón para excluir, como hace en cambio Gimbernat Ordeig, que el policía recompensado por la víctima de un secuestro o el bombero gratificado por el heroico salvamento de unos niños sean proclives a llevar a cabo actos propios de su cargo a cambio de contraprestaciones económicas⁵². En ausencia de otros elementos que precipiten el riesgo de corrupción, dar por sentado que quien acepta un regalo —cualquier regalo, con independencia de su cuantía y naturaleza— es un sujeto presto a dejarse corromper, pre-dispuesto a realizar ulteriores ventas de sus actividades, implica trabajar con una presunción de peligro general, difícil de conciliar con

⁴⁹ Vid. GEERDS (nº 25), pp. 53 y ss., así como la bibliografía citada por KINDHÄUSER (nº 20), p. 10 y nota 13.

⁵⁰ Vid. ORTS BERENGUER / VALEIJE ÁLVAREZ (nº 4), p. 1.839; RIVERA HERNÁNDEZ (nº 22), p. 416; MARAÑA SÁNCHEZ (nº 8), p. 3.641. El desvalor de la admisión de regalos se vincularía, de este modo, al contenido de injusto del cohecho propio. Vid. SCHMIDT (nº 1), p. 149; G. VASSALLI, «Corruzione propria e corruzione impropria», *Giustizia Penale*, 1979, II, p. 336; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, TORINO, 1982, p. 219; G. FIANDACA / E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, I, Bologna, 1988, p. 170. En contra, Schröder (nº 5), p. 292.

⁵¹ Cfr. MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA (nº 10), p. 651.

⁵² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG (nº 8), p. 23.

los principios de culpabilidad y ofensividad —que, como es sabido, proscriben la instrumentalización de las normas penales para castigar actitudes internas del sujeto—⁵³.

A primera vista, buena parte de las objeciones a que acaba de aludirse podrían salvarse si se admitiese que la imparcialidad de los procedimientos administrativos resulta lesionada desde el mismo momento en que los órganos de la Administración mantienen relaciones económicas con los particulares al margen de los supuestos y cauces formales legalmente previstos. Ahora bien, y al margen de las dudas que pueda suscitar alinear dicho principio con la nuda prohibición de la admisión de regalos —considerando que su significado constitucional lo mantiene apegado al ejercicio de las funciones del cargo⁵⁴—, lo cierto es que no parece posible hacer compatible esa comprensión del bien jurídico del cohecho con las notables diferencias penológicas sentadas por el Código entre sus diversas modalidades, y que inducen a considerar los actos a realizar por el funcionario como un referente al que asociar su antijuridicidad material y a asignarle al cohecho de facilitación la naturaleza de delito de extensión de la intervención penal. Ya en otro sentido, entender suficiente la prue-

⁵³ Vid. KINDHÄUSER (nº 20), p. 10; MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA (nº 10), pp. 650 y 651.

⁵⁴ Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978», en A. PEDRIERI / E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Madrid, 1988, p. 663.

En España, la doctrina dominante, quizá, fija la objetividad jurídica de los delitos de cohecho cometidos en el ámbito de la Administración pública en la preservación de las directivas constitucionales en materia de imparcialidad recogidas en el art. 103.1 de la Carta Magna (en contra, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (nº 43), pp. 872 y 873; DE LA MATA BARRANCO (nº 10), p. 143). No obstante, a pesar de su relevancia para la intelección de los tipos del cohecho y el control de la técnica de incriminación seleccionada por el legislador penal, la distinción aludida en el texto suele ponerse de manifiesto sólo de manera muy imprecisa (sí lo hace, por ejemplo, CARDENAL MONTRAVETA (nº 37), p. 306). Efectivamente, una cosa es vincular el injusto típico a la necesidad de asegurar la imparcialidad en el proceso interno de formación de la voluntad del funcionario (así, entre otros, I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, pp. 30 y 31; misma autora, «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», EPC, Vol. XVIII, 1995, pp. 360 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA (nº 31), pp. 139 y 140; M. B. MIRRI, «Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 23, 1980, p. 441; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984, p. 305) y otra, bien distinta, hacer de él un instrumento con que blindar de interferencias los actos o actuaciones en que se plasma, de modo objetivo, dicho proceso. Apuestan por este segundo entendimiento de la imparcialidad, en tanto bien jurídico protegido por el cohecho, SEMINARA (nº 1), p. 964; VIZUETA FERNÁNDEZ (nº 4), p. 228.

