

DERECHO PENAL

EL PROBLEMÁTICO TRATAMIENTO PENAL DE LA COMPRA DE VOTOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

Giorgio D. M. Cerina

Profesor Contratado Doctor
Área de Derecho Penal
Universidad de Extremadura

Title: Problems related to the criminal sanction of vote-buying within the Spanish election law.

Resumen: «Si me votas, te daré trabajo». «Si me votas, te bajaré los impuestos». «Si me votas, construiré un puente que le vendrá muy bien a tu negocio». ¿Corrupción de electores o democracia? El legislador español ha confiado parte de la respuesta a tan trascendental cuestión al artículo 146 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Empero, el análisis de la norma revela su pésima factura, su obsolescencia fruto del olvido y una aplicación por los tribunales no solo escasa sino también poco atenta.

De hecho, el precepto no contempla sanción alguna para el elector que vende su voto, lo que sugiere una interpretación restrictiva que deja un peligroso espacio de impunidad para la libre compraventa de votos. La laguna parece poderse llenar por lo menos en parte mediante una lectura distinta de la relación entre compra de votos y cohecho que coloca al intérprete en el debate relativo al espacio que tiene en España la sanción de la concusión.

Palabras clave: corrupción política; cohecho; concusión; delito electoral; compra de votos.

Abstract: «If you vote me, I will get you a job». «If you vote me, I will cut the taxes you have to pay». «If you vote me, I will build a bridge that will benefit your business». ¿Corrupted vote-buying or democracy? A rel-

evant part of the answer given by Spanish legislator to such an important question can be found in the article 146 of election law. Notwithstanding, the analysis of the norm shows a very poor legislative technique, the obsolescence of a regulation neglected by the legislator, and a very limited and careless application.

The lack of a sanction for the vote-seller implies a dangerous space of impunity for the free vote-buying in Spain. This space could be (at least partially) filled with a different reading of the relationship between vote-buying and common bribery offenses. The solution is related with the debate of the sanction of extortion in Spanish criminal law.

Keywords: *political corruption; bribery; extortion; electoral crime; vote-buying.*

Sumario: 1. Introducción. - 1.1. Acotando el objeto de estudio: el art. 146.1 a) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. - 2. El bien jurídico protegido en el delito electoral tipificado en el artículo 146.1 A) LOREG. 2.1. - Estado de la cuestión. - 2.2. Limpieza del proceso electoral. Crítica. - 2.3. El correcto funcionamiento del proceso electoral. Crítica. - 2.4. La libertad del elector. - 2.5. Planteamientos pluriofensivos. Crítica. - 2.6. Aclaraciones sobre la libertad del elector: - 2.6.1. Libertad como ausencia de condicionamientos (o en sentido débil). - 2.6.2. Libertad como ausencia de coerción de la voluntad (o en sentido fuerte). - 2.7. Toma de postura. - 3. Sujeto activo y pasivo. - 3.1. El elector como persona ofendida. - 3.2. Breve *excursus* sobre la *concussione* e *l'induzione indebita a dare o promettere* en el Código Penal italiano. - 3.2.1. ¿La iniciativa como intimidación *iuris et de iure*? - 3.2.2. Simplificación vs. proporcionalidad. - 4. La conducta típica. - 4.1. Lectura mayoritaria. - 4.1.1. La solicitud: consideraciones sistemáticas. - 4.2. Una interpretación político-criminalmente orientada por el bien jurídico... - 4.3. La inducción. - 4.4. Consumación, tentativa y actos preparatorios. - 4.4.1. La interpretación mayoritaria. - 4.4.2. ¿Y la tentativa? - 4.4.3. Puntos problemáticos de la solución mayoritaria. - 4.4.4. Consecuencias de la eficacia de la inducción sobre la consumación del delito. - 4.4.5. ¿Un delito «a dos velocidades»? - 4.5. Toma de postura. - 5. La recompensa, dádiva, remuneración o promesa: consideraciones sistemáticas. - 5.1. ¿Recompensa? - 5.2. La irrelevancia del cohecho de facilitación y la cuestión de los *munuscula*. - 5.3. La dádiva: una interpretación restrictiva. - 5.3.1. La dádiva «de cualquier clase». - 5.3.2. ¿Beneficio propio o (también) ajeno? - 5.4. La promesa. - 6. Delito electoral y cohecho. Apuntes. - 6.1. ¿Concurso de leyes o de delitos? - 6.2. Sobre la «publicidad» de la función de votar. - 7. Concluyendo. - 7.1. Una propuesta interpretativa *de lege lata*. - 7.2. *De lege ferenda*.

1. Introducción

En democracia, el juego de la política parece discurrir a menudo a lo largo de relaciones construidas sobre un esquema basado en el *do ut des*: de la crónica española de los últimos meses, pueden extraerse sin demasiado esfuerzo muchos ejemplos de interacciones entre políticos electos (votos de investiduras a cambio de ministerios, indultos o amnistías...) o entre políticos y electores (votos a cambio de dinero o de empleos públicos) que se desarrollan más o menos de esa manera.

Ahora, cuando los penalistas pensamos en este *modus operandi* basado en el «intercambio», si, en el medio, hay personas cuyo trabajo se relaciona con lo «público» que, de alguna manera, sacan algún beneficio de ello, la palabra «soborno» viene casi inevitablemente a la cabeza. Y, aunque nos limitemos ahora a las interacciones entre políticos y electores, el problema del deslinde entre el juego democrático y el Derecho penal no parece baladí. Lo escribía ya Dahl hace más de medio siglo¹: a fin de cuentas, «*The essence of all competitive politics is bribery of the electorate by the politician*».

Y, de hecho, cuando se aproximan las elecciones, parece natural que cualquier político pragmático busque responder a los electores que le preguntan «¿qué hay de lo mío?». En qué casos la respuesta y la pregunta son parte del «juego democrático» y cuándo deben llamarse «sobornos» es cuestión delicada: por un lado, el soborno es corrupción² y su difusión implica consecuencias fatales para la democracia³; por otro, ¿no se supone que, en democracia, el voto ha de otorgarse justamente en atención a las promesas que los políticos hacen a los electores?

Resolver el problema no es fácil y requeriría de un espacio del que aquí no disponemos. Lo que sí podemos hacer es dar un primer paso en esa dirección analizando la definición del soborno del elector proporcionada por el legislador penal español que, más o menos desde siempre, ha considerado necesario explicitar en una norma anticorrupción *ad hoc* el despliegue de la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico a protección de las elecciones, momento «estelar» de toda democracia. Así las cosas, en las páginas siguientes, nos centraremos en las dudas que suscita hoy la disciplina penal del soborno electoral⁴. Como veremos, no son pocas.

¹ R. A. DAHL, *A preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago press, 1959, p. 59.

² La discusión relativa a la acotación del término «corrupción» es demasiado extensa y conocida como para que ahora podamos recorrer el debate que la rodea. Con la única finalidad de aclarar qué es lo que aquí se pretende estudiar, me limitaré a señalar que entenderé «corrupción» como sinónimo de «soborno» o «cohecho», al igual que lo hacen los códigos penales de la práctica totalidad de los países de nuestro entorno europeo en los que se habla una lengua que deriva del latín.

³ El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 (instrumento de ratificación publicado en el BOE n. 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153, en este momento, accesible en el enlace <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-13012>) dice textualmente que la corrupción preocupa «por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia».

⁴ Con carácter general, puede compartirse la reflexión final de E. ORTOS BERENGUER, «Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales», en *Cuadernos de política criminal*, n. 3, 1977, 271-275, a pp. 285 y sgts.

1.1. Acotando el objeto de estudio: el art. 146.1 a) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General

Limitado el objeto de estudio al soborno en el ámbito electoral, ya podemos circunscribir el análisis al artículo 146 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) cuyo texto es el siguiente:

«1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses:

- a) Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención.
- b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto.
- c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral.

2. Los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo incurrirán en las penas señaladas en el número anterior y, además, en la inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años».

Una rápida lectura de la norma es suficiente para centrar la atención en el punto a) del apartado 1 (y sobre el apartado 2 en relación con el 1.a): la similitud con el delito de cohecho tipificado por los artículos 419 sgts. CP es evidente⁵. No así el marco sancionatorio:

- 1. A diferencia de lo que contemplaba el diseño original de 1985⁶, la respuesta penal a la corrupción es hoy mucho más severa en la disci-

⁵ Véase F. MUÑOZ CONDE, «Delitos electorales», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 2, 1977, 165-179, a p. 175. De hecho, hablan de «cohecho electoral» J. L. PEÑARANDA RAMOS, «Delitos e infracciones electorales» y «Delitos en particular», en L. M. CAZORLA PRIETO, (DIR.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Madrid, Civitas, 1986, 1097-1245, a p. 1218; L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”», en P. M^a. DE LA CUESTA AGUADO *et al.* (COORD.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 749-766, a p. 750.

⁶ En el momento de su entrada en vigor, la LOREG contemplaba unas penas «de arresto mayor (de 1 mes y un día a 6 meses) y multa de 30.000 a 300.000 pesetas» a las que, en el supuesto del apartado 2 del artículo 146, se añadía la de «inhabilitación especial para cargo público». A resultados de la reforma de 1984 sobre el texto de 1973, en el delito de cohecho previsto por el Código Penal, aparte de la inhabilitación especial para todo funcionario público, las penas eran: en caso de cohecho por acto delictivo o injusto, de «prisión menor (de 6 meses y un día a 6 años) y multa del tanto al triple del valor de

plina «general» que en la (olvidada⁷) norma especial-electoral⁸. Y he aquí la primera cuestión: ¿Por qué razón un funcionario que ofrece empleos públicos a cambio de votos merece una sanción muy inferior a la que le correspondería si los prometiera a cambio de dinero?

2. A diferencia de la «común», la norma penal electoral no contempla sanción alguna para el votante sobornado. Así que ¿por qué quien «compra» un empleo público dando a cambio su voto es impune mientras que quien promete dinero o una prestación sexual a cambio del mismo empleo recibe una sanción ejemplar?

2. El bien jurídico protegido en el delito electoral tipificado en el artículo 146.1 a) LOREG

2.1. Estado de la cuestión

La doctrina que se ha interesado por los delitos electorales se ha preguntado acerca de la posibilidad de hallar un bien jurídico común a to-

la dádiva» (arts. 385 y 386, I); en el caso de que el acto injusto no llegara a ejecutarse, de «arresto mayor (de 1 mes y un día a 6 meses) y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva» (art. 386, II); en el caso en que el pacto tuviera por objeto «abstenerse el funcionario público de un acto debido que debiera practicar en el ejercicio de su cargo», las penas eran de «arresto mayor (de 1 mes y un día a seis meses) y multa del tanto al triplo del valor de aquélla» (art. 387); finalmente, en el caso de cohecho de facilitación y de cohecho por acto justo «que no deba ser retribuido», las penas eran «de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas». Como se observa, la pena prevista para el delito electoral era comparable con la que el Código Penal contemplaba para el cohecho por acto injusto no constitutivo de delito no ejecutado y claramente mayor de la prevista para el cohecho por acto justo (o de facilitación). Acerca de la general mayor severidad de la parte penal de la LOREG respecto del Código Penal (vigente en el momento de la entrada en vigor de la norma) en lo que respecta a los delitos tipificados en ambos cuerpos normativos, véase M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, «Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio», en M. COBO DEL ROSAL, (COORD.), *Comentarios a la Legislación Penal. T. XVI. Delitos electorales. Responsabilidad civil derivada del delito. Delitos contra el deber de prestación del servicio militar. Nueva regulación de la «corrupción» pública*, Madrid, Edersa, 1994, 1-86, a pp. 12-13.

⁷ De hecho, si, desde la entrada en vigor de la LOREG, el delito de cohecho se ha visto sometido a una relativamente intensa actividad reformadora que ha modificado notablemente al alza el marco sancionador, el delito electoral ha sido «retocado» tan solo una vez hace más de 10 años.

⁸ En el delito de cohecho impropio del artículo 420, las penas son de 2 a 4 años de prisión, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de sufragio pasivo por tiempo de 5 a 9 años; en el cohecho propio del artículo 419, se contempla una pena de prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 9 a 12 años. En ambos casos, incluso con el supuesto agravado del artículo 146.2, la diferencia es enorme y llama especialmente la atención la que existe entre el delito tipificado con arreglo al art. 146 LOREG y el supuesto de cohecho impropio (por acto no contrario a los deberes del cargo), sobre todo si comparada con la que existía en el momento en el que entró en vigor la LOREG.

dos los preceptos penales contenidos en la sección II del capítulo VIII del título I de la LOREG⁹. Recorriendo ese camino, se ha perseguido con loable ahínco el amparo constitucional a la intervención penal, siendo la referencia al artículo 23 CE ciertamente pertinente¹⁰.

Por lo que respecta al artículo 146.1 a) LOREG, a grandes rasgos, los interrogantes que plantea la acotación del bien jurídico parecen haberse resuelto ora en clave supraindividual, ora individual.

Empezando por el primer enfoque, se ha dicho que, tipificando el delito *de quo*, el legislador penal protege el correcto funcionamiento del proceso electoral, su «pureza», «integridad» o «limpieza»¹¹. Apuntando hacia un bien jurídico individual, en cambio, el acento se ha puesto sobre la libertad del elector a la hora de manifestar su preferencia mediante el voto¹².

⁹ En doctrina, se ha hablado de protección del «derecho de sufragio», tanto en su vertiente activa (libertad de voto) como pasiva (igualdad de oportunidades de las distintas formaciones políticas). En estos términos, M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 6, 2006, pp. 16 y sgts.; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, pp. 2 y sgts.; *Idem*, «La corrupción pública en la actividad electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, pp. 8-9; E. J. PÉREZ ALONSO, «Régimen electoral penal y delitos electorales cometidos por particulares relativos a propaganda y encuestas electorales», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a. *et al.* *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, 1443-1470, a pp. 1454-1455.

¹⁰ En la jurisprudencia, véase STS 120/2021, de 11 de febrero, (ECLI:ES:TS:2021:353). En doctrina, véase J. M. MAZA MARTÍN, «Delitos e infracciones electorales», en M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (DIR.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La Ley-Wolters Kluwer, 2014, 1179-1283, a p. 1187; M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 14 y sgts.; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La protección penal...», cit., p. 15.

¹¹ Véase, por ejemplo, la ya citada STS 120/2021 que habla de «pureza y transparencia» con respecto a la «tipificación de conductas penales en la LOREG». En doctrina, apuesta por la «corrección y pureza del sistema electoral» J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1266 e *Ibidem*, p. 1196 quien habla de «desarrollo y la pureza de la elección». Menciona la «pureza» como una de las *rationes legis* de los delitos electorales también E. J. PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 1447. Véase también E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones...», cit., p. 284 quien apunta hacia la «limpieza e integridad de las elecciones»; habla de «pureza del sistema electoral» también E. DE URBANO CASTRILLO, «Los delitos electorales, tras la reforma de 28 de enero de 2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2011, 41-50, a p. 43.

¹² En este sentido, véanse: J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., pp. 1217-1218; E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones...», cit., p. 279; F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 174; L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes” en el desarrollo del proceso electoral – artículos 146, 147, 148, 149 y 150», en I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, (DIR.), *Corrupción electoral. Delitos e infracciones electorales*, Madrid Dykinson, 2019, 181-231, a p. 185; *Idem*, «Delito de...», cit., pp. 752-753; M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 63. Parece excluir que el art. 146.1 a) proteja este bien jurídico M. A. ALTÉS MARTÍ, «El delito electoral», en *Corts: anuario de derecho parlamentario*, n. 8, 1999, 163-185, a p. 176.

2.2. Limpieza del proceso electoral: crítica

En primer lugar, conviene apuntar que el hallazgo de un bien jurídico común a todos los delitos electorales es cuestión que extralimita el objeto de este trabajo y que, además, en mi opinión, aporta más bien poco¹³.

De la misma manera, por las mismas buenas razones esgrimidas por la doctrina más reciente respecto de ciertas reconstrucciones del objeto jurídico de algunos delitos contra la Administración pública¹⁴, términos como «limpieza», «integridad» o «pureza» parecen demasiado genéricos, anclados a perspectivas moralistas escasamente compatibles con un Derecho penal liberal de un Estado democrático de derecho y, sobre todo, ligados a concepciones que sustancialmente terminan anulando toda función crítica y selectiva del bien jurídico, auto-justificando cualquier intervención jurídico-penal¹⁵: al fin y al cabo, la sanción de todo comportamiento contrario a una norma (sea legal, penal, moral, ética...) puede justificarse esgrimiendo su «impureza»¹⁶.

¹³ Puede aquí remitirse a los mismos argumentos que la doctrina ha empleado a la hora de analizar la utilidad de la individualización de bienes categoriales con respecto a otros títulos del Código Penal. En materia de delitos contra la Administración pública, permítase la remisión a G. D. M. CERINA, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 119 y sgts. y a la bibliografía ahí referenciada. En sentido contrario (¿o no?) véase, por ejemplo, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1186 quien sugiere que hallar un bien jurídico común serviría para dar «justificación de una regulación especial y separada de los delitos electorales» (aunque, en mi opinión, el eventual hallazgo de un bien jurídico común a todos los delitos electorales podría utilizarse como argumento para... añadir un título al Código Penal). Finalmente, nótese que, a renglón seguido, el propio autor reconoce que es la «identificación del objeto de protección de cada tipo» lo que tiene «utilidad práctica» para efectos de «interpretar el significado y contenido de la propia norma». Véanse también las consideraciones de M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., pp. 26-27.

¹⁴ Véase, entre muchos, E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El cohecho como instrumento de corrupción política», en L. MORILLAS CUEVA, (DIR.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, Dykinson, 2021, 601-650, a p. 615; F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos 'del cargo')», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html.

¹⁵ Lo mismo cabe decir respecto de aquellas posturas que, sobre todo en materia de corrupción política, han sustancialmente identificado el bien jurídico protegido con la «honradez», «lealtad», «probidad» o «prestigio» (así E. RIQUELME PORTILLA, *El cohecho parlamentario*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 98, 103, 232 y 234). Para una crítica generalizada (y compartida por la práctica totalidad de la doctrina), entre muchos, permítase la remisión a G. D. M. CERINA, *El bien...* cit, pp. 61 y sgts. y 127 sgts. y a N. DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella: reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo*, Granada, Comares, 2004, pp. 57 y sgts.

¹⁶ Es crítica también M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción pública en la actividad electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018, p. 9 quien observa que hablar de «pureza del procedimiento» equivaldría a «sancionar las meras inobservancias o violaciones de la normativa electoral».

En mi opinión, un proceso electoral resultará menos «limpio», «íntegro» o «puro» solo tras la realización de comportamientos desaprobados por vulnerar un determinado bien jurídico que, por lo tanto, no puede tautológicamente identificarse con la propia «limpieza», «integridad» o «pureza». Al contrario, la búsqueda deberá detenerse precisamente en ese evento «ensuciador» que *causa* la falta de «limpieza».

A fin de cuentas, nadie defiende que el bien jurídico protegido en el delito de estafa es la «pureza» de las relaciones interpersonales.

2.3. *El correcto funcionamiento del proceso electoral. Crítica*

Pueden oponerse argumentos parecidos a los planteamientos que apuntan hacia el correcto funcionamiento del procedimiento electoral¹⁷.

Si es posible (y aquí, en mi opinión, lo es), el adjetivo «correcto» debería ser precisado para que el bien jurídico se construya alrededor de conceptos aprehensibles y resulte lesionable por una conducta individual cuyo peligro concreto pueda comprobarse. En definitiva, debería concretarse cuál es el bien jurídico cuya afectación implica un «incorrecto» funcionamiento del mecanismo electoral¹⁸.

2.4. *La libertad del elector*

Más acertada me parece la referencia a la libertad del elector a la hora de emitir su voto. Apuntan en esta dirección:

1. el artículo 23 de la Constitución que se refiere al derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos, directamente o por medio de representantes «libremente elegidos en elecciones periódicas»;

¹⁷ Como hemos visto (*supra* nota 11) habla de funcionamiento correcto del sistema electoral J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1266.

¹⁸ Como se ha observado, «en el proceso legislativo y/o interpretativo es necesaria una correcta precisión del bien jurídico protegido por el tipo, que evite las definiciones excesivamente vagas e indeterminadas y, en definitiva, lo haga susceptible de ser lesionado o puesto en peligro por una conducta individual» (así C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Legitimidad y técnica de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 326). En el mismo sentido, parecen perfectamente trasladables aquí las consideraciones de J. M. PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 11, 2003, 95-164, a pp. 131 y sgts. (en el mismo sentido, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 208).

2. el preámbulo de la LOREG que comienza señalando que «el objetivo esencial» de la ley es «lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen *en plena libertad*»¹⁹;
3. sobre todo, el propio texto del artículo 146.1:
 - a) los supuestos considerados por las letras b) y c) están claramente relacionados con la protección de este bien jurídico²⁰;
 - b) la pena del apartado 1 es la misma que el Código Penal establece para el delito de coacciones (art. 172);
 - c) a diferencia de lo que acontece en la corrupción «común» (arts. 419 y sgts. CP),
 - en el supuesto tipificado en el punto a), la conducta típica se describe utilizando (también) el verbo «inducir»;
 - el objeto material de las conductas típicas (solicitar o inducir) no es la dádiva (recompensa, remuneración o promesa), sino la propia actuación del elector solicitado o inducido²¹;
 - d) el argumento decisivo es que el legislador no ha considerado penalmente relevante la conducta del votante que ofrece su voto a cambio de dádivas o recompensas o que accede gustoso a la solicitud del corruptor. Y se trata de una elección político criminal que, en el marco penal anticorrupción español, resulta especialmente llamativa, ya que se contrapone a la que adopta el Código Penal que sanciona por igual al *intraneus* autor de corrupción pasiva y al *extraneus* autor de corrupción activa²². Como veremos, dicha opción resulta plausible solo si se asume que el menoscabo de la libertad del elector es de tal entidad que convierte al sobornado en víctima²³.

¹⁹ Véase también M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 8.

²⁰ Véase, por ejemplo, J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1218; F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 174. En sentido aparentemente contrario, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1267 quien habla de conductas «completamente diferentes».

²¹ En mi opinión, no es del todo correcto afirmar que la conducta típica consiste en «un ofrecimiento o promesa de recompensa, dádivas o remuneraciones para que el elector se abstenga, vote o excluya una determinada candidatura o lo haga en blanco» (J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268).

²² Sobre este punto, conviene remitir desde ya a las consideraciones de I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos», en *Poder Judicial*, n. 40, 1995, 425-471, a pp. 464 y sgts.

²³ En este sentido, véase J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1223 quien utiliza este mismo argumento para excluir que la norma proteja un bien jurídico genéricamente identificable con la «pureza del sufragio». Muy clara la STS 485/2006, de 28 de abril, ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (ECLI:ES:TS:2006:2613) que califica al votante como «sujeto pasivo del delito».

2.5. Planteamientos pluriofensivos. Crítica

Tampoco han faltado planteamientos que han sugerido una reconstrucción pluriofensiva, yuxtaponiendo un bien supraindividual afectado de forma mediata a uno individual inmediatamente lesionado²⁴.

Y se trata de una aproximación que tiene ciertas ventajas en clave procesal, ya que legitima la presencia de una acusación particular²⁵ a

²⁴ Véase, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., pp. 1187-1188 quien, a propósito de los delitos electorales en general, habla de delitos «pluriofensivos» que ofenderían: 1. bienes jurídicos «comunes a figuras concretas y contenidas en el Código Penal, como la libertad (coacciones)...»; 2. los «valores superiores de orden constitucional (...) consagrados esencialmente en los arts. 1, 6 ó 23 de nuestra Constitución»; «un valor inmediato» constituido por «los diversos elementos del proceso electoral, tal como viene regulado en la norma electoral». En la jurisprudencia, véase SAP Cáceres 122/2017, de 23 de febrero (ECLI:ES:APCC:2017:122). En el caso examinado por la Audiencia, con el argumento de que el bien jurídico protegido por el delito electoral es de naturaleza supraindividual, la defensa cuestiona la calificación de «víctima» del declarante que supuestamente había sido inducido a votar en un determinado sentido (en el caso *de quo*, se enjuiciaba un cohecho electoral en el que se buscaba captar votos a favor de la candidatura del Partido Popular, siendo la víctima el hijo de un miembro de la lista de la candidatura del Partido Socialista Obrero Español y que había aportado una grabación incriminatoria de una conversación mantenida con la solicitante). La Audiencia contesta diciendo que «es cierto» que se trata de un bien jurídico supraindividual, pero aclara que, puesto que «nos encontramos ante un delito que protege un derecho constitucional como es el derecho al voto libre y secreto», lo anterior, «no implica necesariamente que en algunas modalidades o manifestaciones de la vulneración de este derecho al voto en esas condiciones no afecte a la vez intereses eminentemente personales, como es en este caso concreto el condicionar ese ejercicio libre que sí es personal. Si a una persona se le pretende inducir, e incluso condicionar su voluntad a votar en un determinado sentido aprovechando su situación personal de tanta necesidad como es un trabajo que le proporcione tener cubiertas las necesidades propias y de su familia, claro que esta persona puede ser considerada víctima de esa acción, al fin y al cabo lo que se pretende es forzar, con una promesa o prebenda su voluntad y torcerla en un sentido» (cursiva mía). Véase también la STS 120/2021 ya citada, en la que se lee que «en realidad este tipo de ilícito lo que trata de proteger es la libertad de los electores en cuanto al proceso motivador del sentido de su voto libre y secreto, pero la doctrina mayoritaria y parte de la jurisprudencia entiende que el bien jurídico [*sic!*] es pluriofensivo cuya protección no es únicamente personal sino de interés supraindividual».

²⁵ Debe reconocerse que la jurisprudencia española ha sido tradicionalmente laxa a la hora de utilizar el bien jurídico para trazar una línea divisoria clara en materia de legitimación procesal activa entre víctima/acusación particular y perjudicado-no-víctima/actor civil. Véase, por ejemplo, la reciente STS 61/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2023:61), FJ XVII en la que se lee que, para la personación de la acusación particular, es suficiente que alguien (o, como en este caso, una entidad) se vea «concernido» por la comisión de un delito y que tenga algún tipo de (no mejor precisado) «interés» en la preservación del bien jurídico protegido, de lo que coligen los magistrados la existencia de cierta «legitimación para perseguir estos hechos, más allá de como acusador popular, como acusación particular, por tal vinculación» con el bien jurídico que, se insiste, se declina como genérico interés. Según algunos, este panorama estaba destinado a cambiar a consecuencia de la reforma del artículo 110 LECrim operada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito y por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (véase, A. DÍAZ CABIALE Y C. CUETO MORENO, «Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO

la vez que permite contar con una acusación popular²⁶ «plena»²⁷, eficaces contrapesos a un acusador público vinculado a la política, lo que es especialmente relevante en delitos relacionados con la corrupción... política²⁸.

Pero, dejando a un lado las cuestiones adjetivas²⁹, la sensación es que, adoptando un planteamiento pluriofensivo formulado de esa manera, se

8/21», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 24, 2022, pp. 13 y sgts. y también J. M. DEL AMO SÁNCHEZ, «El caso Neymar: un breve análisis de la sentencia de la AP Barcelona de 12 de diciembre de 2022», en *Diario La Ley*, n. 10212, Sección Tribuna, 20 de enero de 2023, pp. 7-9). Con independencia de ello, aparte de la laxitud mencionada, la nebulosa reconstrucción de la titularidad del bien jurídico ha permitido que, en el delito electoral que ahora nos interesa, se admitiera sin demasiada discusión que se personaran como acusación particular (que no popular) los representantes de las listas (STS 193/2006, de 18 de octubre, ECLI:ES:TS:2006:7428) o del partido político concurrente (STS 120/2021 ya citada).

²⁶ Véase E. DE URBANO CASTRILLO, op. cit., pp. 45-46 quien recuerda que, a tenor del art. 151 LOREG, el ejercicio de la acusación popular no requiere fianza.

²⁷ En el marco de una interpretación creativa del art. 782 LECrim. El planteamiento parece el resultado de la fusión de la conocida «Doctrina Botín» (STS 8025/2007, de 17 de diciembre, ECLI: ES:TS:2007:8025) con la «Doctrina Atuxa» (STS 687/2008, de 8 de abril, ECLI: ES:TS:2008:687). Resumiendo brevemente, mientras que, en el primer supuesto, mediante una interpretación literal del artículo 782 LECrim, el Tribunal excluyó que la acusación popular pudiera solicitar con éxito la apertura del juicio oral en contra del criterio del Ministerio Fiscal y de la acusación particular (se trataba de un delito contra la Hacienda Pública), en el segundo, se exceptuaba el supuesto en el que no hubiera acusación particular personada por resultar incompatible con el bien jurídico (supraindividual) protegido por el delito (de desobediencia). El planteamiento resultante puede leerse con claridad, entre otras, en la STS 277/2018, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056) en la que se afirma que «está vedada su [de la acusación popular] acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce, sin embargo, legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público, en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social». Ciertamente eficaz y en el mismo sentido la STS 826/2020, de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2020:826), FJ II.

²⁸ Para esta lectura del rol de la acusación popular, se remite a los votos particulares a la STS 8025/2007, de 17 de diciembre ya citada de los magistrados Perfecto Andrés Ibáñez y José Manuel Maza Martín. Véanse también las consideraciones de A. DÍAZ CABIALE Y C. CUETO MORENO, op. cit., p. 18. Como nota que, hoy en día, es poco más que anecdótica, puede señalarse que el artículo 71 del Borrador de Código Procesal Penal mencionaba expresamente a los «delitos electorales de los arts. 139, 140, 146 y 150 de la L.O. 5/1985...» como supuestos en los que podría «interponerse» la acción popular. La mención de los delitos electorales como supuestos habilitadores del ejercicio de la acción popular, sin embargo, ha desaparecido en el más reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (el art. 122 solo menciona a preceptos del Código Penal).

²⁹ No es evidentemente el momento para detenernos en esta cuestión. Dejando a un lado lo obvio (que la titularidad del bien jurídico no puede condicionarse a lo que condiciona, es decir, a la legitimación procesal que, en realidad, *depende* de lo primero), conviene que me limite a apuntar la sensación de que la construcción jurisprudencial

corre el riesgo de confundir la *ratio* de la intervención del legislador con el objeto jurídico del precepto en que dicha intervención se ha sustanciado³⁰. De hecho, incluso aquellos autores que han aceptado subsumir la *ratio legis* en la idea de bien jurídico mediato han aclarado que la categoría así entendida tiene cierta utilidad (en términos interpretativos o de graduación de la pena³¹) solo ahí donde, entre el bien jurídico mediato y el inmediatamente afectado, existe una diferencia *cualitativa*³². Y, en este caso, la vaguedad con la que se acota el bien jurídico mediato (y, como veremos en seguida, el inmediatamente lesionado) impide resolver si el primero (la limpieza del sistema electoral como condición necesaria para la vida en democracia) es algo cualitativamente diferente al segundo

de una acusación popular cuyas geometrías varían en función de un parámetro tan (convenientemente) inestable como el bien jurídico protegido, aparte de no venir sugerida por el legislador procesal ni por la Constitución, se parece mucho a una especie de *llave maestra* auto-forjada por el Poder Judicial que, precisamente en casos... «políticamente delicados», ha servido para «moldear» convenientemente a la acusación popular.

³⁰ Puede suscribirse la afirmación de C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, op. cit., p. 66 quien advierte que «la utilización del término “bien jurídico” también para aquellos intereses y objetos que constituyen la *ratio legis* (aunque *algunos de ellos* – no todos – sean de hecho bienes jurídicos protegidos en otros tipos) puede dar lugar a malentendidos sobre cuál es el bien de referencia en materia interpretativa, sistemática y de medición de la pena, así como sobre la propia condición de “bien jurídico” de algunos intereses u objetos que, sin embargo, pueden carecer de ella desde la perspectiva de una concepción material como la aquí [y aquí también] defendida». Para una crítica convincente al concepto de bien jurídico intermedio que, con independencia de su validez general, parece hecha a medida para el caso que ahora nos interesa, véase *Ibidem*, pp. 169 y sgts.

³¹ Sobre la «mucho más modesta» función que desempeñaría el bien jurídico mediato supraindividual-*ratio legis*, véase C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 206.

³² Véase C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 207 quien parece defender la utilidad de la construcción de delitos con bien jurídico mediato (de carácter supraindividual y que se cifra en el orden socioeconómico, en su planteamiento), solo si existe una diferencia cualitativa entre los bienes mediata e inmediatamente protegidos. Eso, dice el autor, no acontecería toda vez que el pretendido bien jurídico supraindividual (como la supervivencia de la especie humana en el homicidio) «no rebasa el plano puramente conceptual» y se presenta como mero resultado de «generalizar» la lesión del bien jurídico individual (homicidio). Atribuye consecuencias relevantes a la existencia de una diferencia cualitativa entre bien jurídico individual y supraindividual también I. COCA VILA, «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017, p. 31. Según el autor, de hecho, habría que atender a «si la protección del interés individual está o no incorporada ya en el bien jurídico supraindividual, esto es, de si el bien individual y el colectivo presentan una misma y única dirección de protección o, por el contrario, tienden en última instancia a la garantía de intereses diversos» o a si los intereses tienen «distinta naturaleza» o «una dirección de protección distintas». Sin ánimo de adentrarnos ahora en la *querelle*, quizás no sobre apuntar ciertas dudas de cara a los criterios que habría que emplear a la hora de decidir si los bienes jurídicos presentan o no diferencias cualitativas. En el ejemplo (planteado por Coca) de la corrupción en los negocios, por ejemplo, que el patrimonio y la competencia leal resulten *cualitativamente* diferentes parece, por lo menos, opinable.

(libertad del elector a la hora de votar como condición necesaria para la vida en democracia).

Así, por ejemplo, si se identificara el elemento concreto del sistema electoral que implica aquí su incorrecto funcionamiento con la falta de libertad del conjunto de los electores en el ejercicio del voto³³, afirmar que el delito electoral es un delito pluriofensivo que, aparte de ese bien jurídico, afecta a la libertad individual del votante, sería como decir que el homicidio, aparte de la vida, lesiona la «expectativa de supervivencia de la especie humana»³⁴. En un caso como en el otro, que la preservación del bien jurídico individual (vida y libertad del votante) sea relevante para la ciudadanía entera justifica la intervención del Derecho penal (*ratio legis*)³⁵, pero ni puede considerarse parte del tipo de injusto³⁶, ni incide en la titularidad (individual, colectiva o supraindividual) del bien jurídico mismo. De lo contrario, todos los delitos tendrían un objeto jurídico mediato de naturaleza supraindividual³⁷.

Por otra parte, si, en clave supraindividual, se aludiera a algo *cualitativamente* distinto a la libertad del votante, deberían tenerse presentes las consecuencias que conlleva mezclar la perspectiva individual en la que se mueve el bien jurídico «libertad-del-votante» con la supraindividual implícita en las ideas de «limpieza» o «pureza» del sistema electoral. Piénsese, por ejemplo, en la relevancia del asentimiento libre del elector que acepta gustoso comerciar con su voto: si el mismo propone el intercambio o accede libremente a la solicitud, en una óptica supraindividual, nada debería obstar a su punibilidad³⁸, ya que, evidentemente, ningún votante puede disponer del «correcto funcionamiento» del sistema electoral ni de su «limpieza». Así que sería inexplicable la elección del legislador de considerarle exento de pena.

A lo anterior, podría contestarse que, si se cifra el bien jurídico protegido en la (sola) libertad del elector, no solo se excluye la responsabilidad penal del votante que accede a la solicitud y vende su voto, sino que, si

³³ O, lo que es lo mismo, se dice que el «depositario de la tutela jurídica» de la libertad del elector «es el propio Estado social y democrático de Derecho y en última instancia, la misma sociedad democráticamente organizada» (así L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”»...cit., p. 185 e *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...» cit., p. 753).

³⁴ Véase L. GRACIA MARTÍN, «Recensión a Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico. Parte General*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp.», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n. 13, 2004, 445-481, a pp. 462-463.

³⁵ No otra cosa se lee en C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 270.

³⁶ Se remite aquí a C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 206.

³⁷ Como señala L. GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 462. Véase también C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, op. cit., pp. 119 y sgts. con amplias referencias bibliográficas.

³⁸ Véase C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, op. cit., pp. 158-159; B. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 197-198.

el asentimiento es libre, tampoco puede haber pena para el comprador de votos. En definitiva, la compraventa de votos libremente acordada no recibiría sanción penal, por lo menos en la LOREG.

Empero, que el consiguiente vacío de punibilidad pueda rellenarse acudiendo a un esquema pluriofensivo no parece ni mucho menos obvio³⁹. De hecho, una vez admitida la presencia de la libertad del votante en el espectro de ofensividad de la norma, conciliar la tipicidad con un *libre* asentimiento de éste no resulta fácil y, desde luego, no puede pretenderse consecuencia automática de la yuxtaposición al bien individual de uno supraindividual⁴⁰: la voluntad del elector o es viciada (lo que es incompatible con su aceptación *libre*), o no lo es (en cuyo caso faltaría la afectación al bien jurídico individual), de manera que el supuesto en el que el votante acepta intercambiar su voto con la dádiva sin que se demuestre cierto menoscabo de su libre determinación debería seguir considerándose atípico⁴¹, por muy mal que eso le venga al correcto funcionamiento del sistema electoral⁴².

Así las cosas, por lo menos *de lege lata*, la impunidad del votante «corrupto» sugiere descartar bienes jurídicos supraindividuales⁴³ y, en mi opinión, hace preferible optar para una más sencilla acotación del objeto jurídico que puede identificarse con la libertad del elector a la hora de manifestar su preferencia mediante el voto, bien jurídico de titularidad individual⁴⁴.

³⁹ Véase, por ejemplo, I. COCA VILA, op. cit., p. 31 quien cita la tesis de una parte de la doctrina alemana que sustancialmente condiciona la eficacia del consentimiento a la presencia de una diferencia cualitativa entre el bien jurídico individual y el supraindividual que implicaría que la protección del primero no podría «verse absorbida por el» segundo, tesis que, si no entiendo mal, no convence ni siquiera a Coca Vila.

⁴⁰ Véase también G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 379-380.

⁴¹ Incluso por lo que concierne al autor de la solicitud.

⁴² Salva probablemente la posibilidad de pensar en una tentativa de delito. A este respecto, pueden resultar de ayuda las consideraciones de M^a. J. QUESADA SARMIENTO, «Comentario a la STS 1009/2022, de fecha 11 de enero, de 2023, por la que se resuelve un delito de extorsión en grado de tentativa», en *Diario La Ley*, n. 10244, 2023, *passim*.

⁴³ Véase C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 272, quien esgrime la relevancia del consentimiento como argumento para excluir la naturaleza pluriofensiva del delito. Véase también I. COCA VILA, op. cit., p. 32 quien se pregunta si «tiene sentido seguir hablando de delitos colectivos o supraindividuales cuyo injusto queda excluido por el consentimiento al menoscabo del interés individual co-protegido».

⁴⁴ Apuesta por un bien jurídico de naturaleza individual también M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 9.

2.6. Aclaraciones sobre la libertad del elector

Como es sabido, la cuestión inherente a la tutela penal de la «libertad» es susceptible de ser ulteriormente matizada⁴⁵, tanto cuantitativa⁴⁶ como cualitativamente⁴⁷.

Por poner un ejemplo relativo a un ámbito cercano al que ahora interesa, la doctrina que se ha enfrentado con la sanción penal del *do ut des* en el marco del Estatuto penal de la Administración pública se ha ocupado del problema de la libertad del ciudadano en su relación con los funcionarios públicos.

En este marco, lo habitual es que, a un lado, se coloquen los delitos de exacciones ilegales (art. 437) y abuso mediante solicitud de prestación sexual (art. 443), en los que se protege la «impenetrabilidad de la esfera de libertad de los ciudadanos frente a las presiones indebidas ejercidas por funcionarios» que afectan a la capacidad de autodeterminación «patrimonial» y «sexual», respectivamente⁴⁸.

⁴⁵ Como se ha dicho, la idea de libertad entendida como libre albedrío es en exceso abstracta, ambiciosa y, por lo tanto, impropia del Derecho penal (véase A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, «Sobre el delito de coacciones», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 6, 1981-1982, 103-152, a p. 113).

⁴⁶ A la hora de graduar la afectación a la libertad individual, especialmente en el marco de los delitos contra la libertad sexual, es de sobra conocida la discusión inherente a la intensidad del reproche a las conductas coercitivas según entrañen prevalimiento, intimidación o violencia. Entre muchos, véase M^a. M. GONZÁLEZ TASCÓN, «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, v. 43, 2023, pp. 25-26 y, en particular, la bibliografía referida en la nota 96; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, «¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso “La Manada”», en F. MORALES PRATS, J. M^a. TAMARIT SUMALLA Y R. GARCÍA ALBERO (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 1095-1110, a p. 1104; F. MUÑOZ CONDE, «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso La Manada», en F. MORALES PRATS, J. M^a. TAMARIT SUMALLA Y R. GARCÍA ALBERO (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 941-959, a pp. 947-948.

⁴⁷ Sin ánimo de entrar ahora en materia, la doctrina y la jurisprudencia llevan tiempo diferenciando entre el menoscabo de la libertad producto de *vis physica* y de *vis moralis* y entre la libertad inherente a la formación de la voluntad (delito de amenazas) y la libertad inherente a la realización de lo que el sujeto ha (libremente) decidido hacer (coacciones). Véase, entre muchos, M^a. L. CUERDA ARNAU, «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 171-200, a pp. 172-173. Como se ha observado (si bien en otro contexto), «La voluntad puede ser libre siendo la acción no libre, y la acción puede ser libre siendo no libre la voluntad» (así HARTMANN, *Ethik*, 3^a ed., 1949, pp. 644 y sgts. *apud* A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 57-58).

⁴⁸ F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

Al lado opuesto, se sitúa normalmente el cohecho que se caracterizaría por una relación igualitaria «negocial» o «contractual» entre *in-traneus* y *extraneus* y que precisamente se distinguiría de las exacciones ilegales por la falta (en el cohecho) del miedo a la acción de la Administración pública (*metus publicae potestatis*⁴⁹) y del carácter coercitivo de la conducta típica que, en las exacciones ilegales, convierten al exigido⁵⁰ en sujeto pasivo del delito⁵¹.

En el medio, podría situarse el tráfico de influencias en el que, como se ha dicho, «para ser típicos, los actos de influencia han de poseer capacidad suficiente de subordinación o condicionamiento significativo»⁵².

Pues bien, en el supuesto que ahora interesa, una vez excluido que se trate de *vis physica*, de coacción de la manifestación de la voluntad libremente formada y de violencia o intimidación (supuestos considerados por las letras b y c del art. 146 LOREG), cabría preguntarse dónde situar el nivel de exigencia que debe mantener el intérprete a la hora de verificar la afectación típica a la libertad del elector.

2.6.1. Libertad como ausencia de condicionamientos (o en sentido débil)

Con arreglo a una primera opción menos exigente, podría ponerse el acento sobre el medio empleado y entenderse que cualquier solicitud de

⁴⁹ I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)», en *Revista General de Derecho*, n. 597, 1994, 6517-6542, *passim*.