ba de la recepción de los regalos para afirmar, de modo automático, la lesión del bien jurídico precipitaría el riesgo de inversión de la carga de la prueba, en contraste con las exigencias del principio de presunción de inocencia.

VIII. Recapitulación y toma de postura: la admisión de regalos como conducta objetiva y subjetivamente peligrosa para la imparcialidad de los procedimientos administrativos

La disciplina penal del cohecho, en todas sus modalidades, tiene como meta prevenir interferencias privadas en el ejercicio de las funciones de la Administración. La relevancia jurídico-penal de cualquier práctica corrupta pasará siempre, pues, por constatar la existencia de una suerte de conexión corrupta entre la admisión del regalo y la posible ejecución de determinadas actividades propias del cargo desempeñado por el funcionario⁵⁵. Recurrir a cualquier otro planteamiento para legitimar la incriminación de la admisión de regalos supondría, pagar un precio considerable: el de arrumbar con algunas de las garantías irrenunciables en un Estado de Derecho.

En términos objetivos, el concepto jurídico-penal de corrupción se asienta sobre una situación de contradicción entre los intereses (generales) que el funcionario debe perseguir, en virtud del cargo que desempeña, y aquellos otros (privados) a cuya consecución se orienta la entrega de la dádiva o regalo⁵⁶; una contradicción que no puede establecerse, además, de una manera abstracta, sino en consideración al ámbito de ejercicio de la función o de toma de decisiones que se aspira a «blindar» frente a influencias espurias⁵⁷.

Dando por bueno este criterio —del que deberá hacerse uso, en mi opinión, para fundamentar la peligrosidad del cohecho de facilitación— un sector doctrinal minoritario apuesta por una interpretación teleológica del tipo, que permita restringir su ámbito de aplicación a los supuestos en que el funcionario tenga la capacidad de interferir en asuntos o expedientes que pudieran afectar al particular y que se hallen pendientes de resolución, por su parte, en el momento de la

⁵⁵ Vid., en este sentido, MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA (nº 10), p. 648; SOMMER (nº 37), pp. 61 y 62.

⁵⁶ Vid. KINDHÄUSER (nº 20), p. 6.

⁵⁷ Vid. KINDHÄUSER (nº 20), p. 7.

admisión del regalo⁵⁸. Aunque atinada y razonable en líneas generales (pensando en casos como el de la admisión, por un inspector sanitario, de diversos obsequios —costosas botellas de vino y cava— entregadas por los dueños de diversos establecimientos de hostelería que deberán ser objeto de inspección en el futuro, o el de la aceptación, por el responsable de la jefatura local de tráfico, del reloj de oro que le envía el conductor que ha recurrido la imposición de una multa)⁵⁹, esta propuesta me parece excesivamente restrictiva, pues radiaría del tipo las entregas realizadas preexistiendo un evidente y estrecho contacto entre las actividades profesionales del *funcionario a corromper* y del *particular corruptor* y que, por ello, pueden asociarse fácilmente a la posible formulación de exigencias, peticiones o solicitudes o, incluso, a la decisión del primero de favorecer de alguna manera, por propia iniciativa, en el ejercicio de su cargo, al segundo. En la conducta del funcionario de prisiones que acepta la suscripción anual con que le obsequia un conocido semanario que ha venido avanzando la próxima publicación de testimonios directos de la «nueva vida» de un actor que cumple condena en su mismo establecimiento penitenciario, por ejemplo, puede reconocerse también, a mi modo de ver, esa situación de conflicto aludida por Kindhäuser.