⁵⁰ Para un entendimiento de la conducta típica en el delito de exacciones ilegales, se remite a A. CASTRO MORENO, *Fraudes contractuales y exacciones ilegales: adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 111 y sgts. quien subraya acertadamente que el verbo exigir «demanda un significado imperioso incompatible con el abono voluntario y espontáneo de cantidades por iniciativa de los particulares» (p. 112). Ciertamente es que el mismo autor (*Ibidem*, p. 118) afirma luego que la diferencia entre la «exigencia» de la exacción ilegal y la «solicitud» del cohecho, estriba en que la primera sería menos clara para el particular: «si la exacción ilegal se solicita de forma directa, en el sentido de abierta, sin tapujos por parte del funcionario público», dice Castro Moreno, «de modo que el ciudadano conoce la ilegalidad de la exacción que le es requerida, entonces la conducta sería más propia del delito de cohecho, en tanto que si la exigencia se realiza de forma encubierta, para que el particular no sea consciente de que está abonando una contribución injusta, en ese caso, estaremos en presencia de un delito de exacciones ilegales». Alude a la naturaleza «intimidatoria» del comportamiento del funcionario público en el delito de exacciones ilegales F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

⁵¹ Véase A. CASTRO MORENO, op. cit., pp. 98 sgts.; F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Santiago de Compostela, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2003, pp. 406-408 si bien la postura del autor incluye algunos matices (relacionados con la ilicitud del objeto de la exacción) que se compadecen ahora mal con el texto (actual) de los artículos 419 y sgts.

⁵² E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Los delitos relativos al tráfico de influencias», en *Diario La Ley*, 1998, (consultado en versión electrónica), p. 8.

votos (o inducción a no votar) que se lleve a cabo mediante dádivas o promesas de las mismas, entraña *per se* una perturbación de la libertad de los electores que el legislador penal electoral proscribe, sancionándola.

Se trataría de una interdicción de cualquier *condicionamiento* de votantes⁵³ llevado a cabo por medio de dádivas que no requiere prevalecimiento, intimidación o coerción alguna (o, si se prefiere, se trataría de una afectación en sentido débil a la libertad del votante parecida a la que padece quien recibe el ofrecimiento en el delito cohecho).

Claro que entonces podría discutirse acerca de la comprobación de la idoneidad de la solicitud acompañada por dádivas para efectivamente condicionar esa libertad de decidir a quien votar (*ex ante*, *ex post*...). Si lo que se quiere evitar es que el votante vote de una manera distinta respecto de la que habría resultado de su determinación *libre-de-dádiva*⁵⁴, el hecho de que, aceptando la solicitud, pacte hacerlo a cambio de una dádiva, solo supone un peligro de que el resultado que se pretende evitar, finalmente, se produzca: el votante siempre podría votar de forma distinta a lo pactado.

Entonces, si, como sugieren la doctrina y la jurisprudencia que se han ocupado del art. 146.1 a) LOREG, el delito se consuma con la mera existencia de una solicitud (acompañada por dádivas) sin que ni tan siquiera sea preciso que el elector acceda a la misma⁵⁵, el legislador penal estaría interviniendo para evitar el peligro de que el votante acepte la solicitud, es decir, el peligro de que se ponga en peligro el bien jurídico que se pretende proteger. Y eso parece criticable de cara al respeto del principio de lesividad.

Para minimizar el problema, una vez acercado el delito electoral al cohecho, podríamos traer a colación la idea de «imparcialidad procedimental»⁵⁶, oportunamente adaptada a nuestro contexto: podría decirse que lo que el ordenamiento proscribe es que, en el proceso de toma de decisión de los votantes, se inmiscuyan dádivas o promesas de las mismas. Lo que le preocuparía al legislador, en suma, no sería a quién finalmente se vote (junto con una improbable indagación de a quién se

⁵³ Véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1267 quien habla de «influencias ilícitas en el ejercicio del voto».

⁵⁴ En este sentido, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1267 quien habla de alteración del contenido del voto.

⁵⁵ Es más, de acuerdo con la lectura mayoritaria, *de lege lata*, hay delito incluso si el votante solicitado se niega expresamente a pactar (véase, entre muchos, F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 175).

⁵⁶ Sobre la idea de imparcialidad procedimental, permítase la remisión a G. D. M. CERINA, *El bien...* cit., pp. 266 y sgts. y *mutatis mutandis*, P. CARRARO ROSSETTO, «El bien jurídico tutelado en los supuestos delictivos de la corrupción política: breves consideraciones», en J. MUÑOZ SÁNCHEZ *et al.* (DIRS.), *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 441-447, a. p. 446.

hubiera votado sin el soborno), sino preservar el (o la «imparcialidad» del) proceso de decisión que, en una democracia, se *exige* que sigan todos los electores⁵⁷. Y, desde luego, defendiendo que lo que el ordenamiento apunta a tutelar es cierta «ausencia de condicionamientos» en el proceso de determinación del elector, podría mantenerse la lesión del bien jurídico con independencia de que el voto solicitado (y, en su caso, efectivamente emitido) fuera exactamente el mismo que se habría producido sin solicitud (o inducción): el votante que acepta una dádiva a cambio del voto ya no sigue un procedimiento razonablemente imparcial capaz de legitimar al votado, con independencia de quien sea.

Ciertamente, puesto que el bien jurídico así configurado se lesionaría solo una vez que el votante ha aceptado considerar las dádivas como parte de su proceso de toma de decisión, *de lege lata*, el reproche seguiría accionándose en un momento anterior a la lesión del bien jurídico, siendo suficiente que la solicitud parezca idónea para ser aceptada. Pero, por lo menos, se trataría de un peligro de lesión y no de un peligro de un peligro de lesión.

Claro que, así procediendo, la metamorfosis que sufre la libertad (ausencia de coerción de la voluntad) al convertirse en imparcialidad procedimental (ausencia de condicionamientos del proceso de toma de decisión que se sustancien en dádivas) despliega importantes efectos que, una vez más, parecen desentonar con la elección del legislador penal electoral español.

Por un lado, se trataría de un bien jurídico del que ya no puede disponer el votante: una vez excluida toda coerción (es decir, un menoscabo *fuerte* de la libre determinación del elector), en una democracia, el ciudadano *debe* votar *sin aceptar* condicionamientos que se sustancien en dádivas, teniendo que *resistir* frente a solicitudes no intimidatorias. Y eso ciertamente explicaría que, como parecen reconocer la doctrina y la jurisprudencia, la solicitud y la inducción del corruptor de electores siguen siendo típicas incluso cuando el votante accede a las mismas *libremente*.

Pero, *de lege lata*, ¿cómo explicar la no punibilidad del elector que accede gustoso a la propuesta del corruptor-comprador de votos?

Como hemos visto, si se produce, la aceptación de la solicitud implica la lesión del bien jurídico porque la imparcialidad procedimental se lesiona cuando el elector acepta insertar en su proceso de toma de decisión la dádiva, lo que acontece cuando se pacta⁵⁸. La solicitud no aceptada, en cambio, supone tan solo una puesta en peligro, mientras que el rechazo

⁵⁷ De alguna manera, podría leerse en este sentido la referencia la «objetividad» de la STS 120/2021 ya citada, en la que se habla de «preservar la corrección y objetividad de la consulta electoral».

⁵⁸ Es más, siguiendo a la más destacada doctrina, podría incluso decirse que es el votante quien tiene «mayor capacidad funcional para perturbar el bien jurídico» de la que

del votante excluiría que el bien jurídico pueda lesionarse. Entonces, *de lege lata*, aceptar esta reconstrucción del bien jurídico implicaría admitir que el legislador lo protege cuando resulta puesto en peligro por el *extraneus* (solicitud no aceptada) o incluso cuando, *ex post*, el peligro ha dejado de serlo (solicitud rechazada) y a la vez considera impune al *intraneus* que lo lesiona *libremente* (solicitud aceptada), lo que parece difícilmente plausible⁵⁹.

2.6.2. Libertad como ausencia de coerción de la voluntad (o en sentido fuerte)

Otra opción posible sería tomarse más seriamente la referencia a la libertad del elector y desplazar entonces el esfuerzo exegético hacia un entendimiento teleológicamente restrictivo de las conductas típicas. Así las cosas, al igual que en materia de exacciones ilegales, de abuso sexual del funcionario público o incluso de tráfico de influencias, habría que integrar cierta «coerción» del solicitante en la propia solicitud (o inducción): el prevalecimiento pasaría a representar «un componente de desvalor prioritariamente atendido por el legislador sobre el plano de la tipicidad»⁶⁰. Y ciertamente, otorgar un significado, de alguna manera, «intimidatorio» a la solicitud y a la inducción vuelve a situar al votante en el sitio que el legislador parece otorgarle: el de persona ofendida.

Empero, el intérprete volverá a percibir cierta incomodidad toda vez que se acerque al supuesto en el que el elector acepta *libremente* intercambiar su voto por la dádiva. Si lo que aquí se protege es la libertad del votante, cuesta seguir fundamentando la punibilidad del solicitante toda vez que el solicitado accede gustoso a sus tentadoras propuestas: si el elector acepta el trato libremente, no hay delito ni siquiera para quien se lo ha propuesto⁶¹. Y, echando un vistazo al resto de la parte penal de la

tiene el inductor (véase, *mutatis mutandis*, I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., p. 465).

⁵⁹ Entender la libertad de voto como libertad de aceptar sobornos para votar no parece aconsejable. No solo desentona con las elecciones explícitas del derecho comparado (véase *infra* apartado 3.2 y nota 96), sino que también choca frontalmente con toda la jurisprudencia en materia de sanción penal del transfuguismo retribuido en la que se ha venido considerando que el electo que vota a cambio de dádivas comete delito de cohecho propio. De la misma manera, aunque anclada solo a motivos político-criminales, una posible construcción asimétrica del cohecho electoral que limitara la punibilidad a quien soborna y considerara impune al que se deja sobornar desentonaría con la aproximación al cohecho del Código Penal que, como es sabido, reprocha igualmente a corruptor y corrupto. Hay que reconocer que no dejaría de parecer por lo menos singular que cometiera un delito quien intenta comprar el voto y no, en cambio, quien lo vende: si el elector fuera libre de vender su voto, parece tener poco sentido sancionar a quien *intenta* comprárselo.

⁶⁰ F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

⁶¹ Véase F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El consentimiento...», cit., quien, a propósito de los delitos de abusos sexuales de funcionarios públicos y de exacciones ilegales, observa que «si el engaño y la intimidación no son modalidades accesorias, heterogéneas, con respecto a las conductas típicas, sino que representan componentes

LOREG, por lo menos *prima facie*⁶², lo anterior implicaría que, en España, el libre comercio de votos no se sanciona penalmente, lo que, en los tiempos que corren, es difícil de digerir.

De la misma manera, seguiría en pie la cuestión inherente a la intensidad de la «coerción» que ahora se quiere implícita en la solicitud e inducción del artículo 146.1 a). Y habría que tener en cuenta que:

1. la no punibilidad del votante en el delito electoral sugiere que solicitud e inducción se entiendan (en términos de *vis moralis* ejercida sobre su destinatario) como *algo más* que la solicitud que el funcionario público realiza en el delito de cohecho pasivo: en este segundo caso, quien acepta la solicitud es sancionado igual que quien la formula, de lo que se deduce que lo hace con igual libertad⁶³;
2. el art. 146.1 b) castiga con la misma pena del 146.1 a) la presión sobre el elector ejercida «con violencia e intimidación». Con ello, lo que parece decirnos el legislador es que, por un lado, la «solicitud» y la «inducción» por medio de dádivas entrañan un desvalor parecido a la «presión con violencia o intimidación»; por otro, que «solicitar» e «inducir» deberían ser algo distinto a «presionar con violencia o intimidación»⁶⁴.

2.7. Toma de postura

Resumiendo lo dicho hasta ahora, descartadas las referencias a la limpieza y al correcto funcionamiento del proceso electoral, parece pre-

de desvalor prioritariamente atendidos por el legislador sobre el plano de la tipicidad, el consentimiento del particular requerido de pago o solicitado sexualmente no será —obviamente— compatible con la conducta típica». Llega a conclusiones parecidas (poniendo como ejemplo el delito de hurto) C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho... Parte general...* cit., pp. 423-424. *Mutatis mutandis*, véase también N. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, *Suplementos deportivos, dopaje y Salud Pública. Aspectos penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 95 y sgts. Téngase en cuenta además lo decisivo que resulta que el prevalecimiento surta efecto (véase I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., p. 448).

⁶² Pero véase *infra* el apartado 6.

⁶³ Diferencia el cohecho del delito electoral del art. 146.1 a) en términos parecidos L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 764 quien, sin embargo, como veremos, termina sustancialmente avalando una interpretación (jurisprudencial) del delito electoral que, *de facto*, prescinde de la comprobación en la conducta típica de un elemento coercitivo y de un concreto (peligro de) menoscabo de la libertad de autodeterminación.

⁶⁴ Por muy «ensuciadora» que se entienda la presencia de dádivas, que el legislador coloque en un mismo marco penológico «solicitar o inducir por medio de dádiva» y «presionar con violencia e intimidación» no parece fácil de explicar. Y la equiparación es todavía más dudosa si se tiene en cuenta la letra c) del art. 146.1 LOREG que equipara «impedir» con «dificultar» (el voto).

ferible decantarse para una reconstrucción del bien jurídico en clave individual que apunta hacia la libertad del votante. Aun así, parecen posibles dos alternativas.

Con arreglo a una primera opción, podría entenderse que libre es quien no inserta dádivas en su proceso de toma de decisión (sin que haga falta coerción alguna). De acuerdo con otra idea, decide libremente quien lo hace sin que, usando dádivas, le coloquen en una situación de sujeción que merme su capacidad de autodeterminación. Y, puesto que, como hemos visto, *de lege lata*, el legislador ha querido impune al votante que acepta comerciar con su voto, esta última reconstrucción parece deberse preferir.

Amén de ello, lo dispuesto por el art. 146.1 b) y c) sugiere que, en el caso que ahora interesa, la afectación de la libertad del votante debe situarse en un nivel, de alguna manera, intermedio, *entre* la libertad del cohecho y la violencia o intimidación⁶⁵.

Dicho eso, es inútil ocultar las dificultades con las que se sigue encontrando el intérprete. Acotar con precisión la intensidad de la disminución de la libertad relacionada con la solicitud y la inducción por medio de dádivas puede convertirse en la búsqueda de un matiz... «demasiado sutil»⁶⁶. Y, como ya hemos dicho, tampoco resulta fácil encajar lo anterior con el marco penológico del delito electoral, por un lado, y del cohecho, por otro: si se piensa en el supuesto del artículo 146.2, ¿cómo justificar que el legislador haya atribuido una pena inferior al funcionario que (en el delito electoral) solicita coercitivamente, frente al que (en el cohecho) solicita por medios más «suaves»⁶⁷?

⁶⁵ En este sentido, se ha dicho que el delito se coloca a mitad de camino entre las coacciones y la corrupción. Véase, L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., 184; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 752 y, en la jurisprudencia, la STS 120/2021 ya citada. Para una posible explicación en términos de graduación de la culpabilidad como disminución del reproche, quizás podría resultar sugerente trasladar aquí las consideraciones (en materia de estado de necesidad exculpante) que, en la doctrina alemana, se han realizado a propósito de los problemas (relacionados con la exigibilidad) inherentes a la «situación motivacional» del sujeto (véase A. KAUFMANN, op. cit., pp. 166 y sgts. y, en particular, pp. 173 y sgts.).

⁶⁶ A. CASTRO MORENO, op. cit., p. 156.

⁶⁷ Se parafrasea a A. CASTRO MORENO, op. cit., p. 156 quien esgrime el mismo argumento frente a quienes cifran en términos parecidos la diferencia entre cohecho y exacciones ilegales. *Mutatus mutandis*, véase también B. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, op. cit., p. 178; I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., pp. 463-464 quien utiliza este argumento para defender el concurso ideal entre cohecho y amenazas.

3. Sujeto activo y pasivo

Toda vicisitud corruptiva suele apoyarse en un esquema que puede reconstruirse de la siguiente manera: un sujeto (*intraneus*) cualificado (típicamente por su relación con la Administración o con una entidad privada) pacta con otro (*extraneus* a la relación) un precio a cambio de un acto que puede realizar en tanto en cuanto posee esa cualificación⁶⁸. En la corrupción electoral, lo que cualifica al vendedor de votos (*intraneus*) es su papel protagónico en el momento estelar de la democracia (las elecciones) y lo que se pacta a cambio de dádivas es justamente el voto.

Así las cosas, como acontece en los demás supuestos de corrupción, en el delito electoral tipificado por el artículo 146.1 a), es preciso que estén implicados dos sujetos: el que compra el voto (que puede ser cualquiera) y el que lo vende que, evidentemente, debe ser un votante (que tenga derecho al voto⁶⁹).

3.1. El elector como persona ofendida

Como ya hemos visto, el silencio del legislador penal electoral acerca de la punibilidad del votante aconseja optar por una reconstrucción del bien jurídico que pivote sobre una consideración exigente de la afectación de la libertad personal de este último.

Así las cosas, deberá también retenerse que, mientras que, en la corrupción «común», tanto quien propone el pacto como quien accede al mismo «participan» en la afectación típica del objeto jurídico del delito (el vendedor del acto y su comprador son sujetos activos del delito), aquí el votante no solo es el sujeto sobre el que recae la acción típica del soli-

⁶⁸ En la corrupción pública (artículos 419 y sgts. CP), lo relevante es el ejercicio de una función pública y el hecho de que el acto «comprado» guarde relación con la misma; en la corrupción privada (artículo 286-bis CP), el *intraneus* ha de tener cierta relación con una entidad del sector privado y el acto comprado con la actividad de la misma.

⁶⁹ La STS 731/2012, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6685), FJ III, considera penalmente relevante una solicitud dirigida a alguien que, en el momento en el que la recibe, no tiene la edad necesaria para emitir el voto, pero que sí la tendrá antes de que tenga lugar la votación en cuyo marco se ha solicitado su voto.

citante/inductor, sino que también es el sujeto pasivo del delito⁷⁰, titular del bien jurídico⁷¹.

Este esquema político-criminal acerca el intérprete a un debate bien conocido por la doctrina italiana que se las ha tenido que ver con el artículo 317 CPI que tipifica la concusión⁷² (y, más recientemente, también con el artículo 319-*quater* del mismo texto legal que se ocupa de la inducción indebida a dar o prometer⁷³).

⁷⁰ La posibilidad de sancionar como partícipe al votante que acepta la solicitud o que se deja inducir es normalmente excluida por la doctrina (aunque véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268 a quien esta solución le parece «discutible»). Como hemos visto, la sanción del votante solo sería compatible con una reconstrucción del bien jurídico que no pivotara ya sobre la libertad del elector (en sentido fuerte), sino que se construyera en clave supraindividual o, recuperando el planteamiento arriba esbozado, aludiendo a algo parecido a la imparcialidad del procedimiento de decisión. Empero, así procediendo, la conducta del *intraneus* no sería accesoria a la afectación del bien jurídico protegido por parte del *extraneus*, sino que se convertiría en *conditio sine qua non* para la lesión del mismo (y obsérvese que la conclusión no variaría si se siguiera hablando de «pureza» o «correcto funcionamiento» del proceso electoral). Con independencia de que se acepte hablar entonces de ilícito necesariamente plurisubjetivo y/o pluripersonal, llamaría poderosamente la atención que el legislador se hubiera ocupado expresamente de la conducta del *extraneus* que pone en peligro (abstracto) el bien jurídico y, en cambio, hubiera guardado silencio acerca de la del *intraneus* que, cuando se encuentra con la del solicitante/inductor, determina la lesión del mismo bien jurídico. Así las cosas, teniendo presente la postura que el legislador mantiene en el delito de cohecho, para excluir la punibilidad del votante que acuerda vender su voto, basta, en mi opinión, recurrir al brocardo de acuerdo con el cual *ubi lex dicit, voluit, ubi non dicit, noluit*. Más que al complejo debate inherente a la posibilidad de configurar el delito de cohecho como pluripersonal o plurisubjetivo, sea suficiente remitir aquí a las consideraciones de E. GIMBERNAT ODREIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambios, 1966, pp. 294 y sgts.

⁷¹ Véase L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20 [1977 del 18 de marzo sobre normas electorales]*, Granada, Colección de estudios penales, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, 1977, pp. 64-65. En la jurisprudencia, aparte de la ya mencionada SAP Cáceres 122/2017, véase también SAP Almería, 32/2005, de 1 de febrero (ARP/2005/747), FJ I.

⁷² «El público oficial o el encargado de un público servicio que, abusando de su calidad o de sus poderes, constriñe a alguien para que de o prometa indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, es penado con la reclusión desde 6 a 12 años». Sobre el origen y los distintos modelos conforme a los cuales se ha incluido la idea romana de concusión en el Derecho penal comparado, véase, entre muchos, M. ALONSO ÁLAMO, «Problemas políticolegislativos del delito de concusión», en *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, Ed. Universidade de Santiago de Compostela, 7-21, *passim*.

⁷³ (1) «Salvo que el hecho constituya un delito más grave, el público oficial o el encargado de un público servicio que, abusando de su calidad o de sus poderes, induce a alguien para que de o prometa indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad es penado con la reclusión de 6 a 10 años y 6 meses. (2) En los casos previstos por el primer apartado, quien da o promete dinero u otra utilidad es penado con la reclusión de hasta tres años o con la reclusión de hasta 4 años cuando el hecho ofenda a los intereses financieros de la Unión europea y el daño o el provecho sean superiores a 100.000 €».

3.2. Breve excursus sobre la *concussione* e l'*induzione indebita a dare o promettere* en el Código Penal italiano

Uno de los rasgos específicos de la aproximación político-criminal del legislador italiano a la corrupción es ciertamente la presencia, al lado del delito de *corruzione* (que, *mutatis mutandis*, traduce el cohecho), de la *concussione*. El deslinde entre los dos delitos ha ocupado a la doctrina⁷⁴ y a la jurisprudencia⁷⁵ italianas durante muchísimo tiempo, generando un debate demasiado amplio y denso como para que ahora podamos pretender reproducirlo, por lo que conviene que nos conformemos con algunas anotaciones genéricas, seleccionadas con un ojo al tema que ahora nos atañe.

La idea de fondo es que la corrupción exige una especie de relación contractual entre dos partes que, en igualdad de fuerzas⁷⁶, pactan *libremente* el soborno y resultan, por lo tanto, igualmente merecedoras de sanción por comprar/vender un acto público⁷⁷. Cuando, en cambio, esta paridad de fuerzas no existe y el *extraneus* accede al *pactum sceleris* en virtud de un proceso de formación de la voluntad en todo o en parte viciado, ni puede hablarse de corrupción ni debe el sistema penal responder de la misma forma: en la medida en que disminuye la libertad con la que el *extraneus* pacta, hay que atenuar su reproche (hasta eliminarlo); en tanto en cuanto dicha disminución pueda relacionarse con

⁷⁴ Entre muchos, véase E. DOLCINI, «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici», en *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2013, pp. 162 y sgts.; R. BORSARI, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambio della prospettiva penale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 66 y sgts.; A. FIORELLA Y S. MASSI, *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*; A. SPENA, «Induzione indebita a dare o promettere utilità», en S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA Y G. DE SIMONE (A CURA DI) *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, 205-226, a pp. 217 y sgts.; F. PALAZZO, «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 227-231, a p. 229.

⁷⁵ Son muchísimas las sentencias a las que se podría remitir: debido a su relevancia, valga ahora la referencia a *Cassazione Penale, Sezioni Unite*, n. 12228, de 24 de octubre de 2013 (Maldera). La sentencia ha sido ampliamente comentada: entre muchos, véase G. L. GATTA, «Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito», en *Diritto penale contemporaneo* (17 de marzo de 2014), accesible, en este momento, en <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e>.

⁷⁶ Entre muchos, véase M. PELLISSERO, «Concussione e induzione indebita a dare o promettere» y «I delitti di corruzione», en C. F. GROSSO, T. PADOVANI Y A. PAGLIARO (DIRS.), *Trattato di diritto Penale. Parte Speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015, 173-344, a p. 279, con amplias referencias jurisprudenciales.

⁷⁷ Véase, de forma especialmente elocuente, I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», cit., p. 6519.

una diversa aproximación del *intraneus*, la sanción para este último va intensificándose⁷⁸.

Viendo las cosas un poco más de cerca, con el Código Penal italiano en la mano⁷⁹, la situación es la siguiente:

1. cuando el sujeto público, abusando de sus cualidades o de sus poderes, *constríne* a alguien a dar o prometer indebidamente dinero u otra utilidad (artículo 317 CP), se trata de *concussione*: la pena para el funcionario público *concussore*⁸⁰ es más alta de la que le corresponde al funcionario corruptor; el *extraneus*, víctima, no recibe reproche alguno;
2. si el funcionario público, abusando de sus cualidades o de sus poderes, *induce* a alguien a dar o prometer dinero u otra utilidad (artículo 319-*quater*), es castigado menos que quien *constríne* pero más que quien corrompe⁸¹. El *extraneus* que, en lugar que resistirse, accede y se deja inducir, recibe un reproche⁸² que, sin embargo, es leve si comparado con el que le correspondería si, como autor de corrupción, aceptara una solicitud;
3. si el pacto se produce tras una *solicitud*⁸³ del funcionario público (sin que la norma requiera abuso de funciones o poderes), el *extraneus* que accede recibe la misma sanción que el *intraneus*⁸⁴, siendo ambos autores de corrupción.

Resumiendo: cuando el *intraneus solicita*, el particular accede libremente; cuando, abusando de sus funciones, *induce*, se entiende en parte mermada la libertad con la que el *extraneus* «pacta» (*tamen coactus, voluit*); cuando, finalmente, (siempre abusando de sus funciones o poderes), el funcionario público *constríne*, el menoscabo de la libertad es tan

⁷⁸ Aunque parte de la doctrina haya insistido en que, más que la conducta del *intraneus*, lo determinante es el efecto que la misma produce sobre el *extraneus* (A. FIORELLA Y S. MASSI, op. cit., pp. 47 y sgts.).

⁷⁹ Sobre todo a resultas de la reforma del año 2012. Véase, entre muchos, V. PLANTAMURA, «La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione», en *Rivista trimestrale del Diritto penale dell'economia*, 2012, 189-221, a p. 215; L. PICOTTI, «L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione», en *Revista brasileira de ciências criminais*, 2017, 137-158, a pp. 148-149; F. INFANTINI, *La nuova tutela penale della pubblica amministrazione*, Pisa, IUS Pisa University Press, 2018, pp. 75 y sgts.

⁸⁰ De 6 a 12 años de prisión.

⁸¹ Pena de prisión de 6 a 10 años y 6 meses.

⁸² Pena de prisión de hasta 3 años (que suben a 4 si el hecho ofende a los intereses financieros de la UE y el daño o el provecho supera los 100.000 euros).

⁸³ A tenor de una lectura combinada del artículo 322 y los 318-321 del Código Penal italiano.

⁸⁴ Desde los 3 años previstos como mínimo para el cohecho impropio y de facilitación (artículo 318 CP) hasta los 10 años (máximo de la pena prevista para la corrupción propia) o incluso a los 12 años en el caso de corrupción *in atti giudiziari* (artículo 319-ter).

relevante que desaparece el merecimiento de sanción para quien da o promete el dinero o la utilidad (*voluit quia coactus*).

Dicho eso, distinguir con seguridad solicitud, inducción y constreñimiento es lo verdaderamente difícil. Aun admitiendo que el debate no está resuelto definitivamente⁸⁵, siempre simplificando mucho, podríamos decir que, a partir del diferente tratamiento penológico que el legislador otorga al solicitado, inducido y constreñido, se han ido individualizando factores cuya presencia se considera *sintomática*⁸⁶ de una diversa afectación a la libertad del *extraneus*, como, por ejemplo:

1. la iniciativa: este criterio fue el más aplicado tras la entrada en vigor del Código Penal italiano de 1930⁸⁷. La idea era que, cuando un funcionario público aborda a un particular, provoca casi de manera automática cierto miedo (*metus publicae potestatis*) en el receptor de la propuesta, lo que explica el diferente tratamiento de ambos. Con el paso del tiempo, siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, el legislador reconoció que el hecho de que la iniciativa la tome el particular no excluye que lo haga por miedo y, por lo tanto, que se trate de concusión; viceversa, también puede haber corrupción cuando la iniciativa parte del funcionario público⁸⁸. Hoy en día, la presunción se ha convertido en síntoma: el hecho de que el primer contacto entre ambos sujetos se produzca a iniciativa del *extraneus* resulta *sintomático* de cierta libertad con la que el mismo ha tomado la decisión⁸⁹;
2. el miedo (*metus*) que pueda haber guiado el *extraneus*⁹⁰, así como las amenazas realizadas por el funcionario público. Sin ánimo

⁸⁵ A. MANNA, «I delitti contro la pubblica amministrazione (aggiornamento al volume I)», en A. CADOPPI *et al.* (DIRS.), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, UTET giuridica, 2015, 167-184, a pp. 172 y sgts.

⁸⁶ Obsérvese que ninguno de los criterios parece resolutivo de por sí. Véase, entre muchos, M. PELLISERO, *op. cit.*, pp. 274 y sgts. y 280 quien habla expresamente de «índices sintomáticos».

⁸⁷ Ciertamente relevante parecía el hecho de que el art. 322 CP solo consideraba punible como «*istigazione alla corruzione*» la conducta del *extraneus*.

⁸⁸ De acuerdo con la modificación del art. 322 del año 1990, comete instigación a la corrupción también el funcionario público que «solicita» de tal manera que el particular que atiende a la solicitud comete delito de corrupción.

⁸⁹ En la doctrina española, véase I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», *cit.*, pp. 6523 y 6528 y sgts. Recorre los principales criterios utilizados por la doctrina italiana antes del año 2012 también I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», *cit.*, pp. 445 y sgts.

⁹⁰ Véase, en la doctrina española, I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», *cit.*, pp. 6529 y sgts. Sobre la viabilidad de este criterio para la *actio finium regundorum* entre cohecho y exacciones ilegales, véase, en sentido crítico, F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Concusión y corrupción: su delimitación en el Derecho penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-16 2018, pp. 5 y sgts. Reténgase simplemente que la crítica del autor (que sustancialmente pivota sobre la inseguridad del criterio) puede compartirse (se trata, evidentemente, de un criterio que alude a un estado psicológico) y de hecho es normalmente compartida por un amplio sector de la doctrina italiana. Lo

de profundizar en la cuestión, obsérvese que el legislador italiano habla de «abuso» del *intraneus*, lo que ha alargado el ámbito de aplicación de la concusión más allá de la amenaza o intimidación explícita y de la violencia. Es más, el *metus* de la víctima de concusión no siempre ha sido solo el causado por la conducta del *intraneus*, sino que, de acuerdo con algunos planteamientos (que tuvieron cierto predicamento jurisprudencial), para que hubiera concusión (y no corrupción), era suficiente el temor fruto del... «ambiente» que se respiraba;

3. si, con el pacto, el *extraneus* persigue un lucro (*certat de lucro captando*), es razonable pensar que haya buscado o que haya accedido libremente al acuerdo⁹¹; en cambio, el hecho de que dé dinero u otra utilidad para evitar un daño (*certat de damno vitando*) arroja dudas sobre la libertad de su determinación. Naturalmente, la «injusticia» del lucro y del daño debe tenerse en cuenta⁹².

En resumidas cuentas, teniendo en la mente la afectación a la libertad de autodeterminación del destinatario, el legislador italiano ha querido marcar una diferencia entre inducción, solicitud y constricción situando a la primera en el medio de las otras dos. Según ha afirmado la *Corte di Cassazione*,

«el concepto de “inducción” presupone un *quid pluris* respecto de la “solicitud” que se halla en «el carácter perentorio y *ultimativo* de la petición, en su naturaleza reiterada e insistente». Cuando se induce, «se ejerce

anterior, sin embargo, no implica que este criterio diferenciador deba descartarse una vez que el mismo se degrada a «índice sintomático» y se utiliza junto con otros.

⁹¹ Parte de la doctrina ha señalado que este criterio sería idóneo para distinguir la concusión de la inducción indebida a dar o prometer. En ambos casos, se dice, el *extraneus* accedería a la solicitud en el marco de una situación en la que su voluntad se halla condicionada. Empero, una cosa es que, condicionado, acceda (también) para evitar un perjuicio injusto (concusión); otra distinta es que lo haga movido (también) por la finalidad de asegurarse un beneficio indebido (en estos términos, A. FIORELLA Y S. MASSI, op. cit., p. 53).

⁹² Véase, por ejemplo, *Cassazione Penale*, Sez. VI, de 2 de marzo de 2016, n. 9429 que califica como concusión un supuesto en el que se amenaza un daño *contra ius*, lo que supone «una grave limitación de la libertad de determinación del destinatario que, sin ventaja indebida alguna, se pone frente a la alternativa de sufrir un daño o evitarlo» pagando el «soborno». En esta óptica, la inducción indebida parece poderse configurar cuando la inducción (entendida como «persuasión, sugestión, engaño, presión moral») es compatible con la obtención por parte del pagador de una ventaja personal. Véase G. L. GATTA, op. cit. En la doctrina española, parece preferir este criterio para diferenciar el cohecho del las coacciones F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Concusión...», cit., p. 15. Me limito a señalar que, *de iure condito*, la utilización de este único criterio (como parece plantear el último autor citado) entraña por lo menos dos problemas: el primero es que se corre el riesgo de corregir en vía interpretativa la decisión del legislador de tipificar como delito el cohecho impropio; la segunda es que puede terminar haciéndose depender la sanción del *intraneus* de los intereses del *extraneus*. Véase también I. VALEJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», cit., pp. 6531 y sgts. y 6539.

sobre el *extraneus* una presión superior respecto de la que es consecuencia de una mera solicitud» que, en cambio, se aprecia cuando el «público agente propone al particular un simple intercambio de favores, sin recurrir a ningún tipo de prevaricación de tal forma que la relación entre los dos sujetos se coloca en una dimensión paritaria». De la misma manera, inducir es menos que «constreñir», ya que la inducción es una «alteración del proceso volitivo ajeno, que, aun condicionado por una relación comunicativa no paritaria, conserva, respecto de la constricción, más amplios márgenes de decisión, cuya activación el ordenamiento impone para resistir a las indebidas presiones del público oficial y para no concurrir con él en la consiguiente lesión de intereses de la Administración pública»⁹³.

Mutatis mutandis, esta diferenciación se mantiene también en los delitos electorales, que, al igual que en España, se tipifican fuera del Código Penal. Los artículos 86 del *Decreto del Presidente della Repubblica* (en adelante, D.P.R.) de 16 de mayo de 1960, n. 570 (que se aplica a las elecciones *amministrative*) y 96 del D.P.R. de 6 de marzo de 1957, n. 361 (aplicable a las elecciones *politiche*), recogen delitos de corrupción electoral⁹⁴. Los artículos 87 y 97 de los textos legales citados, en cambio, tipifican supuestos que «pueden considerarse formas de extorsión electoral»⁹⁵. Y, si el primer par de normas describe las conductas típicas empleando los mismos verbos que figuran en los artículos 318 y sgts. CPI, los artículos 87 y 97 citados tipifican el hecho de quien «utiliza violencia o amenaza (...) para constreñir» pero también las conductas que consisten en utilizar «noticias (...) falsas» o «cualquier otro medio ilícito, apto para *diminuir la libertad de los electores*» (cursiva mía), ejercitando «presiones para constreñirles...».

Más que la cuestión técnica, lo que me parece destacable es la reproducción en la legislación especial del mismo esquema político-criminal del Código Penal: la atenuación de la libertad del corrupto a la hora de acceder al *pactum* hace disminuir (en este caso, desaparecer) su merecimiento de reproche a la vez que incrementa la intensidad de la sanción para el corruptor que, se entiende, contribuye a dicha disminución⁹⁶.

⁹³ Sentencia Maldera ya citada. El punto es señalado por G. L. GATTA, op. cit.

⁹⁴ Véase P. BRUNI, *L'inquinamento elettorale. Il mercimonio del voto con riferimento ai reati contro la Pubblica amministrazione e alle collusioni politico-mafiose. Aspetti penalistici*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 6 y sgts.

⁹⁵ P. BRUNI, op. cit., pp. 49 y sgts.

⁹⁶ Véase también la elección político-criminal del legislador portugués. En el Código Penal del país luso, la sección III (*Dos crimes eleitorais*) del capítulo I (*Dos crimes contra a segurança do Estado*) del título V (*Dos crimes contra o Estado*), incluye un art. 340 que tipifica la «*Coacção de eleitor*» (que comete quien «por medio de violencia, amenaza de violencia o de grave mal, constriñe el elector a votar, o impide votar u fuerza a votar en un cierto sentido» y que recibe una pena de prisión de hasta 5 años) y un art. 341 rubricado «*Fraude y corrupção de eleitor*» que, en su letra b), sanciona con una pena de hasta 1 año de prisión a quien «compra o vende voto». Véase A. MEDINA DE SEIÇA, «Artigo 341», en J. DE FIGEIREDO DIAS (DIR.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra, Coimbra editores, 2001, 308-314, a pp. 310 y sgts. Por lo que respecta a la

3.2.1. ¿La iniciativa como intimidación *iuris et de iure*?

En la tradición española, el delito de cohecho pasivo no siempre se ha sancionado de la misma manera que el activo: sin ir más lejos⁹⁷, en el Código Penal de 1995, el art. 423.2 castigaba los que «atendieran las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos» con una pena inferior en grado a la prevista para los *intranei* que tomaban la iniciativa. Parte de la doctrina no dudaba entonces en calificar al *extraneus* como «víctima»⁹⁸ de concusión que no podía alegar estado de necesidad ni miedo insuperable⁹⁹.

Incluso en el Código Penal vigente, sigue habiendo rastros de esa idea: a tenor de lo dispuesto por el art. 426, la (auto)denuncia del autor de cohecho exime de pena si quien denuncia es el «particular» que ha *accedido* a la solicitud pero nunca si el denunciante es quien ha tomado la iniciativa.

Y entonces, casi parecería tener sentido la postura del legislador penal electoral que, en el art. 146, tan solo sanciona al solicitante que toma la iniciativa pero nunca al solicitado. Casi como si la vetusta disciplina

legislación especial, el art. 152 de la LEAR (*Lei eleitoral da Assembleia da República* n. 14/79, de 16 de mayo) tipifica el delito de *Coacção e artifício fraudulento sobre o eleitor ou o candidato* en el que asume relevancia penal no solo la violencia o amenaza, sino también la utilización de engaños, artificios fraudulentos, noticias falsas o «cualquier otro medio ilícito para constreñir o inducir a votar una determinada lista o abstenerse de votar» y que no contempla sanción alguna para el inducido. El art. 155 del mismo texto legal tipifica el delito de *Corrupção eleitoral* que sanciona el hecho de quien «para persuadir alguien a votar o dejar de votar (...), ofrece, promete o concede empleo público u otra cosa o ventaja...» y sanciona de igual manera a corruptor y al «elector que acepta cualquiera de los beneficios». En la *Lei eleitoral dos órgãos das autarquias locais* (LO n. 1/2001, de 14 de agosto) también se distingue entre *Coacção* (arts. 185 y 186) y *corrupção* del elector aunque, en este ámbito, el fraude (empleo de «artificio fraudulento») se tipifica al lado de la corrupción (lo que, naturalmente, implica que la misma sanción prevista para el que engaña, también se aplica al engañado).

⁹⁷ Aunque se podría: en su artículo 473, el Código Penal de 1928 disponía que «cuando la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público al cual se haya dirigido o hayan de dirigirse, será penado como autor de cohecho solamente el funcionario y, en su caso, el tercero de que se valiere; pero nunca las personas a quienes la proposición fuera dirigida, aunque ésta haya sido aceptada y ejecutada en todo o en parte».

⁹⁸ Así F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 995. Nótese que, incluso en la jurisprudencia, es posible hallar resoluciones en las que, en el delito de cohecho, los *extranei* que corresponden un soborno se llaman «víctimas» (véase STS 782/2005, de 10 de junio, ECLI:ES:TS:2005:3745). En sentido contrario, sin embargo, N. DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 12, nota 36.

⁹⁹ Véase I. OLAIZOLA NOGALES, «Los delitos contra la Administración pública», en S. MIR PUIG Y M. CORCOY BIDASOLO (DIRS.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Madrid, Reus, 2006, 361-403, a pp. 374-375. Véase también C. MIR PUIG, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Madrid, Bosch, 2000, p. 231 quien asocia la disminución de la sanción al «temor» (cursiva del autor) del «particular que acede a la solicitud de los funcionarios».

penal electoral siguiera recogiendo el planteamiento de acuerdo con el cual la iniciativa encierra *siempre* cierto efecto intimidatorio en su destinatario y, viceversa, elimina toda sospecha acerca de un posible vicio de la voluntad de quien la asume.

Empero, aparte de lo discutible que resulta tanto el planteamiento general¹⁰⁰ como su *praesumptio iuris et de iure*, debería tenerse presente que, en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, el miedo se ha asociado con la iniciativa solo si la misma parte del funcionario-portador del «poder» de la Administración (de ahí que se haya hablado de *metus publicae potestatis*)¹⁰¹. Y este último elemento ahora falta: en el delito electoral del artículo 146.1 LOREG, quien solicita no precisa ser un funcionario público.

3.2.2. Simplificación vs. proporcionalidad

A mi modo de ver, la anterior digresión pone en evidencia el principal problema con el que ahora nos encontramos: la LOREG castiga con la misma pena a quien «solicita», a quien «induce», a quien, con violencia o intimidación, «presiona» (art. 146.1. b), a quien «impide» (que además se equipara a quien «dificulta») y considera siempre impune al elector solicitado, inducido, presionado...¹⁰².

Para explicar semejante equiparación, se ha dicho que «el legislador» habría «querido aunar de esta manera, superando el extraordinario ca-suismo de las anteriores leyes electorales, todos los supuestos que consis-

¹⁰⁰ ¿Acaso no se puede proponer (tomando la iniciativa) por temor?

¹⁰¹ De hecho, a tenor de lo dispuesto por el artículo 426 CP, la denuncia (y la colaboración) no exime de pena al funcionario público ni siquiera cuando ha accedido ocasionalmente al ofrecimiento del particular.

¹⁰² Nótese que la Ley de Delitos Electorales de 22 de junio de 1864 diferenciaba la pena (mayor) para quien «con dicerios, amenazas, concerradas o cualquier otro género de demostración intenten coartar la libertad de los electores» (art. 12.1) de la (menor) que se imponía a quienes «indujeren con dádivas a los electores a votar en favor suyo o de otro» (art. 13). Obsérvese además que, en este segundo caso, se sancionaba con la misma pena también al elector. De la misma manera, la Ley Electoral de 23 de junio de 1870 diferenciaba la «amenaza o coacción directa» (arts. 168 y 169 y caracterizada por el hecho de «obligar» o usar violencia) de la «amenaza o coacción indirecta» (arts. 170 y 171, apartados, 1, 2, 6 que parecen supuestos de soborno). La Ley Electoral de 28 de diciembre de 1878, la Ley de Elecciones de Diputados a Cortes de 26 de junio de 1890 así como la Ley de Elecciones para Diputados a Cortes y Concejales de 8 de agosto de 1907, en cambio, precisaban que las coacciones electorales podían cometerse «aunque no conste ni aparezca la intención de ejercer presión sobre los electores». Sobre la postura del legislador español en el marco comparado, puede remitirse a J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1218, nota 3. Para un breve resumen de la evolución de la postura del legislador, *Ibidem*, pp. 1219-1222 y también L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 62.

ten en el ejercicio de una *presión ilegítima* sobre los electores atentatoria de su libertad individual»¹⁰³.

Empero, aquí como en otras partes¹⁰⁴, la sensación es que la «simplificación» de la disciplina penal se hace a costa del principio de proporcionalidad que demandaría graduar las penas teniendo en cuenta si quien accede a una proposición lo hace más o menos libremente y si, quien la formula, lo hace afectando a la libre determinación de su destinatario.