Sobre el plano subjetivo, puede —y debe— requerirse que, en el momento de su admisión, el funcionario asuma, cuando menos, la posibilidad de ser destinatario de futuras solicitudes o requerimientos relativos al ejercicio de facultades jurídicas o materiales inherentes a su cargo, en un ámbito concreto de actividad administrativa⁶⁰. No parece, por ello, que la fase inicial o «de tanteo» de la mencionada figura del *Anfüttern* —en la que regalos aislados entregados con ocasión de festividades o acontecimientos señalados (aniversarios, cumpleaños, celebraciones relacionadas con el trabajo) dan paso,

⁵⁸ Cfr. MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA (n.º 10), p. 652.

⁵⁹ Me suscitan dudas (*infra* nota 10) los términos en que MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA definen, finalmente, el marco típico del delito: «supuestos “sui generis” de “cohecho encubierto”, en los que no se ha probado el concreto acto por el que se obsequia al funcionario». Vid. (n.º 10), p. 652.

⁶⁰ Cfr. SOMMER (n.º 37), pp. 61 y 62. En el primero de los casos, dicha petición podría referirse a cualquiera de las posibilidades que le proporciona su rango y puesto: el acceso «institucional» al responsable provincial encargado de resolver el recurso para facilitarle al recurrente una entrevista personal o para mediar directamente en su favor, la organización del trabajo de la oficina local y la consiguiente posibilidad de acelerar la tramitación de los recursos presentados en ella, el acceso «institucional» a los agentes o funcionarios encargados de elaborar los informes requeridos por el responsable de la jefatura provincial, la custodia material y/o jurídica del expediente que culminó con la imposición de la multa y de los medios de prueba incorporados al mismo...

tras un cierto tiempo, a obsequios cada vez más frecuentes y valiosos, en un proceso que tiene como meta testar la receptividad de los funcionarios e identificar, en función de su reacción, al sujeto a corromper⁶¹— pueda fundamentar una imputación penal. Los elementos cognitivos y volitivos del dolo de peligro sólo estarán presentes una vez que el incremento del valor y/o de la frecuencia de los regalos haga sospechar, razonablemente, de la meta perseguida (obtener favores o contraprestaciones en forma de actuaciones concretas)⁶². Siguiendo esa misma línea de razonamiento, el tipo del art. 422 tampoco calificará la concesión de premios o galardones, otorgados por un jurado imparcial, en reconocimiento a la sobresaliente trayectoria profesional de un jurista, ni las que Gribl denomina «donaciones incongruentes», cuya relación con el cargo o la función presenta, a todas luces, carácter «extraoficial» y que con esa motivación son entregadas y admitidas (obsequios cortesés relacionados con celebraciones familiares o laborales en el trabajo o destinados a gratificar el trato recibido, las molestias ocasionadas o la profesionalidad exhibida en el desempeño de un servicio especialmente trascendente para el sujeto pasivo o para personas de su entorno). En cualquiera de estos casos, y teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon a la entrega, la imputación subjetiva de la conexión corrupta resultaría forzada, incluso tratándose de presentes de elevada cuantía.

IX. Conclusiones

Debe dársele la razón a Kindhäuser cuando escribe que, en ausencia de un detenido análisis del merecimiento de protección de los intereses a que afectan, los argumentos con que se sostiene la punibilidad del núcleo duro de un delito nunca deberían traerse a colación para tipificar cualesquiera otros comportamientos próximos o conexos⁶³. El preocupante fenómeno de la corrupción pública ha de atajarse de la mano de estrategias preventivas y de control plenamente respetuosas con el principio de subsidiariedad del Derecho penal⁶⁴, y no con la criminalización indiscriminada de las (posibles) ac-

⁶¹ KNAUR explica la lógica de ese proceso selectivo utilizando la expresión «principio de la regadera»: vid. (nº 29), p. 299. MARAÑA SÁNCHEZ habla, por su parte, de «regalos trampa» (nº 8), p. 3.741.

⁶² Ésa es la fórmula elegida por el legislador holandés de 2001.