4. La conducta típica

El artículo 146.1 a) de la LOREG considera penalmente relevante el hecho de «quienes por medio de recompensa, dádiva, remuneraciones o promesas de las mismas,

1. soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector o
2. le induzcan a la abstención»

4.1. *Lectura mayoritaria*

La cuestión inherente a la intensidad intimidatoria de «solicitud» e «inducción» en el delito electoral no parece haber suscitado mucha atención ni en la doctrina ni en la jurisprudencia españolas. En la práctica, ello implica que no se produce indagación alguna acerca del menoscabo de la libertad del votante: si hay solicitud de voto acompañada por dádiva... hay delito. Y el hecho de que, a diferencia del cohecho, el legislador hable aquí de «inducción» no parece considerarse relevante: todo se resuelve en una «solicitud»¹⁰⁵ y solicitar es algo que no requiere intimidación.

¹⁰³ J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1218 (cursiva mía). Acerca del «excesivo y prolijo casuismo que se» sigue manifestando «a lo largo de todo el articulado» de la parte penal de la LOREG, véase, sin embargo, M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 24.

¹⁰⁴ Sin alejarnos demasiado del tema objeto de estudio, otro ejemplo clamoroso es representado por el artículo 421 CP que, en materia de cohecho, equipara *quoad poenam* el cohecho subsiguiente al antecedente.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1222 quien sólo menciona la solicitud. En la STS 120/2021 ya citada puede leerse que «el delito se consuma con la simple solicitud del voto a algún elector o con la mera inducción a que se abstenga, en ambas hipótesis a través de uno como mínimo, de los medios comisivos anteriormente indicados, por lo que es formalmente indiferente la consecución o no del fin perseguido ya sea el logro del voto o la abstención». Empero, a la hora de explicar la afirmación realizada, añaden los magistrados (citando literalmente a la STS 731/2012, ya citada) que «el delito imputado se consuma por el mero hecho de la *solicitud*. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho» (cursiva mía). Nótese que, en la parte explicativa, la referencia a la inducción ha desaparecido.

4.1.1. La solicitud: consideraciones sistemáticas

Por lo que respecta a la «solicitud», la interpretación apuntada parece encontrar confirmación en el uso «habitual» que hace del término el legislador penal.

Y, en efecto, en el Código Penal, teniendo como objeto «dádivas», la acción típica se describe utilizando el verbo «solicitar»: en los artículos 419 sgts.¹⁰⁶, 471-bis.⁷¹⁰⁷ y 286-bis para describir la conducta de cohecho pasivo¹⁰⁸; en el artículo 430 (tráfico de influencias) y en el artículo 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas¹⁰⁹). En todos estos casos¹¹⁰, la interpretación mayoritaria no sugiere la caracterización de la «solicitud» con ningún tipo de especial «contundencia». Al contrario, para considerar realizada la conducta típica de solicitar, es suficiente «pedir» e incluso insinuar¹¹¹.

¹⁰⁶ Sobre el significado que doctrina y jurisprudencia atribuyen a la solicitud en el delito de cohecho, véase C. GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 131 y sgts.

¹⁰⁷ Aunque aquí el objeto de la solicitud (o de la aceptación) es literalmente «un soborno».

¹⁰⁸ *Mutatis mutandis*, también puede remitirse al art. 286-ter que describe la conducta típica de cohecho activo incluyendo la modalidad en la que el *extraneus* atiende a las «solicitudes» del *intraneus*.

¹⁰⁹ Sea suficiente la remisión a C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 440.

¹¹⁰ Lo mismo cabe decir del artículo 579.2 CP en el que la lectura mayoritaria equipara «solicitar» a «proponer». Reténgase que, en ese caso, la doctrina ha subrayado los reparos que suscita «la equiparación penológica» de la solicitud del art. 579.2 con la provocación del art. 579.1 CP. (véase M^a. L. CUERDA ARNAU, «Delitos contra el orden público», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 807-862, a p. 860). Sobre la solicitud del art. 579.2, véase también J. A. COLMENERO GUERRA, «La protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales vinculadas al “discurso terrorista”», en A. GALÁN MUÑOZ Y M^a. C. GÓMEZ RIVERO (DIRS.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, 627-720, a p. 654 quien, sin embargo, considera que solicitar «es un acto de inducción individual o personal». Significativas pueden resultar también las contribuciones de E. NÚÑEZ CASTAÑO, «La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista», en *Revista penal*, n. 49, 2022, 77-100, a pp. 92-93 y de A. GALÁN MUÑOZ, «Unión Europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (DIR.), *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 351-388, a pp. 366-367. Ambos autores coinciden a la hora de señalar que la solicitud del art. 579.2 no es sino una inducción intentada. La diferencia es que, mientras, según Galán Muñoz, su tipificación expresa era necesaria, para Núñez Castaño, la misma no lo era en virtud de la distinta inteligencia que la autora mantiene respecto del alcance del art. 17.2 CP.

¹¹¹ Véase STS 507/2020, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3191), en la que se lee que «solicitar es pedir; supone una declaración unilateral de voluntad dirigida a otra persona, por la que, en este caso, el funcionario o autoridad pide recibir una dádiva o presente para realizar a cambio un acto en el ejercicio de su cargo. La petición puede ser de manera expresa o tácita, oral o escrita, por sí o por persona interpuesta, y por el propio significado

Pero *ictu oculi*, en el delito electoral, la dádiva no es el objeto de la solicitud sino algo que la acompaña; lo que se solicita es, en realidad, un comportamiento del solicitado (votar o abstenerse de votar) distinto a «dar». Entonces, si redirigimos la búsqueda hacia supuestos en los que el Código Penal describe la acción típica con el verbo solicitar pero cuyo objeto no es una «dádiva», nos encontraremos con solicitudes (de comportamientos sexuales) cuya tipicidad ha sido, con carácter general, condicionada a cierta conculcación del «proceso de formación de la voluntad de las personas [destinatarias de la solicitud] para producirse en la esfera sexual de manera espontánea»¹¹², lo que parece sugerir que la solicitud *implica* intimidación. Eso acontecería en los artículos 443 CP (en el que el funcionario público solicita «sexualmente») ¹¹³ y, *mutatis mutandis*, 184.1 y 188.4 (en los que lo que se solicita son «favores de naturaleza sexual» y «una relación sexual», respectivamente).

Ciertamente, *de lege ferenda*, si, en el delito electoral que ahora estudiamos, el bien jurídico que el legislador pretende proteger es la libre determinación del votante, la solicitud debería haberse, como mínimo, acompañado por adverbios o notas de contexto que sugieran un menoscabo de la libertad de su destinatario¹¹⁴. Y, si añadimos que aquí el supuesto se acerca al cohecho activo (que no pasivo), lo suyo sería sustituir el verbo por otro más ... contundente y desde luego distinto al que se utiliza en el cohecho para describir la conducta del *intraneus*¹¹⁵.

del verbo no se requiere un real acuerdo entre el funcionario o autoridad y el tercero, solo la manifestación externa de la voluntad por parte del sujeto».

¹¹² E. ORTOS BERENGUER, «Lección XXXVIII. Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (DIR.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 719-740, a p. 739.

¹¹³ Véase F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento...», cit., que entiende que, en el delito *de quo*, la solicitud incluye necesariamente cierta «intimidación», lo que la hace incompatible con el consentimiento del solicitado.

¹¹⁴ Obsérvese que, en los supuestos de solicitud relacionada con el sexo, el carácter intimidatorio no parece hallarse *solo* en la «solicitud», sino que el legislador ha añadido adjetivos o notas de contexto que sugieren (cuando no describen expresamente) un menoscabo de la libertad del solicitado o un vicio en su manifestación: en el caso del artículo 188.4, el vicio del consentimiento es sugerido por las características del destinatario de la solicitud; en el delito tipificado en el art. 184 CP, la solicitud es típica tan solo si provoca «a la víctima una situación objetiva gravemente intimidatoria, hostil o humillante»; por último, en el supuesto descrito por el artículo 443 CP, el contexto (que la persona solicitada tenga «pretensiones pendientes...» ante el funcionario público o que se halle «sujeta a (...) guarda» del mismo) hace plausible e incluso sugiere cierta situación de sujeción (excluyendo, no obstante, que se trate de una *praesumptio iuris et de iure* de lesión del bien jurídico protegido).

¹¹⁵ El propio Morillas (L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 186) reconoce la necesidad de un cambio normativo que explicite la mayor contundencia que pretende asociar a la solicitud. *De iure condendo*, podrían resultar sugerentes las reflexiones de doctrina y jurisprudencia acerca del verbo «influir» empleado en el delito de tráfico de influencias (véase, entre muchos, J. BARQUÍN SANZ, «Tráfico de influencias,

Empero, ya *de lege lata*, como hemos visto, entender la solicitud del art. 146.1 a) equivalente a la solicitud del cohecho tendría repercusiones en materia de bien jurídico y obligaría a replegar sobre la libertad del elector como ausencia de «condicionamientos», lo que no encaja bien con la consideración del votante como víctima¹¹⁶.

Así las cosas, una vez anotadas las dudas que suscita la elección terminológica del legislador, conviene explorar otras opciones interpretativas.

4.2. Una interpretación político-criminalmente orientada por el bien jurídico...

Morillas Cueva parece sugerir un camino distinto. A la hora de contestar al interrogante inherente a la componente coercitiva de la conducta típica, la sensación es que, para el ilustre penalista, ni la «solicitud» del artículo 146 LOREG es la misma solicitud del cohecho, ni la inducción del delito electoral es la del artículo 28 a) CP: en la exégesis propuesta por el autor, ambos términos terminan encontrándose en una especie de punto medio¹¹⁷. De hecho, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, argumenta Morillas que, en el delito electoral, la «solicitud» debería entenderse no ya como simple «petición», sino, de forma más «contundente», como «requerimiento» o «instancia»¹¹⁸. Respecto de la «inducción», una vez descartada la relevancia de la omisión¹¹⁹, el autor aclara que, puesto que, en el delito electoral, «no se induce a la comisión de una infracción delictiva sino a una abstención en una votación», la misma no precisa aquí de los requisitos contemplados por el artículo 28 a) CP

corrupción política y razonable intervención penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 123, 2017, 83-137, a pp. 114 y sgts.; F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código Penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 99).

¹¹⁶ Véase *supra* apartado 2.6.

¹¹⁷ L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754.

¹¹⁸ Así L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 186; *Idem*, *Los delitos electorales...*, cit., p. 63 en donde considera que solicitar es sinónimo de «pretender»; en el mismo sentido, *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 753.

¹¹⁹ L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., pp. 186-187, haciendo referencia, por otra parte, a la doctrina que se ha pronunciado sobre el particular con respecto a la inducción a cometer delitos (por ejemplo, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 7ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2005, p. 405). Véase también E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Aspectos controvertidos de las figuras de ejercicio de influencias sobre funcionario o autoridad», en *Estudios penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, 1043-1069, a p. 1054.

y no solo puede ser directa o indirecta¹²⁰, sino que tampoco necesita ser eficaz¹²¹. Se trata, dice Morillas, de algo parecido a una «instigación»¹²².

A mi modo de ver, la virtud de esta propuesta interpretativa es que consigue dotar a la norma de coherencia interna, dejando intacta cierta plausibilidad político-criminal del tipo, a la vez que acompasa su exégesis al bien jurídico protegido. Pero, en la práctica, corre el riesgo de no distanciarse lo suficiente de la lectura mayoritaria que, como hemos visto, sustancialmente obvia cualquier indagación sobre la existencia de un menoscabo real de la libertad del elector. Si seguimos a Morillas, como mucho, podremos exigir al juez que se pregunte acerca de la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido y que excluya la tipicidad (por lo menos, como delito consumado) de solicitud e inducción abierta, inmediata y contundentemente rechazadas. Pero, la tesis deja intacta la posibilidad de que, en la mayoría de los casos, el peligro se siga entendiendo como abstractamente típico en el momento en el que se realiza la conducta, con lo que el «miedo» del solicitado se terminará infiriendo solo de la actitud del solicitante.

Por esas razones, me pregunto si no es posible ir más allá de lo que propone el autor y llevar el planteamiento esbozado en materia de bien jurídico hasta sus últimas consecuencias. Para ello, empecemos por cuestionar los argumentos que esgrime Morillas para descartar que la inducción del art. 146.1 a) tenga las características del art. 28 a) CP.

4.3. La inducción

Ya hemos dicho que no convence el entendimiento mayoritario del delito electoral que sustancialmente obvia la peculiaridad de la descripción típica que se caracteriza respecto del cohecho por el empleo del verbo «inducir».

Al contrario, ver al inductor como a alguien que adopta «un papel preponderante en la formación de la voluntad»¹²³ del inducido no solo

¹²⁰ L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 187; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754.

¹²¹ L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 195; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 763. Sin embargo, obsérvese que el mismo autor parece requerir cierta eficacia causal de la inducción: véase L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754 en donde concreta «la reiterada inducción electoral como *causación* objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico, motivado por alguno de los medios descritos en la precitada letra a) del artículo 146.1, en otro, de la resolución por parte de éste de una conducta de abstención en un proceso electoral» (cursiva mía).

¹²² L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64.

¹²³ M^a. C. GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 78 y 406.

pone en valor en clave sistemática la elección lingüística del legislador, sino que entronca mejor con el bien jurídico protegido y, por ende, con la solución penológica de la LOREG (que, conviene recordarlo, contempla para el autor del delito que ahora estudiamos la misma pena que el artículo 172 CP y, sobre todo, la impunidad del inducido).

En el mismo sentido, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 138 LOREG, los argumentos que avalan una interpretación del verbo inducir que prescinda del artículo 28 a) CP no parecen concluyentes. De hecho, la principal razón que se esgrime (que, a fin de cuentas, no estamos aquí ante una inducción a delinquir) tiene su revés: si, para ser penalmente relevante, la inducción a realizar una acción constitutiva de delito precisa ser directa y eficaz, *a fortiori*, dichos requisitos tendrían que exigirse toda vez que se pretenda delictiva la inducción a realizar un comportamiento, de por sí, lícito¹²⁴. Salvo, claro está (por muy criticable que parezca) que el legislador diga lo contrario, cosa que aquí no acontece: el tenor literal del artículo 146.1 a) impone referir los adverbios «directa o indirectamente» a la solicitud¹²⁵ pero no a la inducción, por lo que, *a contrario sensu*, no parece peregrino entender que la inducción precisa ser directa.

De la misma manera, podría apuntarse que no es infrecuente que el Código Penal tipifique como delito la «inducción» a realizar una conducta en sí no constitutiva de delito y que ello no es óbice para que se condicione la tipicidad a la presencia de los requisitos del artículo 28 a) del propio Código: entre otros casos, piénsese en la inducción al suicidio

¹²⁴ Sobre la posibilidad de que la inducción siga manteniendo las características desglosadas por el artículo 28 a) incluso cuando el legislador tipifica expresamente como delito la inducción a realizar un comportamiento no delictivo, véase F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 444 quienes advierten que, para que pueda hablarse de inducción, no es suficiente «la simple recomendación o consejo». Plantea expresamente el problema con respecto al art. 146.1 a) M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁵ En la jurisprudencia, véase la STS 120/2021 ya citada en la que se lee que (FJ IX) «la solicitud puede llevarse a cabo de forma directa o indirecta y, que, lo relevante es que un elector ve como es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, coincida o no con su voluntad, influyendo espuriamente en ésta, con recompensa, dádiva o remuneración, que, con la solicitud de voto, se efectúa, bien a favor del mismo elector, bien de cualquier otra persona, si esa remuneración, recompensa o dádiva puede influir; forzándola, en la voluntad del titular del derecho de voto». Asimismo, en la STS 731/2012 ya citada (FJ XII), se insiste en que «la autoría del delito se realiza tanto por quien se dirige personalmente al requerido como por quien lo hace a través de otro. Y ello porque cuando el mensaje se transmite a medio de un nuncio, el emiteente no es éste, sino quien se lo confía para hacerlo llegar al destinatario. Y, en el caso de que la oferta exija plurales contribuciones a favor del requerido, serán sujetos activos todos los que con tal contribución hacen posible el riesgo de torcimiento de la voluntad del elector sobornado, porque todos ellos son solicitantes del sentido de su voto».

del artículo 143 CP¹²⁶ y en la inducción de los artículos 224¹²⁷ y 188¹²⁸ CP¹²⁹.

Ahora, subordinar la tipicidad a la eficacia de la inducción repercute sobre la acotación del momento consumativo del delito.

¹²⁶ Véase F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., 2022, p. 70 que requiere que la inducción (a realizar un hecho atípico) sea «directa y eficaz», añadiendo que «el suicida debe decidir privarse de la vida a causa de la inducción. No existe inducción si estaba ya decidido a quitarse la vida». En el mismo sentido, J. C. CARBONELL MATEU, «Homicidio y sus formas: suicidio y eutanasia», en T. S. VIVES ANTÓN (DIR.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 85-96, a p. 90.

¹²⁷ Véase F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., 2022, p. 345 quien postula que la inducción «ha de ser directa y eficaz, por ejemplo, dándole dinero, ofreciéndole un empleo, o influyendo notablemente en su decisión; no es típico, por tanto (...) el mero consejo o recomendación» (cursiva mía). Véase también J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 390-391 quien recuerda que, en este caso, «como toda inducción ha de ser por medios psicológicos directa y eficaz; tales características habrán de ser valoradas en atención a la edad del sujeto pasivo y a su grado de desarrollo intelectual. El inductor deberá producir la resolución en el menor de abandonar su hogar; no es suficiente ni despertar la idea ni reforzarla. Se trata, en fin, de un delito de participación: es decir, se castiga un comportamiento accesorio por no ser punible la conducta del autor; aquí, del que se va del hogar familiar».

¹²⁸ Véase, entre muchos, M^a. M. GONZÁLEZ TASCÓN, «La explotación sexual de los menores: el caso de la prostitución del menor», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 122, 2017, 133-196, a pp. 162 y sgts. quien, entre las conductas de intermediación, distingue «aquellas en las que el sujeto activo del delito ostenta un papel decisivo en la prostitución del menor o un mayor protagonismo» (señalado expresamente a la inducción) y anota que el legislador las ha equiparado en gravedad «no obstante la distinta influencia de unas y otras en la prostitución del menor». Sobre el momento consumativo del delito, parece poderse configurar una discusión doctrinal parecida a la que aquí aludimos (*Ibidem*, nota 59 y la bibliografía ahí mencionada). Sin ánimo de adentrarme ahora en la *querelle* respecto del delito tipificado con arreglo al art. 188 CP, me limito a observar que el legislador equipara ahí la inducción a la promoción, favorecimiento o facilitación teniendo todos los verbos rectores tienen el mismo objeto (la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección). En el caso del delito electoral que ahora estudiamos, en cambio, el legislador distingue claramente el ámbito de operatividad de la solicitud y de la inducción: en el primer caso, el objeto de la acción es «el voto»; en el segundo, «la abstención».

¹²⁹ Y, si se quiere, del art. 611, 9º (atentado contra la libertad sexual de persona protegida cometiendo prostitución inducida o forzada). Incluso en el delito de tráfico de influencias, parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha acercado la «influencia» a la inducción «en sentido jurídico penal» (véase E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Aspectos...», cit., p. 1050, nota 30, aunque, en sentido contrario, *Ibidem*, pp. 1063-1064). Véase también F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, *Los delitos de ejercicio...*, cit., pp. 199-201; E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, op. cit., pp. 8-12 quien atribuye el rasgo de superioridad al «influir» que no al «prevalerse» y aclara que, «para ser típicos, los actos de influencia han de poseer capacidad suficiente de subordinación o condicionamiento significativo del funcionario en cuestión (como de cualquiera otro de su mismo «ámbito de relación») hacia el sujeto activo» y que la influencia ha de ser eficaz y directa.

4.4. Consumación, tentativa y actos preparatorios

4.4.1. La interpretación mayoritaria

La interpretación mayoritaria sitúa la consumación del delito en el momento en el que se produce la solicitud o la inducción¹³⁰, con independencia de que sean directas o indirectas o de que el votante ya estuviese decidido a abstenerse o a suscribir con su voto la misma opción electoral solicitada¹³¹. En el delito electoral, el legislador habría adelantado la punibilidad a un momento anterior a la lesión del bien jurídico protegido: no solo da igual que el votante efectivamente vote en un sentido o en otro, sino que resulta indiferente que acceda o no a pactar su voto. ¡Es delictiva incluso la solicitud abiertamente rechazada!

4.4.2. ¿Y la tentativa?

Al igual que en el cohecho, la configurabilidad de la tentativa dependerá de si, para que la solicitud¹³² se considere penalmente relevante, se exige que la misma llegue a su destinatario¹³³. En caso de respuesta afirmativa, por lo menos en un laboratorio, es perfectamente imaginable que el hipotético sobre que contiene la promesa o la dádiva sea interceptado antes de llegar a su destino (lo que podrá rubricarse como tentativa).

Por otra parte, que esa «tentativa» sea punible, puede cuestionarse a partir del hecho de que el delito se consuma antes de que se selle el pacto (y de que el votante efectivamente actúe según lo pactado¹³⁴), lo que im-

¹³⁰ En la jurisprudencia, especialmente clara es la STS 731/2012 ya citada, FJ III, *in fine*, donde se lee que «el delito (...) se consuma por el mero hecho de la solicitud. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho». En la doctrina, véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268; en el mismo sentido, M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 32.

¹³¹ En este sentido, véase la ya citada STS 731/2012 en la que se afirma que «lo relevante es que un elector (...) ve como es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, *coincida o no con su voluntad*» (cursiva mía). En doctrina, véase M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 32.

¹³² Resulta relativamente complicado imaginar situaciones de tentativa de inducción a la abstención punibles. La cuestión extralimita claramente este trabajo. Piénsese, por ejemplo, en las diferentes soluciones que, de acuerdo con el planteamiento de partida que se mantenga, se darán al supuesto del inductor que, por medio de dádivas, trata de comprar la abstención de un elector, no sabiendo que éste ya ha votado por correo. Sobre las dificultades que plantea la tentativa en los supuestos omisivos, véase, por ejemplo, A. KAUFMANN, op. cit., pp. 64 y 221 sgts. quien aclara que «quien pudo llegar a la conclusión objetivamente errónea de que determinada acción era factible es capaz de una acción de tentativa».

¹³³ Una vez más, para el debate en materia de cohecho, se remite a C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 498 y sgts.

¹³⁴ La afectación al bien jurídico se configurará de forma distinta según la opción que se elija: si se opta por una reconstrucción en clave supraindividual o por la «imparcialidad»

plica que estamos ante un delito de peligro (de peligro¹³⁵)¹³⁶. Así las cosas, aceptar la punibilidad de la tentativa implicaría considerar penalmente típico el peligro de peligro (de peligro) de lesión del bien jurídico, lo que parece excesivo. Dicho de otra forma, si el legislador coloca el momento consumativo en el comienzo de la ejecución de la acción encaminada a la lesión del bien jurídico (que, según la reconstrucción que se prefiera, se produce en el momento de la aceptación de la solicitud o del voto), todo lo anterior a la solicitud es acto preparatorio que el artículo 18 CP quiere no punible salvo disposición expresa en sentido contrario. Además, en la Ley electoral, no existe un *pendant* del artículo 445 CP¹³⁷ y, como es sabido, si *ubi lex voluit, dixit, ubi non dixit, noluit*.

4.4.3. Puntos problemáticos de la solución mayoritaria

Sea como fuere, el problema viene de situar el momento consumativo en la mera solicitud, sea o no aceptada. Y no se trata solo de un excesivo adelantamiento de la respuesta penal respecto de la afectación del bien jurídico, sino, sobre todo, de una equiparación en cuanto a pena de situaciones en las que el mismo (la libertad del elector) se pone en peligro o se lesiona (solicitud aceptada por miedo; voto o abstención emitidos con miedo) o debe directamente excluirse (negativa del solicitado que «manda a paseo» al solicitante).

O, lo que es lo mismo, con un planteamiento más propio de un Derecho penal de autor, se ancla el (no) merecimiento de sanción del solicitado tan solo a la conducta del solicitante, sin indagar el efecto *realmente* producido por solicitud o inducción en la formación de la voluntad del elector en el caso concreto¹³⁸.

del votante, la *lesión* se produce en el momento en el que éste accede a la solicitud. Si, en cambio, como parece preferible *de lege lata*, se opta por la libertad individual del elector *a la hora de votar*, la lesión del bien jurídico se constata cuando se produce el voto (o la abstención).

¹³⁵ Según la reconstrucción del bien jurídico que se prefiera, se trata de un peligro de lesión (si se considera que el bien jurídico se lesiona en el momento en el que se pacta) o de un peligro de peligro de lesión (si se considera que el bien jurídico se lesiona en el momento en el que se produce el voto o la abstención).

¹³⁶ Véase, por ejemplo, M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 31 quien afirma literalmente que el delito que ahora estudiamos es la tipificación de un «intento de corrupción del elector».

¹³⁷ A mi modo de ver, esta norma impone al intérprete un esfuerzo exegético que permita configurar el delito de cohecho de tal forma que sea imaginable (y punible) la tentativa, ya que carece de sentido establecer la punibilidad de actos preparatorios sin que a la vez resulte relevante penalmente la tentativa.

¹³⁸ *Mutatis mutandis*, véase A. FIORELLA Y S. MASSI, op. cit., pp. 46 y sgts.

4.4.4. Consecuencias de la eficacia de la inducción sobre la consumación del delito

Exigir la eficacia de la inducción implicaría que, para que el delito se consume, cuando lo que se le pide es que no vote, sería preciso que el elector efectivamente se abstenga de votar¹³⁹. Así razonando, la consumación se produciría una vez que se ha comprobado el resultado lesivo del bien jurídico protegido, lo que, puestos a valorar la legitimidad de la intervención penal, parece preferible.

Amén de ello, también habría que excluir la tipicidad de aquellos supuestos en los que el elector estuviera ya decidido a abstenerse con carácter previo a la intervención del corruptor¹⁴⁰, lo que, una vez más, entron-

¹³⁹ Pueden resultar útiles aquí las consideraciones de la doctrina en materia de inducción al suicidio (véase, entre otros, M. Á. BAJO FERNÁNDEZ, «Inducción y Cooperación al Suicidio», en M. Á. BAJO FERNÁNDEZ (DIR.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, Vol. I., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, 247-280, a pp. 259-262; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., 2022, pp. 68-69. Cuestión distinta es que pueda aquí reproducirse el debate inherente al encuadramiento de la «muerte» como resultado material o condición objetiva de punibilidad (en este segundo sentido, por ejemplo, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 182-184; véase también J. C. CARBONELL MATEU, op. cit., pp. 97-98 con ciertos matices). El hecho es que, aunque se opte por considerar el evento inducido como resultado material, en el delito electoral, se induce a la realización de un comportamiento omisivo, lo que, naturalmente, complica las cosas en cuanto a configurabilidad del comienzo de ejecución. Naturalmente, opina en sentido contrario L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64 quien, como ya hemos visto, considera que, tanto en la solicitud como en la inducción, «es indiferente la consecución o no del fin perseguido: el logro del voto o la abstención». En la jurisprudencia, nótese que, en la SAP Las Palmas, 113/2002, de 12 de julio (ECLI:ES:APGC:2002:1752), puestos delante del supuesto del art. 146.1 b), los magistrados no dudan de que «el nudo gordiano de la cuestión» estriba en saber si los presionados votaron o no con contra de su voluntad «o mejor dicho ¿votaron a un candidato que ellas no querían?».

¹⁴⁰ Véase M^a. C. GÓMEZ RIVERO, op. cit., pp. 404 y sgts. Ciertamente, podría cuestionarse la posible relevancia penal del supuesto en el que el votante se dirige al corruptor explicándole que se abstendrá si éste le abona dinero. Si, en caso de respuesta afirmativa del corruptor, pueda hablarse o no de inducción (y, por lo tanto, se le pueda aplicar al corruptor la sanción prevista por el art. 146 LOREG), es cosa ciertamente discutible (*Ibidem*, págs. 427 sgts. quien parece sugerir una respuesta negativa. Véase también N. DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 247). Viendo las cosas una poco más de cerca, como sugiere la doctrina especializada, (M^a. C. GÓMEZ RIVERO, op. cit., pp. 429 sgts.), podríamos imaginar, por lo menos, dos escenarios: en el primero, todo nace del votante quien se auto-ofrece a abstenerse de votar a cambio de una dádiva; en el segundo, frente a la petición de abstención formulada por el *extraneus*, el elector (previamente decidido a votar) demanda una recompensa para no hacerlo. Pues bien, en mi opinión, convendría recordar que nos hallamos fuera del ámbito típico delineado por el art. 146.1 a) LOREG (que, como hemos visto, parece apuntar a proteger la «libertad» del elector y no la posibilidad de decidir sin interferencias espurias) toda vez que el votante se autodetermina (con relación a su voto) libremente: y me parece que no puede seriamente dudarse de que actúa libremente quien, previamente decidido a comerciar con su voto, solicita a cambio una dádiva. Y si alguna duda surgiera en el segundo de los supuestos planteados (el votante cambia de idea respecto al voto por la solicitud/inducción, pero es él quien pide a cambio una

ca mejor con el bien jurídico protegido: malamente puede afirmarse que se abstiene por miedo quien, antes de que se lo provocaran, ya estuviera decidido a abstenerse¹⁴¹.

Por último, solo sería típica la inducción directa, siendo irrelevante el supuesto en el que el corruptor se vale de intermediarios y siendo necesario que la misma se dirija hacia un votante concreto¹⁴².

4.4.5. ¿Un delito «a dos velocidades»?

Las anteriores consideraciones podrían sugerir la posibilidad de entender el delito del art. 146.1 a) LOREG como un tipo penal «a dos velocidades». Podría decirse que el legislador habría distinguido según que lo que se pida al votante sea votar de una determinada manera o abstenerse de votar¹⁴³.

Dicha opción interpretativa solo cobra sentido si se acepta que el peligro para el correcto funcionamiento del sistema democrático-electoral (*ratio* de la norma) se percibe más acuciante en el primer caso (se pretende que alguien vote de una determinada manera) y menos alarmante en el segundo (lo que se quiere es que una persona con derecho a ello, no vote)¹⁴⁴.

A faltas de investigaciones criminológicas concluyentes acerca del diferente impacto sobre el funcionamiento democrático de las elecciones del voto y de la abstención no libres, lo cierto es que, *de lege ferenda*, una opción legislativa que diferencie (no ya entre voto y abstención, sino) entre el votante-atemorizado (inducido) y el que *libremente* se deja corromper (solicitado), si oportunamente acompañada por los convenientes arreglos penológicos, probablemente cosecharía consensos y, desde

dádiva), convendría responder que, de dos una: o bien el votante es inducido *por medio de una recompensa* o bien es él quien induce a que le den una recompensa. Y, planteada la cuestión en esos términos, el injusto típico tan solo abarca al primer caso, ya que la norma es suficientemente clara al respecto: la inducción que tiene como destino al elector solo es penalmente relevante si se realiza por medio de dádivas, lo que implica que, para que el supuesto resulte subsumible en el art. 146.1 a) LOREG, quien ha de poner encima de la mesa una recompensa es el inductor y no el votante. El supuesto en el que el inductor se limita a «pedir» la abstención sin prospectar una dádiva, es, evidentemente, atípico.

¹⁴¹ Sobre la necesidad de que la inducción sea directa, diremos en seguida.

¹⁴² Respecto de la inducción en el artículo 28 CP, véase J. C. FERRÉ OLIVÉ, «Autoría y participación», en I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ET AL. (DIRS.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2016, 363-393, a pp. 372-373.

¹⁴³ Plantea esa posibilidad también M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 65.

¹⁴⁴ Y el argumento podría incluso hallar cierto respaldo en el análisis de los supuestos llegados a conocimiento de los tribunales: en los repertorios de jurisprudencia, no he sido capaz de encontrar ni un solo caso en el que se discutiera de la aplicación del delito tipificado con arreglo al artículo 146.1 a) en la modalidad de inducción a la abstención.

luego, parecería fácilmente defendible, colocándose en línea con algunas soluciones empleadas en el Derecho penal electoral comparado¹⁴⁵.

Empero, *de lege lata*, el talón de Aquiles de cualquier opción interpretativa que implique sancionar con arreglo al art. 146.1 a) al «corruptor» de votantes que libremente comercian con su voto es su incompatibilidad con el mensaje que el legislador da alto y claro: que, sea solicitado, sea inducido, quien vende su voto no es punible. Como hemos visto, es difícil compatibilizar esta idea con la tipicidad de una solicitud no intimidatoria.

4.5. Toma de postura

Como ya hemos dicho, la doctrina y la jurisprudencia entienden que solicitud e inducción implican la afectación de un mismo bien jurídico, lo que descarta una atrevida solución «a dos velocidades» como la esbozada aquí arriba. Y la elección penológica del legislador apunta desde luego en esa misma dirección, ratificando su inviabilidad.

La alternativa más cotizada ignora el carácter coercitivo de la conducta, descafeinando la inducción y equiparándola a la solicitud. Así procediendo, sin embargo, se termina eximiendo al juzgador de comprobar la existencia de todo tipo de nexo entre la conducta típica y el bien jurídico¹⁴⁶. Y naturalmente, eso equivale a hacer oídos sordos ante el mensaje legislativo inherente a la impunidad del votante.

Entonces, aun aceptando considerar como sinónimas las palabras «solicitud» e «inducción», ¿por qué debería el intérprete convertir la inducción del art. 28 a) CP en una solicitud igual a la del cohecho pasivo¹⁴⁷? ¿No sería preferible, en sentido contrario, exigir que la solicitud también tenga aquí las características del art. 28 a) CP (salvo, claro está, que sea directa, ya que el art. 146.1 a) LOREG considera típica también la indirecta)¹⁴⁸? O, dicho de otro modo, la exigencia de mantener cierta

¹⁴⁵ Véase *supra* el apartado 3.2 y la nota 96.

¹⁴⁶ Y, de hecho, en la jurisprudencia que se ha ocupado del art. 146.1 a), más allá de genéricas afirmaciones alrededor del bien jurídico protegido, la indagación de la presencia en el caso concreto de algún menoscabo a la libertad del votante ha brillado por su ausencia.

¹⁴⁷ Particularmente clara M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸ Visto que una lectura sistemática anclada a la *litera legis* sugiere que solicitud e inducción tengan un alcance distinto, mientras que la doctrina (acompañada por la jurisprudencia) ha querido corregir el legislador ampliando el espectro aplicativo del precepto dando a la «inducción» el mismo alcance de la solicitud, de querer admitir como inevitable la corrección interpretativa, lo que aquí se considera preferible es resolver la *querelle* al revés, adoptando un punto de vista restrictivo que, dicho sea de paso, es el único compatible con el bien jurídico protegido y con la elección legislativa de dejar impune al votante que vende su voto. Nótese además que, incluso en la manualística de parte

simetría en el precepto compatibiliza mejor la *litera legis* con una afectación tangible del bien jurídico protegido si se exige la eficacia de la solicitud (y de la inducción)¹⁴⁹. Así procediendo, se desplaza el momento consumativo del delito al voto/no voto, y, con ello, resulta viable exigir al juez un juicio *ex post* acerca de la efectiva presencia de un menoscabo de la libertad del elector *en el momento del voto*.

5. La recompensa, dádiva, remuneración o promesa: consideraciones sistemáticas

Sobre el significado de cada uno de estos términos, demos por reproducidas las consideraciones formuladas por la doctrina y por la jurisprudencia que se han ocupado del delito de cohecho¹⁵⁰. Limitémonos ahora a dedicar algo de espacio a algunos apuntes sugeridos por una redacción peculiar, algo imprecisa e innecesariamente amplia y repetitiva¹⁵¹ del artículo 146.1 a).

5.1. ¿Recompensa?

En el Código Penal, habla de «recompensa»¹⁵² el artículo 421 que utiliza la palabra para describir el objeto material de la conducta de cohecho subsiguiente en el que la dádiva, favor o retribución se recibe, solicita, promete u ofrece *después* de que el *intraneus* ha realizado la

general, se enseña que «el influjo psíquico» propio de la inducción, «podrá consistir en (...) una *solicitud* (...) siempre que posea(n) la suficiente intensidad para que aparezca como *adecuada* y pueda fundar la imputación objetiva. *La presencia de precio o promesa* reforzará el sentido del influjo psíquico...» (así S. MIR PUIG, op. cit., p. 404, cursiva mía). Véase también N. DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 246.

¹⁴⁹ Admitir la tipicidad de la inducción indirecta significaría, en cambio, avalar una analogía *in malam partem* proscrita en el ámbito penal. Así que, por muy deseable que parezca que cometiera el delito incluso el inductor que se vale de intermediarios, *de lege lata*, hay que descartarlo: aunque se equivoque, se trata de una elección que solo compete al legislador y en ningún caso al intérprete.

¹⁵⁰ Véase también L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64. Según el autor, «recompensar es premiar un beneficio, favor, virtud o mérito (premiar el favor del voto o de la abstención). Dádiva en un sentido gramatical es la acción de dar algo como merced. Jurídicamente, se puede afinar aún más y definirla como “lo que se da graciosamente a alguien para tenerlo propicio a una determinada finalidad” (...). Remunerar es equivalente a recompensar, premiar, galardonar».

¹⁵¹ Así también L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64.

¹⁵² La LO 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral, cambió el plural «recompensas» por el actual singular «recompensa».

actuación «comprada»¹⁵³. En el delito electoral, la conducta típica parece lógicamente incompatible con el esquema subsiguiente (¿cómo se puede solicitar o inducir a alguien a hacer algo que se sabe que ya ha hecho?) de tal forma que parecería poderse sugerir al legislador la eliminación de este sustantivo que, por otra parte, parece pleonástico¹⁵⁴.

5.2. *La irrelevancia del cohecho de facilitación y la cuestión de los munuscula*

El legislador penal electoral no ha contemplado un *pendant* del cohecho de facilitación del artículo 422 CP en el que dádiva o regalo se otorgan *en consideración a* la función y no *a cambio de* un acto a realizarse o realizado por quien la desempeña. Y, de hecho, para describir los medios típicos de los que se vale quien solicita el voto, el art. 146.1 a) LOREG utiliza la palabra «remuneración» que recuerda a la «retribución» de los artículos 419, 420, 421 y 424 CP (aquí también sería preferible cierta uniformidad). El término sugiere una relación sinalagmática (*quid pro quo*) en virtud de la cual parece razonable exigir que la «dádiva» resulte *intercambiada con* el voto o la abstención, lo que implica que

1. tanto la prestación ofrecida (dádiva) como la que se solicita (voto) o induce (no voto) han de estar suficientemente determinadas: por ejemplo, no debería considerarse típico el supuesto en el que se solicita apoyo (no explícitamente el voto) a cambio de genéricas promesas de que se favorecerá (sin concretar cómo) a uno o varios electores¹⁵⁵;

¹⁵³ Y no, como se ha recientemente afirmado (E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El cohecho...», cit., p. 643), cuando existe un acuerdo previo a la realización del acto del cargo.

¹⁵⁴ De hecho, como se ha observado, recompensar es lo mismo que remunerar (L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 757). Nótese que, como acontece a menudo, los pleonasmos pueden no resultar inocuos: véase, por ejemplo, la distinción que propone M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 64 sobre la que volveremos en seguida.

¹⁵⁵ Quizás pueda leerse en este sentido la solución del ATSJ Castilla-La Mancha, de 2 de noviembre de 1999 (ARP 1999/5369) en el que la sospecha de delito electoral tipificado con arreglo al artículo 146.1-a) se levanta en relación con una carta suscrita por el alcalde del municipio de Pozuelo de Calatrava y candidato del Partido Popular a las elecciones municipales y autonómicas. El texto de la carta era el siguiente: «A punto de finalizar esta Legislatura me parece prudente darte cuenta de las gestiones realizadas a lo largo de estos cuatro años. Quiero ponerte de manifiesto que mi preocupación personal, así como la del equipo que me acompaña en el Gobierno de este Ayuntamiento, ha sido el de trabajar por los más necesitados. Considerando que el paro ha formado y forma parte de nuestras prioridades, por eso el Ayuntamiento ha venido trabajando implacablemente en aras de conseguir fondos y firmar convenios con otras Administraciones para contratar trabajadores y trabajadoras en situación de paro y en las épocas más crudas del año, en la que tú personalmente has tenido la ocasión de ser beneficiario/a al haber sido contratado/a por este Ayuntamiento. Sin otro particular y esperando contar con tu apoyo para continuar con estos proyectos de mejora y bienestar, atentamente. El alcalde». La Sala respalda al

2. entre lo que se solicita (el voto) y lo que se ofrece a cambio (la dádiva) ha de existir cierta proporción. Los pequeños regalos a todas luces inidóneos para alterar la determinación del votante deberían ser penalmente irrelevantes, sin necesidad de incomodar a la adecuación social hacia cuya operatividad en este ámbito parte de la doctrina ha avanzado serias dudas¹⁵⁶.

5.3. La dádiva: una interpretación restrictiva

No obstante haya sido calificado con razón como «obsoleto»¹⁵⁷ y «arcaico»¹⁵⁸, el término dádiva («cosa que se da»¹⁵⁹) sigue siendo el fulcro no solo del cohecho, sino también del delito electoral que ahora estudiamos, ya que es evidente que la recompensa, remuneración o promesa lo serán... de una dádiva¹⁶⁰.

Dicho ello, el objeto a intercambiar con el acto del *intraneus* se describe de forma sensiblemente distinta en el delito electoral y en el cohecho. Lo más probable es que la asimetría se deba a una falta de atención sistemática del legislador que iba modificando el delito de cohecho común olvidando el electoral. Empero la *voluntas legis* puede cambiar con independencia de la *voluntas legislatoris* y la interdicción, en el ámbito penal, de la analogía *in malam partem* despliega importantes efectos in-

Ministerio Fiscal defendiendo que «la carta dirigida por el alcalde se limita a informar de determinados logros realizados en su gestión, coincidiendo con el final de su mandato, sin duda para la captación de sufragios en las nuevas elecciones convocadas, pero sin que en modo alguno, solicite el voto ofreciendo recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, como exige el apartado 1.A), ni suponga una coacción electoral de las contempladas en los restantes apartados, encontrándonos más bien ante la realización de una campaña durante el período electoral, que podría constituir una infracción electoral, sancionable por la Junta Electoral competente». En doctrina, véase F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 175 quien recuerda que las promesas de «si se ganan las elecciones, llevar a cabo una política que favorezca económicamente a determinadas personas son tácticas más o menos inmorales, pero de difícil concepción como cohecho. (...) en el ámbito de lo punible solo entra la acción directa de soborno económico sobre cada elector en concreto, determinándole a votar o a dejar de hacerlo...».

¹⁵⁶ Véase L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., pp. 190 sgts.; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., pp. 757 sgts. En sentido contrario, véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268; F. MUÑOZ CONDE, «Delitos electorales...», cit., p. 175.

¹⁵⁷ C. RAMOS RUBIO, «El delito de cohecho», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, pt. 3, 2002, 101-148, a pp. 120-121.

¹⁵⁸ A. MARTÍNEZ ARRIETA, «Arts. 419-427», en C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN (DIR.) Y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2007, 3106-3131, a p. 3109.

¹⁵⁹ El DRAE dice «cosa que se da gratuitamente». Puesto que ni en el delito electoral ni en el cohecho se da nada «gratuitamente», conviene limitarnos a recordar que dádiva es «lo que se da».

¹⁶⁰ En el mismo sentido, L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 757.

terpretativos si unida a una interpretación *a contrario* que ponga en valor las diferencias descriptivas entre dos preceptos: si, en el cohecho, para asegurar una interpretación amplia del objeto material de la conducta, el legislador ha añadido a la «dáviva» adjetivos, adverbios u otros descriptores y no lo ha hecho así en el delito electoral que ahora estudiamos, lo más inmediato será considerar que, en el delito electoral, la dáviva es típica *solo si* carece de esas calificaciones y que no incluye a lo que designan los descriptores ahí (en el cohecho) presentes y aquí (en el art. 146.1 a) LOREG) ausentes. Tuneando un poco un célebre brocardo, si *ubi lex dicit, voluit*, entonces *ubi non dicit, noluit*.