⁶³ Cfr. KINDHÄUSER (nº 20), p. 15.

⁶⁴ Deben compartirse, en este sentido, las reflexiones de DIEGO BAUTISTA (nº 6), p. 183, cuando apunta que, en general, la lucha contra la corrupción «cubre los elementos institucionales y represivos, pero concentra poca atención en la *prevención* de

titudes internas de predisposición de los funcionarios a favor de los intereses de un particular o de un grupo de particulares.

Qué duda cabe de que la entrega de una caja de bombones a una funcionaria o del consabido aguinaldo navideño al cartero deben valorarse de un modo fundamentalmente distinto a las atenciones de un estudio de arquitectos que renueva de modo gratuito la vivienda del concejal de obras del municipio en que acaban de inaugurar su despacho profesional⁶⁵; pero si el segundo representa un injusto merecedor de pena —a diferencia del primero—, ello no es debido, sin más, al considerable valor económico del regalo, sino a que el tribunal habrá podido llegar a dos conclusiones: la de que la única explicación razonable para semejante muestra de generosidad es la voluntad de granjearse futuros favores del concejal en el ámbito competencial a que se abre su cargo, y la de que él lo conocía y asumía.

En tanto no aparezca vinculada a la realización de actividades interesadas, la venta de la receptividad, predisposición o simpatía de los funcionarios públicos no se corresponde con el campo de la corrupción⁶⁶. Para reprimir esas conductas, en lugar de encomendarse al Derecho penal para reforzar los códigos de condena del cohecho y sus «costes morales», el legislador debería poner sus ojos, en primer lugar, en el Derecho disciplinario, como garante «natural» de la legalidad y transparencia de la actividad de la Administración Pública. Parece oportuno reivindicar aquí, al hilo de ello, una reforma de los ilícitos disciplinarios que termine por asignarles la función preventiva de la que actualmente carecen —entre otras razones, por el carácter discrecional de las potestades sancionadoras de la Administración—⁶⁷. Apelar al carácter disuasorio del Derecho penal no puede servir de coartada, en un Estado social y democrático de Derecho, para mantener un sistema de sanciones desproporcionado, desequilibrado.

Debería sopesarse, también, la utilidad de otras medidas, como la creación de un registro público de los obsequios e invitaciones recibidos por los altos cargos. Ésa es la solución acogida en Francia, cuyo Estatuto General de la Función Pública prohíbe, genéricamente,

la conducta» (las cursivas son suyas). Vid. también M. BAUER, *Korruptionsbekämpfung durch Rechtsetzung*, Berlin, 2002, p. 110.

⁶⁵ Vid. KÖNIG (nº 19), p. 360.

⁶⁶ De esta misma opinión SOMMER (nº 37), p. 60.

⁶⁷ A favor del incremento y perfeccionamiento de los controles internos y externos de las conductas corruptas, CUBILLO RODRÍGUEZ (nº 45), pp. 60 y 63; MARRA (nº 18), p. 1.019, aludiendo expresamente a los de carácter disciplinario.

todas las conductas que puedan amenazar su imparcialidad, fiando a la responsabilidad de los jefes de departamento la decisión última sobre si los regalos recibidos por los funcionarios pertenecientes al mismo son o no meramente simbólicos.

La elaboración de códigos de conducta que incluyan pautas de actuación en materia de regalos y que prescriban sanciones apropiadas para los casos de incumplimiento es, de hecho, una de las medidas recomendadas por el GRECO en los informes correspondientes a la tercera ronda de evaluaciones.

Como explica Gribl, al Derecho penal le corresponde el análisis del injusto formal desde un punto de vista material⁶⁸. En este trabajo se ha tratado de poner de manifiesto que la incriminación del cohecho de facilitación sólo puede justificarse a partir de su peligrosidad —objetiva y subjetiva— para la correcta valoración de los intereses en conflicto, propia de todo procedimiento administrativo. Por ello, y teniendo en cuenta que el tenor literal del art. 422 no se cohonesta bien con esa estructura de peligro⁶⁹, debe proponerse la sustitución de la cláusula «en consideración a su cargo o función» por la expresión «para el ejercicio de su cargo o función»⁷⁰, a imagen y semejanza de lo hecho por el legislador alemán.