Obsérvese que la consecuencia de lo anterior es una exégesis restrictiva y *pro reo* del precepto que puede resultar útil para eliminar del espectro de aplicación del Derecho penal electoral por lo menos a una parte de las promesas «político-electorales» que, en el día a día de nuestra democracia, se ofrecen al votante a cambio de su voto y que cuesta considerar proscritas nada menos que por la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico¹⁶¹.

Eso no quita que, *de lege ferenda*, sería deseable mayor claridad y precisión. Y, en primer lugar, tanto en el delito de cohecho impropio como aquí, el legislador podría empezar especificando que las dávivas a las que se refiere solo son las «indebidas»¹⁶².

5.3.1. La dáviva «de cualquier clase»

Es imposible retomar ahora la *vexata quaestio* de la relevancia de las ventajas intangibles, inmateriales y/o no económicamente valorables en el delito de cohecho: la extensión de la discusión coloca el problema más allá de nuestras posibilidades¹⁶³. Además, la reforma del año 2010 parece haber zanjado definitivamente la discusión¹⁶⁴: la redacción dada entonces

¹⁶¹ Sobre esta cuestión, permónese la remisión a G. D. M. CERINA, «El incorruptible político parcial» en *Estudios penales y criminológicos*, n. 43, 2023, *passim*. Y reténgase que, sobre todo en este ámbito, una exégesis como la que se propone se construye sobre un terreno ciertamente más seguro del que sostiene a la adecuación social que, precisamente en contextos de intercambios políticos, en los tiempos que corren, goza, me temo, de un ámbito de operatividad hartamente angosto. En sentido contrario (reconociendo un relevante ámbito de operatividad a la adecuación social), véase, por ejemplo, M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 64.

¹⁶² Sobre esta cuestión, permónese la remisión a G. D. M. CERINA, «El incorruptible...», cit., pp. 19-22 y 48.

¹⁶³ Para una panorámica del debate doctrinal sobre este particular, se remite, una vez más, a C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 357 y sgts. cuya postura sustancialmente se comparte.

¹⁶⁴ Aunque, en sentido crítico, puede remitirse a la reciente aportación de M. CUGAT MAURI, «Corrupción, favores sexuales y compromisos internacionales: la controvertida respuesta del legislador español a las recomendaciones de la OCDE y el GRECO», en F. MORALES PRATS, J. M^a. TAMARIT SUMALLA Y R. GARCÍA ALBERO (COORDS.), *Represión*

a los artículos 419 y sgts. CP avala una exégesis amplia, en línea con las obligaciones internacionales contraídas por el Reino de España¹⁶⁵. Junto con la mención expresa de los «favores» y de los «regalos», el elemento que parece haber puesto punto y final al debate ha sido la calificación de la «retribución» como «de cualquier clase»¹⁶⁶.

Pues bien, en el delito electoral, no solo se omite dicha precisión («de cualquier clase»), sino que tampoco se mencionan (al lado de «retribución» y «dádivas») «regalos» ni, sobre todo, «favores». Por ello, a mi modo de ver, conviene asumir una postura restrictiva respecto de la exégesis del término «dádiva», limitando la aplicación del art. 146.1 a) a aquellas solitudes o inducciones que utilicen como medios «cosas» económicamente valorables (lo que v. gr. excluye a las prestaciones sexuales)¹⁶⁷.

penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares. Cizur Menor: Aranzadi, 201888, 835-851, *passim*.

¹⁶⁵ Antes de la reforma de 2010, sin embargo, no era infrecuente encontrar posturas que sugerían una interpretación distinta: véanse, por ejemplo, E. CASAS BARQUERO, «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español», en *Documentación jurídica*, n. 19 1978, 855-921, a pp. 889-890; J. CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Barcelona, Bayer, 1999, p. 202 y, *mutatis mutandis*, E. ORTS BERENGUER E I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Del cohecho», en T. S. VIVES ANTÓN (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, pp. 471 y sgts. Para una interpretación en sentido amplio anterior a la reforma, puede remitirse, entre otros, a M^a. J. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 1999, p. 190.

¹⁶⁶ Recientemente, véase I. OLAIZOLA NOGALES, «El tráfico de influencias: su relación con el lobby», en F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS (DIR.), *Los lobbies: ¿Instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, 35-60, a pp. 47 sgts.

¹⁶⁷ Véase F. MUÑOZ CONDE, «Delitos electorales...», cit., 175. *De lege ferenda*, más que de la materialidad de la dádiva, me parece deseable que el legislador penal se ocupe del supuesto en el que la misma es *contra jus* y que se consideren *cum grano salis* las ventajas de naturaleza «política». *De lege lata*, nótese la contundencia de la STS 731/2012 ya citada en la que, frente a la objeción de un recurrente que defendía que un trabajo no puede considerarse dádiva, ya que «el contratado no es beneficiado al tener que desempeñar el esfuerzo de su trabajo a cambio del salario», contesta de forma especialmente tajante que el argumento parece «próximo al sarcasmo cuando se piensa en la cifra de personas que no disfrutan de una relación laboral retribuida. Pensar que para los mismos obtener un contrato que la instaure no es una recompensa o remuneración, incluso dádiva, es irritante». No se comparte la propuesta de Jiménez Díaz (M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 64) quien sustancialmente acepta una postura restrictiva pero exceptúa expresamente el supuesto de «recompensa» que sería compatible con remuneraciones «de naturaleza diferente, por ejemplo, honoríficas» (en el texto, al singular). Por último, huelga recordar que, si aquí lo que se protege es la libertad del elector (en sentido fuerte), uno de los criterios a tener en cuenta para distinguir los supuestos de hecho típicos de los que no lo son (porque el elector acepta libremente) debería cifrarse en el que la «dádiva» consista en evitar un daño injusto («si no me votas, perderás tu trabajo», como el considerado por la SAP de Cáceres 38/2017 ya citada); al contrario, el hecho de que la dádiva implique la consecución de una ventaja indebida («si me votas, conseguirás un trabajo de forma preferente» ilegalmente, como acontece en la STS 731/2012 ya citada) debería apuntar hacia la no aplicabilidad del delito electoral.

5.3.2. ¿Beneficio propio o (también) ajeno?

En los artículos 419 y sgts. CP, la solicitud (admisión, ofrecimiento, promesa o entrega) de una dádiva es delito con independencia de que la retribución redunde «en provecho» del «propio» solicitante o «de un tercero».

A sensu contrario, la ausencia de estas aclaraciones en el artículo 146.1 a) podría leerse como una limitación del espectro de lo penalmente relevante: solo sería típica la solicitud de votar... al solicitante y/o si la dádiva redundaba en provecho del solicitado. Si esa fuera la conclusión, fuera de los casos de la solicitud indirecta (v. gr. utilizando intermediarios) que el legislador menciona expresamente¹⁶⁸, resultaría atípica la solicitud de votar a B realizada por A y dirigida a C (v. gr. realizada por un empresario interesado en que se elija a un determinado político a sus trabajadores a los que promete a cambio mejoras salariales); de igual manera, para eludir la aplicación del precepto, bastaría prometer dádivas (v. gr. dinero) que redunden en beneficio...de un familiar del votante cuyo voto se solicita¹⁶⁹.

Así las cosas, visto que lo anterior sería difícilmente explicable, de la imprecisión sistemática del legislador¹⁷⁰, parece más plausible deducir una reafirmación de la atipicidad del ofrecimiento al elector de *políticas públicas* (v. gr. si me votas, te bajaré los impuestos) cuya diferencia con el cohecho electoral estriba en que, de las primeras, puede beneficiarse incluso quien no accede a la solicitud, mientras que, en el segundo, pactar el sentido del voto es *conditio sine qua non* para obtener la dádiva típica (v. gr. dinero)¹⁷¹.

5.4. La promesa

Mencionando la promesa, el legislador aclara que, para que exista solicitud o inducción típica, no es preciso que se realice una puesta a dis-

¹⁶⁸ Recuérdese que el legislador aclara expresamente que la solicitud puede ser directa o indirecta pero nada dice respecto de la inducción que, *a contrario*, debería entenderse penalmente relevante solo si es directa (véase *supra* apartado 4.5).

¹⁶⁹ No se ve por qué el despido de un allegado del elector debería ser irrelevante vista la evidente capacidad de menoscabar la libertad del votante a la hora de elegir a quién votar. Véase, sobre esta cuestión, L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 756. En la jurisprudencia, véase, entre otras, la STS 731/2012 ya citada.

¹⁷⁰ A fin de cuentas, tampoco en el artículo 424 CP se repiten los incisos «por sí o por persona interpuesta» ni «en beneficio del funcionario público o de un tercero». Sobre esta cuestión, perdónese la remisión a G. D. M. CERINA, «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español» en *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020, pp. 33-34.

¹⁷¹ Véase D. O. GREAME, *Dealing in Votes: Regulating Electoral Bribery*, Tesis doctoral que, en este momento, puede consultarse en la web www.researchgate.net, pp. 224 y sgts.

posición inmediata de la dádiva, sino que es suficiente una manifestación de voluntad de que la entrega se realice en el futuro¹⁷².

En la descripción de la contraprestación solicitada al votante, en cambio, se omite la referencia a la «promesa»: los objetos de la solicitud y de la inducción son, respectivamente, el voto o la abstención y no también la *promesa* de votar o de abstenerse de votar. Y, si se sigue la interpretación propuesta (que pivota sobre la eficacia de la solicitud y de la inducción), lo anterior despliega ciertos efectos sobre la consumación del delito que se produce no ya cuando se pacta el voto o el no-voto, sino cuando el elector efectivamente vota o se abstiene de votar.

6. Delito electoral y cohecho. Apuntes

Como hemos visto, las repercusiones de la impunidad del votante sobre el bien jurídico protegido permiten acotar en sentido restrictivo el ámbito de aplicación del art. 146.1 a) LOREG. No obstante, quedan sobre la mesa dos cuestiones: si el delito electoral del que ahora hablamos se ocupa de supuestos en los que la libertad del elector cuyo voto se solicita se ve mermada,

1. ¿qué pasa con la *libre compraventa* de votos? Como hemos dicho, ojeando brevemente la LOREG, parece impune;
2. ¿cómo explicar la diferente penalidad del cohecho y del delito electoral? Aparentemente, el funcionario público que, a cambio de un acto propio de su cargo (sobre todo si contrario a sus deberes), solicita dinero a un particular que acepta libremente el trato, recibe una sanción mucho más grave del que solicita un voto a un elector atemorizándole.

Veamos una posible solución a partir de un ejemplo que, dicho sea de paso, se acerca al tipo ideal de cohecho electoral conocido por los tribunales españoles¹⁷³:

¹⁷² En la jurisprudencia, es relativamente frecuente la mención de los «visos de realidad» que debe revestir a lo prometido. En la ya citada STS 485/2006 se lee que «lo importante es la formulación de la promesa y sus visos de realidad, desde el punto de vista de quien la recibe y para el que ha de servir de motivo espurio en la motivación del sentido de su voto, al margen incluso de su cumplimiento posterior»; en el mismo sentido, SAP Huelva 88/2018, de 2 de marzo, (ECLI:ES:APH:2018:145); la STS 120/2021 ya citada que afirma que «la realidad de la promesa, junto a su viabilidad, desde la perspectiva del votante, es suficiente para pervertir la particular decisión del sentido del voto, o incluso de la abstención, que es precisamente lo que pretende evitar, con su castigo, el delito previsto en el art. 146.1.a) LOREG». En doctrina, véase F. MUÑOZ CONDE, «Delito electoral...», cit., p. 175, quien considera que deben ser atípicas «*simples* promesas de mejoras profesionales o salariales» (cursiva mía).

¹⁷³ Es el supuesto considerado por la STS 731/2012, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6685). La sentencia ha sido comentada por L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754 y sgts.

un Alcalde y un Concejal «con el fin de obtener votos para la candidatura del Partido (...) usando (...) sus (...) competencias (...) sin la observancia del procedimiento establecido en las Bases Generales para la contratación de personal laboral temporal del Ayuntamiento» ofrecían «por sí mismos o por terceros interpuestos, a personas interesadas en obtener un empleo en el Ayuntamiento (...) la posibilidad de conseguir un contrato de trabajo eventual, que luego se realizaba o firmaba por el citado Alcalde, o conseguir así determinadas prestaciones consistentes en ayudas en comida u otras, solicitado o consiguiendo directa o indirectamente a cambio de ello que las personas que querían trabajar en el Ayuntamiento y familiares de éstos les entregaran la documentación completa y necesaria que emiten las autoridades electorales para conseguir de este modo votar finalmente por correo (...) a favor de la candidatura del Partido...». Algunos vecinos accedieron al trato y efectivamente consiguieron el ansiado trabajo en el Consistorio.

Finalmente, se condena al Alcalde por delito electoral del artículo 146.2. Pero ¿por qué no se calificaron los hechos como cohecho del artículo 419 CP (en concurso real con la prevaricación del art. 404¹⁷⁴)?

6.1. ¿Concurso de leyes o de delitos?

En una primera aproximación, el supuesto subsumible tanto en el delito electoral como en el cohecho parece el descrito por el art. 146.2 (en relación con el 146.1 a). El precepto sanciona al funcionario público que (ab)usa de sus competencias¹⁷⁵ para, por medio de dádivas, solicitar

¹⁷⁴ Solo con ánimo de facilitar una eventual ulterior investigación, puede apuntarse que el motivo de la condena por prevaricación en la instancia fue haber omitido el alcalde la actividad de control sobre el cumplimiento de los requisitos de los contratos de trabajo que firmó. La Audiencia halla además otros delitos de prevaricación que se habrían sustanciado en la firma de los contratos de trabajo (con incumplimiento del procedimiento), delitos que, sin embargo, considera «subsumidos en el delito de electoral cometido por la conjunción de las firmas de contratos (...) y los requerimientos de voto». *Prima facie*, me parece discutible tanto la configuración de un concurso de leyes entre la prevaricación (consistente en la firma de los trabajos prometidos a cambio del voto) y el delito electoral (el Tribunal Supremo deja constancia de que «no nos corresponde examinar ahora el acierto o desacierto de la Sala de instancia al decidir no sancionar el hecho de que el recurrente firmase los contratos como otro hecho delictivo distinto del ya imputado delito electoral. Al respecto ninguna de las partes nos traslada queja alguna») como la plausibilidad de la existencia de una prevaricación omisiva (El Tribunal Supremo casa esta parte de la sentencia).

¹⁷⁵ En doctrina (L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., pp. 751-752) se ha observado que «el matiz» acerca la actuación del funcionario «más a la esfera de lo particular», ya que «el funcionario público no lo ha de realizar en el ejercicio de sus funciones sino en el uso de ellas para, cabe entender, los objetivos particulares del resto del artículo». A mi modo de ver, en el art. 146.2 LOREG, no hay nada que autorice a excluir la tipicidad del supuesto en el que el funcionario público solicita el voto a cambio de 1. «realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o

el voto o inducir a la abstención¹⁷⁶. Y, como acontece en el ejemplo, plantear dádivas al votante usando las competencias propias de un funcionario público (art. 146.2 LOREG) incluye prometer al elector, a cambio de su voto, un acto propio del cargo, contrario o conforme a los deberes del funcionario público (arts. 419 y sgts. CP). Y entonces, considerando la notable diferencia de pena, habría que acotar el criterio conforme al cual calificar el hecho como delito electoral y/o cohecho.

Así puesta, conviene avisarlo, la problemática es demasiado compleja como para plantear ahora una conclusión tajante: las cuestiones cuya previa solución sería necesaria, precisarían de un argumentario que aquí es imposible desplegar. Así que, a expensas de una intervención clarificadora del legislador, mejor será que se tome lo que viene como un esbozo de algunas posibles soluciones, ninguna de las cuales parece exenta de problemas.

Hecha esta disculpa, partamos de algo que, si se comparte la lectura que hemos propuesto, ya debería estar claro: una solicitud de voto realizada por un funcionario público que ofrece a cambio del mismo un acto propio de su cargo que implica ventajas económicas para el solicitado (como un empleo público) se halla fuera del ámbito de aplicación del delito electoral *si no se demuestra más allá de toda duda razonable una afectación a la libre determinación del votante*.

Tampoco debería haber problema en reconocer que intercambiar *libremente* votos y actos del cargo de funcionarios... ¡es cohecho!¹⁷⁷. Los artículos 419 y sgts. CP permiten sancionar de manera ejemplar tanto al votante que acepta gustoso como al funcionario que, a cambio del voto, ofrece un acto propio de su cargo.

El problema concursal se plantea entonces cuando la solicitud del funcionario se acompaña por un menoscabo de la libertad del votante y solo si se acepta que, en España, el espectro de aplicación del cohecho incluye a situaciones en las que la libertad de autodeterminación de uno de los contrayentes ha sido menoscabada por el otro¹⁷⁸.

para realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar» (como dice el art. 419 CP) o 2. «realizar un acto propio de su cargo» (como dice el art. 420 CP).

¹⁷⁶ Nótese que no parece posible otra interpretación de la evidentemente defectuosa norma que se refiere a «fines» (al plural) en clara alusión a todos y cada uno de los supuestos considerados en las letras a), b) y c) del apartado 1.

¹⁷⁷ Recuértese que el art. 138 I LOREG dispone que «en lo que no se encuentre expresamente regulado en este capítulo se aplicará el Código Penal».

¹⁷⁸ Nótese que, en caso contrario (si se considerara que el cohecho no puede aplicarse en ese caso), se sancionará de forma más leve al político que ofrece conceder ilegalmente puestos de trabajo a cambio de votos, y de forma más grave al profesor que pide 100 euros a cambio de aprobar a un alumno que ha recibido un suspenso en el examen. Con todo, la doctrina aparece dividida. En sentido favorable, puede remitirse a I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., *passim*; C. MIR PUIG, op. cit., p. 231; M^a J. RODRÍGUEZ PUERTA, op. cit., pp. 270, 274 y 288; A. CASTRO MORENO, op. cit., pp. 162 y sgts. Para la

Si hay acuerdo sobre lo anterior, entonces las soluciones posibles parecen dos.

Una primera opción sería un concurso de leyes. Quien elija esta vía, tendrá que vérselas con la discusión que ha originado la dejadez del legislador y con la que hay que enfrentarse para salir al paso de la evidente contradicción entre el art. 136 II LOREG (que elige el principio de alternatividad)¹⁷⁹ y el art. 138 del mismo texto legal que remitiría hoy al art. 8 CP (en primer lugar, especialidad)¹⁸⁰. Con independencia de la dificultad que entraña el encontrar una solución satisfactoria a la cuestión general¹⁸¹, en el caso *de quo*, por lo menos *prima facie*, parece aconsejable

opinión contraria, véase M. ALONSO ÁLAMO, op. cit., p. 19; I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos problemáticos...», cit., p. 6540;

¹⁷⁹ Que dispone que «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometido». Como se ha observado, la norma representaba una «traslación casi exacta del art. 68 CP de 1973, en vigor al tiempo de publicación de la LOREG», por lo que, vigente aquel texto, su utilidad era sustancialmente nula (así J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1199). La *ratio* de la norma parece poderse relacionar con la propia existencia de una parte penal en la legislación electoral que se justificaría con la necesidad de otorgar un tratamiento más severo a aquellos comportamientos delictivos que se verifican en el momento estelar de la democracia. Véase, en este sentido, J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1106; M. Á. ALTÉS MARTÍ, op. cit., p. 170; J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1182 quien esgrime como posible razón en favor de una disciplina de los delitos electorales fuera del Código Penal el «endurecimiento de las sanciones en este terreno de la Delincuencia Electoral, como medida concreta de política criminal tendente a reforzar una institución tan básica para el nuevo sistema democrático como el régimen electoral y su correcto desarrollo» (salvo luego anotar que, *de lege lata*, dicho endurecimiento es inapreciable). Sobre la cuestión, véase también *Ibidem*, pp. 1183-1185; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 15; M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 12; M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 7.

¹⁸⁰ Se ha argumentado que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 138 II de la LOREG, han de considerarse aplicables «en todo caso, las disposiciones del Capítulo I, título 1º del Código Penal» lo que, después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, ha de ser reinterpretado como referido al título preliminar. Así las cosas, según algunos, el conflicto entre los criterios de los artículos 8 y 9 CP y la cláusula de alternatividad del artículo 136 LOREG habría de resolverse entendiendo que el Código Penal es *lex posterior* respecto de la LOREG, por lo que el artículo 136 de esta última se entiende *tácitamente* abrogado. En la práctica, la interpretación sugerida implica la aplicación del artículo 8 CP en lugar que el 136 LOREG, lo que desplaza la alternatividad a criterio residual, obligando a intentar resolver el conflicto de normas utilizando, en primer lugar, el principio de especialidad. Y, con carácter general, los supuestos considerados por la LOREG serían especiales respecto de los tipificados en el Código Penal visto el ámbito de aplicación de la LOREG delimitado por su art. 1. Así, en el caso de conflicto aparente de leyes, tendencialmente prevalecerá en cuanto especial la LOREG «aunque su castigo fuere más leve» que el previsto por el Código Penal. En este sentido, J. MUÑOZ CUESTA Y V. MARTÍ CRUCHAGA, «Delitos electorales», en *Diario La Ley*, n. 6887, 2018, pp. 3-4; de la misma opinión, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1200; E. J. PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 1450; M. Á. ALTÉS MARTÍ, op. cit., p. 170.