La perspectiva de obtener cuantiosos beneficios propicia, indudablemente, la realización y reiteración de aquellas conductas delictivas que presentan un riesgo de descubrimiento relativamente bajo y empuja al legislador a implementar las medidas necesarias para sujetarlas a la disciplina del Código penal y al resto de los instrumentos legales de carácter sancionador⁷¹. Debe decirse con toda claridad, sin embargo, que la introducción de figuras flexibles, capaces de penalizar indiscriminadamente, al mismo tiempo, fenómenos empíricamente conexos con el cohecho y cualesquiera infracciones de las normas del derecho funcional que proscriben la admisión de re-

⁶⁸ Cfr. GRIBL (nº 33), p. 139.

⁶⁹ Debe dársele la razón en este punto, con toda claridad, a quienes ponían en tela de juicio el que la conducta de aceptar regalos, tal como resultaba descrita en el artículo 426 CP1995, pudiera afectar al bien jurídico de la imparcialidad administrativa en términos jurídico-penalmente relevantes. Vid. DE LA MATA BARRANCO (nº 10), p. 138.

⁷⁰ El legislador de 2010 ha sustituido la expresión «en consideración a su función», del art. 426 CP1995, por la de «en consideración a su cargo o función», lo que en opinión de algún autor provocará «innecesarios problemas exegéticos»: cfr. MANZANARES SAMANIEGO (nº 22), p. 1.143. Tras la reforma, mantienen toda su validez los argumentos con que se venía defendiendo la tipicidad, tanto de la recepción efectiva del regalo, como de la admisión de la promesa de su futura entrega.

galos se halla en línea con un ordenamiento punitivo que se deja guiar, exclusivamente, por la necesidad de descargar al juzgador de complejos problemas probatorios y que margina las garantías características del Derecho penal liberal, entre ellas las representadas por los principios de legalidad y ofensividad⁷².

X. Bibliografía

- GEERDS, F., *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und Seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*, Tübingen, 1961.
- GEPPERT, K., «Amstdelikte», en *Jura*, 1981, pp. 42 y ss.
- GIANNITI, F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El endiabrado cohecho impropio», en *El Mundo*, 5 de julio de 2010, p. 23.
- GRECO, *Third Evaluation Round: Evaluation Report on the Netherlands on «Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)»*, Strasbourg 13 June 2008 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2007\)8_Netherlands_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2007)8_Netherlands_One_EN.pdf))
- Third Evaluation Round: Evaluation Report on Sweden on «Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)»*, Strasbourg 16-19 February 2009 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(200\)4_Sweden_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(200)4_Sweden_One_EN.pdf))
- GRIBL, K., *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikte*, Heidelberg, 1993.
- GROSSO, C. F., «L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli - Il progetto anticorruzione di Mani Pulite tra utopia e suggestione premiale», en *Cassazione Penale*, Anno XXXIV, 1994, pp. 2.341 y ss.
- KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán», en *Política Criminal*, n° 3, 2007, pp. 1 y ss.
- KNAUß, I., «Rechtliche Rahmenbedingungen der Korruption», en W. VAHLENKAMP/I. KNAUß, *Korruption – Hinnehmen oder handeln?*, Wiesbaden, 1995.

⁷¹ A ello se refiere, entre otros, BAUER (n° 64), p. 106.

⁷² Vid., en este sentido, MÖHRENSCHLAGER (n° 23), p. 825; MARRA (n° 18), p. 1.022; MANES (n° 15), p. 935.

- KÖNIG, P., «Empfehlen sich Änderungen des Straf-und Prozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu begegnen?», en *DRiZ*, 1996, pp. 357 y ss.
- LENCKNER, T., «Privatisierung der Verwaltung und ‘Abwahl des Strafrechts’», *ZStW*, Band 106, 1994, pp. 502 y ss.
- LOOS, F., «Zum “Rechtsgut” der Bestechungsdelikte», en G. STRATEN-WERTH / A. KAUFMANN / G. GEILEN / H. J. HIRSCH / H.-L. SCHREIBER / G. JAKOBS / F. LOOS (herausgegeben von), *Festschrift für H. Welzel zum 70 Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, New York, 1974, pp. 879 y ss.
- MAIWALD, M., «Belohnung für eine vorgetäuschte pflichtwidrige Diensthandlung», *NJW*, Band 51, 1981, pp. 2.777 y ss.
- MANES, V., «L’atto d’ufficio nelle fattispecie di corruzione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 43, 2000, pp. 924 y ss.
- MANNA, A., «Corruzione e finanziamento illegale ai partiti», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 42, 1999, pp. 116 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia)*, Vol. II, Parte Especial, Granada, 2010.
- MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q., «En clave constitucional: Regalos no, gracias», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 24, 2009, pp. 3637 y ss.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006, pp. 81 y ss.
- MIRRI, M. B., «Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 23, 1980, pp. 439 y ss.
- MÖHRENSCHLAGER, M., «Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene», *JZ*, 1996, pp. 822 y ss.
- MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., «Artículo 26», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Cizur Menor, 2008, pp. 649 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 18^a ed., revisada y puesta al día, Valencia, 2010.
- NOLTENSMEIER, S., *Public private partnership und Korruption*, Berlin, 2009.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en J.

- CEREZO MIR et al. (editores), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granada, 1999.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Valencia, 1999.
- «Los Delitos contra la Administración Pública», en S. Mir Puig / M. Corcoy Bidasolo (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*, Madrid / Buenos Aires / Montevideo, 2006, pp. 361 y ss.
- ORTS BERENGUER, E. / VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Artículo 426», en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996, pp. 1.838 y ss.
- PAGLIARO, A., *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 8ª ed., Milano, 1998.
- PANNAIN, R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966.
- PASTER, I. / Sättele, A., «Alles, was das Leben verschönern Kann. Eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28.11.2007», *NStZ*, Band 27, 2008, pp. 366 y ss.
- PEÇI, I. / SIKKEMA, E., «Corruption and legal certainty; the case of Albania and the Netherlands. Implementation of the Criminal Law Convention on Corruption in a transitional and consolidated democracy», en *Utrecht Law Review*, Vol. 6, nº 1, 2010, pp. 101 y ss.
- POZUELO PÉREZ, L., «El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos», A. Jorge Barreiro (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 1.711y ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales», S. MIR PUIG / M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2007, pp. 401 y ss.
- RAMPIONI, R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984.
- RIVERA HERNÁNDEZ, J. M^a, «Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, 1997, pp. 409 y ss.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999.
- RUGGIERO, F., «Scambio corrotto e vittimizzazione», *Dei delitti e delle pene*, 2ª Serie, Anno IV, 1994, pp. 19 y ss.

- SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C. *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral inédita, Valladolid, 1985.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978», en A. PEDRIERI / E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Madrid, 1988, pp. 627 y ss.
- SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände in der hochstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, München, Berlin, 1960.
- SCHRÖDER, H., «Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten», *GA*, 1961, pp. 289 y ss.
- SEMINARA, S., «Gli interessi tutelati nei reati di corruzione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, pp. 974 y ss.
- SGUBBI, F., «Considerazione critiche sulla proposta anticorruzione», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale della Economia*, Anno VII, 1994, pp. 943 y ss.
- SOMMER, U., *Korruptionsstrafrecht*, Münster, 2010.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *EPC*, Vol. XVIII, 1995, pp. 2953 y ss.
- El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996.
- VANNUCCI, A., «Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi oculti», *Etica degli affari e delle professioni*, Vol. 6, n° 1, 1993, pp. 30 y ss.
- VILLORIA MENDIETA, M., *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Madrid, 2000.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003
- WESSELS, J., *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teil 1, 11ª ed., Heidelberg, 1987.