¹⁸¹ La tesis que defiende la derogación tácita del art. 136 II LOREG encuentra un obstáculo en el texto de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre que se refería expresamente (que no tácitamente) a la LOREG. Así, cuando, en el apartado 1, letra f) de la disposición derogatoria única, el legislador se interesó expresamente solo del artículo

optar por la alternatividad, bien por indicación expresa del legislador penal electoral (*ex art. 136*), bien como criterio residual (*ex art. 8 CP*) una vez descartados el principio de especialidad y el de consunción¹⁸². Claro que, desde un punto de vista eminentemente práctico, resolver el concurso de leyes utilizando el criterio de la alternatividad implicaría la ausencia de todo reflejo sobre la sanción abstracta del menoscabo de la libertad del votante imputable al funcionario público: se aplicaría la pena prevista por los artículos 419 y sgts. con independencia de que el comprador de votos haya o no menoscabado la libertad del vendedor.

Si, en cambio, se pone el acento sobre el diferente bien jurídico protegido¹⁸³ y el distinto alcance de las conductas típicas, quizás pueda aventurarse un concurso de delitos¹⁸⁴. Y esta solución es seguramente más satisfactoria que la anterior, ya que permite graduar el reproche para el funcionario público que, con su conducta, afecta de forma penalmente relevante a dos distintos bienes jurídicos o solo a uno de ellos. Si acaso, el

137 LOREG, dijo claramente que la única parte de la LOREG que pretendía modificar era la que concernía a la referencia a «los términos “activo y”» de este precepto. Y, puesto que *ubi lex voluit, dixit; ubi non dixit, noluit*, la mención expresa del art. 137 impide al intérprete añadir una referencia tácita al 136 LOREG. En el mismo sentido, si, de lo que se trata, es de hacer primar el principio de especialidad en las relaciones entre Código Penal y leyes especiales, siguiendo la lógica del artículo 8 CP, no se ve por qué una ley especial (incluso anterior al Código Penal) no puede disciplinar el concurso aparente de leyes de forma distinta (si se quiere, especial) del Código Penal. A quien, en cambio, defiende la vigencia del principio de alternatividad, sin ánimo de desarrollar ahora un análisis penológico completo de los delitos electorales que tienen un *pendant* en el Código Penal, cabría replicar que, *de lege lata*, la sensación es que, hoy en día, el Código Penal contempla sanciones más severas que la LOREG, lo que parece colocar la *ratio* de la parte penal de la LOREG en la especialidad más que en la alternatividad.

¹⁸² Si la *especialidad* del art. 146 LOREG se cifra en el contexto electoral en el que se materializa la «dádiva» solicitada al *votante* (*i.e.* el voto), el cohecho es más *específico* respecto de la «dádiva» del funcionario público (acto del cargo conforme o contrario a los deberes) y, como hemos visto, conmina una pena abstractamente muy superior al delito electoral.

¹⁸³ La imparcialidad procedimental de la Administración pública, en el cohecho; la libertad del elector; en el delito electoral. Ciertamente, podría objetarse que el artículo 146.2 ya agrava la pena del tipo básico y que lo hace porque ya considera la lesión a un bien jurídico relacionado con el correcto funcionamiento de la Administración pública, de tal manera que aumentar la pena por cohecho implicaría sancionar *bis in idem*. Pero, a mi modo de ver, la modesta entidad de la agravación del art. 146.2 («inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años») no sugiere un enriquecimiento del espectro de la ofensividad de la norma con un bien jurídico cualitativamente distinto a la «libertad del votante» (como la imparcialidad de la Administración): en realidad, lo que sigue preocupando al legislador es el *temor* del votante que ahora parece más acuciante en tanto que se relaciona con el poder público del funcionario solicitante (*metus publicae potestatis*).

¹⁸⁴ Se trataría de un supuesto parecido al analizado en I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., *passim*. Comparte la opinión de Olaizola C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 504-506, aunque, respecto de la conclusión de esta última autora, haría que puntualizar que, normalmente, el bien jurídico que el particular amenazado apuntará a preservar pagando el soborno, salvo que la amenaza sea *v. gr.* de un secuestro, no será su libertad.

problema vendría del lado del votante que accede a la solicitud atemorizado: mientras que, a tenor de la disciplina general (arts. 419 y sgts.), debería recibir la misma pena que el funcionario público, como sabemos, el art. 146 LOREG le quiere impune. Para superar, por lo menos en parte, el obstáculo, el intérprete tendrá que acudir al estado de necesidad y/o al miedo insuperable¹⁸⁵.

6.2. Sobre la «publicidad» de la función de votar

Como sabemos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 423 CP, solo puede ser autor de cohecho pasivo el *intraneus* que participa del ejercicio de la función pública que comercia con un acto propio de su cargo.

En el delito electoral, en cambio, quien solicita el voto no precisa desempeñar una función pública: que lo haga o no, es precisamente lo que distingue los supuestos considerados por los apartados 1 y 2 del art. 146 LOREG.

De acuerdo con la postura mayoritaria, tampoco desempeña una función pública el votante¹⁸⁶. De ahí que los únicos supuestos en los que puede plantearse un concurso entre el cohecho común y el delito electoral serían los considerados por el art. 146.2. En los demás casos, el libre intercambio de votos parece entonces impune.

¹⁸⁵ La sensación es que, mientras que el legislador penal electoral sitúa la impunidad del votante en el plano de la tipicidad, así procediendo, se corre el riesgo de trasladar la cuestión al de las causas de exclusión de la culpabilidad (sobre la diferente aproximación que ello implica, véase, por ejemplo, D-M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 533 y sgts. Pero véase también lo dicho *supra* en la nota n. 65, *in fine*). Además, el planteamiento de una dádiva puede ciertamente entrañar un menoscabo de la voluntad del votante (que, por ejemplo, la acepta porque *certat de damno vitando*) pero justificar la impunidad del autor de cohecho activo recurriendo al estado de necesidad o al miedo *insuperable* parece operación más exigente de la que exige la norma penal electoral (véase, entre muchos, S. MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 596 y sgts.). Sobre una interpretación restrictiva del miedo insuperable en materia de cohecho, véase SAP Madrid 30/2006, de 2 de marzo (JUR 2006/149627); SAP Melilla 8/2004, de 16 de febrero (ECLI:ES:APML:2004:32). Recuérdese además lo que hemos observado arriba: el supuesto considerado por el art. 146.1 a) LOREG apunta a casos en los que ni hay violencia ni hay intimidación expresa.

¹⁸⁶ Parte de la doctrina ha señalado que, a diferencia de lo que sucede en el cohecho, la vicisitud electoral que ahora nos interesa, se cifra en una actuación realizada «por particular sobre particular» (así L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», *cit.*, p. 183; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», *cit.*, p. 750), lo que acercaría el supuesto al tipificado por el artículo 286-bis CP (ahora, «corrupción en los negocios»), en el entendido de que, aunque la actividad electoral tiene carácter público, ninguno de los sujetos implicados ostenta, a efectos penales, la condición de funcionario público (L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», *cit.*, pp. 183-184, nota 7. Véase también J. M. MAZA MARTÍN, *op. cit.*, p. 1267).

A no ser, claro está, que se ponga en duda que el votante no pueda considerarse (a efectos penales) un funcionario público¹⁸⁷ o, por lo menos, un participante en el ejercicio de la función pública del art. 423 CP. La pregunta es si, a efectos penales, votar es o no (participar en el ejercicio de) una «función pública». En caso de respuesta afirmativa, el elector resultaría incluido en el listado de sujetos descritos por el art. 423 CP que equipara al funcionario público del artículo 24.2 quien participa en el ejercicio de una función pública sin los títulos habilitadores que exige el precepto de parte general¹⁸⁸. Y entonces, incluso el caso subsumible en el art. 146.1 a) sería susceptible de ser considerado cohecho: el sujeto cualificado (elector) recibe el ofrecimiento del *extraneus* y, si lo acepta, realiza el delito tipificado con arreglo a los artículos 419-421¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Véase, en este sentido, P. BRUNI, op. cit., p. 8 y ténganse en cuenta las referencias doctrinales (italianas pero también alemanas) que el mismo autor menciona en la nota n. 13.

¹⁸⁸ Me he ocupado del alcance de la segunda parte del artículo 423 CP en otro lugar así que permítase que, por razones de espacio, remita una vez más a G. D. M. CERINA, «Problemas...», cit., pp. 40-49. Sobre el particular, tiene la misma opinión, entre otros, L. ROCA AGAPITO, «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (DIR.), A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA y A. VENTURA PÜSCHEL (COORDS.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones pública y de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 55-90, a pp. 62 y 78. La cuestión es naturalmente muy amplia y compleja y merece una atención que aquí no es posible prestarle. De hecho, la posible consideración del votante como sujeto público es una idea para la reflexión y futuro debate que, por evidentes motivos de espacio, no puede discutirse aquí en profundidad. Con todo, puede quizás dejarse apuntada la problemática (parecida a la que suscita el artículo 423 CP) que plantea el artículo 135 LOREG que parece equiparar a los funcionarios públicos del artículo 24.2 CP, todas las personas que desempeñan «alguna función pública relacionada con las elecciones» sin mencionar título habilitador alguno. Sobre este particular, véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1194; J. MUÑOZ CUESTA y V. MARTÍ CRUCHAGA, op. cit., p. 3; E. J. PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 1458 (quien considera la ampliación excesiva). Parte de la doctrina ha tratado de exigir en vía interpretativa un título habilitador. L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., pp. 23 y sgts. prefiere una interpretación «restrictiva», de acuerdo con la cual «desempeñar una función» equivale al «ejercicio de un cargo» (que no a la «realización de una actividad») de tal manera que desempeñaría una función pública relacionada con las elecciones tan solo quien ejerce un cargo o empleo conforme a la normativa electoral (lo que parece excluir al elector que, según el autor, tan solo realiza una «actividad»). Parecida a la de este último autor la postura de M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 10 quien entiende que solo es posible desempeñar alguna función pública relacionada con las elecciones en virtud de una disposición inmediata de la LOREG. Según la autora, esta parte del art. 135 LOREG sería inútil, puesto que nada aporta respecto de la remisión al art. 24.2 CP. En mi opinión, el problema de estas exégesis es que leen más de lo que la norma dice y terminan corrigiendo al legislador que, *al lado de* los sujetos incluidos en el art. 24 CP, ha querido mencionar *expresamente* a los que «desempeñan alguna función pública relacionada con las elecciones».

¹⁸⁹ No parece demasiado problemático el considerar al voto como acto propio de la función. En este sentido, puede resultar útil remitir a la jurisprudencia unánime en materia de transfuguismo retribuido (SsTS 1952/2000, de 19 de diciembre, ECLI:ES:TS:2000:9367; 125/2007, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2007:8991; 472/2011, de 19 de mayo, ECLI:ES:TS:2011:3657) para mostrar cómo los magistrados no han dudado en considerar

Aclarada la relevancia de la cuestión, el debate sobre lo que ha de entenderse por «función pública» es demasiado complejo para que podamos aquí reproducirlo¹⁹⁰. Baste apuntar que, una vez desechado todo tipo de criterio subjetivo (solo desempeñan funciones públicas quienes trabajan para una Administración pública) en pos de uno objetivo-funcional (hay funciones que siguen siendo públicas con independencia de si ejercidas en el marco de una Administración pública o fuera de la misma)¹⁹¹, calificar como pública (para efectos penales) la función de votar no es ni mucho menos peregrino.

7. Concluyendo

7.1. Una propuesta interpretativa de *lege lata*

Si tuviéramos que medir la calidad técnica del precepto estudiado basándonos en su capacidad para proporcionar al intérprete unas indicaciones que resulten, a la vez que claras e inequívocas, coherentes desde un punto sistemático y razonables desde un punto de vista político-criminal, el juicio no podría ser sino extremadamente negativo. *De lege lata*, conciliar esas exigencias sin olvidar el orden jerárquico con el que se plantean al intérprete (principio de legalidad y *litera legis* como límite), a mi modo de ver, es extremadamente complicado. Aun así, algo puede decirse.

Y puede comenzarse poniendo en valor la elección del legislador que ha considerado impune al votante que accede a la solicitud, lo que, como ya hemos visto, sugiere identificar el bien jurídico protegido con la libertad del votante «en sentido fuerte». Partiendo de esta consideración,

«acto del cargo» al voto del electo. Y, una vez asumido que el «voto» de un funcionario público (a efectos penales) electo es «acto propio del cargo» (a efectos de configurar el delito de cohecho), si el votante es funcionario a efectos penales (o sujeto equiparado) tampoco debería haber problema en considerar su voto como acto propio de su función.

¹⁹⁰ Para un eficaz y reciente resumen de las principales posturas doctrinales al respecto, puede remitirse a C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 246-265 cuyo criterio (que es sustancialmente el de I. VALEJE ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 62 1997, 435-507, *passim*), sin embargo, no comparto por completo.

¹⁹¹ Es imposible desarrollar aquí una postura personal respecto de esta cuestión. Puede remitirse a E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El cohecho...», cit., p. 620 quien, sin embargo, parece utilizar la intuición tan solo para incluir en el abanico de los funcionarios públicos (a efectos penales) a los trabajadores del sector público instrumental. A mi modo de ver, no existen razones para excluir a trabajadores del sector privado que realizan una función pública (mientras realizan esa función). En sentido parecido, véase, por ejemplo, F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

si, como apuntan la doctrina y la jurisprudencia, no se acepta la diferenciación (que hemos explorado arriba) entre solicitud e inducción¹⁹², más que absorber la segunda en la primera, sería conveniente optar (en sentido restrictivo) por una atracción de la primera en la segunda. Eso implica exigir en ambos casos la presencia de una componente intimidatoria o coercitiva en la conducta típica¹⁹³ así como entender el ilícito tipificado en el artículo 146.1 a) LOREG como un delito de resultado. Así las cosas, el delito electoral ya no puede aplicarse si el elector accede libremente a vender su voto y la punibilidad del solicitante/inductor ha de estar condicionada a la eficacia de la solicitud/inducción.

A la hora de valorar la actitud intimidatoria de las conductas típicas así como la afectación al bien jurídico protegido, sería útil recuperar los criterios utilizados por la doctrina italiana. Así, la aplicación del delito electoral debería ponerse en duda si

1. es el votante quien toma la iniciativa¹⁹⁴;
2. la solicitud/inducción se formula de tal forma que el votante accede porque *certat de lucro captando*, siendo la ventaja injusta¹⁹⁵;

¹⁹² Véase expresamente M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 65.

¹⁹³ Nótese las consecuencias que ello implicaría a la hora de acotar la consumación del delito que, en ambos casos, debería situarse en el momento en el que votante efectivamente vota (en el sentido pactado) o se abstiene de votar. No puede, en cambio, exigirse que la solicitud también sea «directa», ya que el legislador se pronuncia aquí expresamente en sentido contrario. A este respecto, reitero que el tenor literal de la norma (por muy incongruente que parezca) refiere expresamente los adverbios «directa o indirectamente» solo a la solicitud, lo que, *a contrario*, permite seguir considerando que la inducción típica ha de ser directa.

¹⁹⁴ Véase el argumento de la defensa en la SAP Cáceres 122/2017 ya citada, FJ IV. Aunque no profundiza en la cuestión, puede resultar sugerente también el AAP Sevilla 109/2005, de 17 de marzo, Ponente Illma. Sra. M^a. Paz Malpica Soto (JUR/2005/138831) en el que se excluye que el hecho sea típico, entre otras cosas, porque la iniciativa es del elector.

¹⁹⁵ Al contrario, toda vez que el voto sirve para evitar un perjuicio injusto para el elector, puede intuirse cierto problema en la libre formación de la voluntad de este último. La jurisprudencia ha considerado delictivo el supuesto en el que el solicitante sustancialmente plantea al votante la pérdida de su puesto de trabajo en el caso de que se niegue a votar de la forma solicitada (véase STS 485/2006, ya citada). Así, se ha dicho que, «si a una persona se le pretende inducir, e incluso condicionar su voluntad a votar en un determinado sentido aprovechando su situación personal de tanta necesidad como es un trabajo que le proporcione tener cubiertas las necesidades propias y de su familia, claro que esta persona puede ser considerada víctima de esa acción, al fin y al cabo lo que se pretende es forzar, con una promesa o prebenda su voluntad y torcerla en un sentido» (SAP Cáceres, 122/2017 ya citada). El problema, si acaso es que este supuesto no se ha diferenciado del (más frecuente) en el cual el solicitante prospecta al solicitado la consecución de un puesto de trabajo (así, por ejemplo, STS 731/2012 ya citada) en condiciones más favorables y *contra legem* (como en el supuesto considerado por la STS 120/2021 ya citada).

3. es, de todas formas, evidente que no existe en el votante ningún tipo de *metus* y la conducta típica no es idónea para generarlo¹⁹⁶.

Los casos de libre comercio de votos que, con arreglo a los anteriores criterios, se colocan fuera del espectro aplicativo del artículo 146 LOREG podrían, por lo menos en parte, sancionarse acudiendo al Código Penal (artículos 419 y sgts.). Y naturalmente, la solución resultará más satisfactoria si se admite que el votante puede ser equiparado a un funcionario público en virtud de lo dispuesto por el art. 423 CP.

Por último, el concurso ideal de delitos entre el cohecho y el delito electoral permitiría soslayar la asimetría penológica entre la corrupción común y la concusión electoral, por lo menos, toda vez que quien solicita el voto a cambio de dádivas menoscabando la libertad del votante desempeña una función pública y pone encima de la mesa un acto propio de la misma.

7.2. *De lege ferenda*

Cohechos, amenazas, extorsiones... no siempre es sencillo trazar un límite claro. El problema son las zonas grises: fuera de los casos de evidente violencia o amenaza, no es fácil aislar los supuestos en los que quien acepta el trato atemorizado no merece una sanción y quien lo propone merece ser reprochado no solo por la ventaja que desea conseguir a coste de la imparcialidad, sino también por coacer la libertad del otro contrayente.

La aproximación político-criminal del legislador español hacia el problema se ha tradicionalmente plasmado en un modelo corrupción-absorbente¹⁹⁷: ante la duda, *intraneus* y *extraneus* responden en igual medida¹⁹⁸. Salvo, según parece, el caso de la legislación electoral: si, en el

¹⁹⁶ Véase SAP Almería, 32/2005, ya citada, FJ I. en la que la evaluación del temor le sirve a la Audiencia para distinguir el supuesto del artículo 146.1 a) del tipificado en la letra b).

¹⁹⁷ En el que la ausencia de la tipificación de un delito de concusión lleva a subsumir en el esquema del cohecho a los casos límites. Ciertamente, la lectura más extrema de este sistema en el que falta la tipificación expresa de la concusión es la que sustancialmente considera compatibles con el delito de cohecho las solicitudes del funcionario público que se acompañan con amenazas constitutivas de delito (esta es, en síntesis, la postura de I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., pp. 463 y sgts.), abandonando en la práctica la idea de que la tipicidad del cohecho *presupone* (como *conditio sine qua non*) la libre determinación de los intervinientes. Ahora, dicho abandono parece plausible *de lege lata* (como hemos visto) pero no necesariamente *de lege ferenda* (véase, por ejemplo, la nota siguiente).

¹⁹⁸ No obstante los loables intentos de la doctrina para encontrar un espacio para la figura, parece incontestable que el legislador penal español no se ha ocupado en serio de la problemática subyacente a la concusión. Lo que, por otra parte, causa problemas.

Código Penal, no hay espacio para la concusión, en la LOREG, no hay rastro del cohecho y la intervención del legislador se limita a la concusión¹⁹⁹ y a la coacción del elector.

Cierto es que la materia electoral tiene sus peculiaridades²⁰⁰: en una democracia, la decisión del elector *se basa en* las promesas que se le hacen y el simple hecho de que las mismas impliquen una ventaja para el votante no las convierte en sobornos. El verdadero reto político-criminal parece entonces diferenciar las unas de los otros. Y no parece sencillo.

La tentación podría ser entonces limitar la sanción penal de la compra-venta de votos a los casos en los que efectivamente existe un menoscabo de la libertad del votante. Empero, si ese es el camino, debería recorrerse de una manera técnicamente adecuada, teniendo en cuenta los principios de lesividad y de proporcionalidad. Así, la descripción de las conductas

Véase, por ejemplo, en materia de tráfico de influencias, E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Aspectos...», cit., pp. 1050-1051, 1060-1061 y 1063 quien anota que el grado de influjo psíquico que el autor ejerce sobre el influido no parece justificar la no punibilidad de este último. Sobre la cuestión, véase también J. MUÑOZ LORENTE, «Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 4, marzo-agosto 2013, 73-101, a p. 83, quien se pregunta «por qué el denominado cohecho pasivo resulta punible y, sin embargo, el que podríamos denominar como “tráfico de influencias pasivo” no lo es, cuando ambos delitos poseen la misma estructura y la única diferencia estriba en que en uno la voluntad del funcionario se “doblega” a través de dádivas y, en el otro, a través de una serie de relaciones personales con el funcionario en cualquier caso, en ambos el funcionario accede a ese “doblegamiento” – vulnerando el principio de imparcialidad y objetividad – y, no obstante, en uno la conducta es punible y en el otro no». Pues bien, a mi modo de ver, es evidente que una respuesta al interrogante planteado solo puede buscarse en una atenta parametrización del influjo psíquico mínimo requerido como condición de tipicidad que, con independencia de los medios utilizados, en el tráfico de influencias, ha de exigirse superior al cohecho. Es cierto que apunta ciertamente en este sentido la *litera legis* (el «prevalimiento» y la «influencia» del tráfico de influencias no están en el cohecho) pero, aparte de la habitual imperfección del legislador (que, como apunta J. BARQUÍN SANZ, op. cit., pp. 116-117, equipara el prevalimiento ejercido sobre un funcionario público distinto al influido al que despliega sus efectos sobre el influido), quizás se eche en falta una toma de postura sistemática y clara acerca de: 1. el grado de *vis moralis* necesario para considerar típico el comportamiento; 2. el efecto-resultado que debe apreciarse en la persona objeto de la influencia. En ambos casos (recuérdese la solución italiana que ha añadido la inducción a dar o prometer), respecto de la sanción del inductor y del inducido, caben soluciones matizadas que gradúen oportunamente la sanción hasta hacerla desaparecer en el inducido cuya libre determinación se haya visto especialmente afectada.

¹⁹⁹ Se trata, naturalmente, de una concusión *sui generis* en la que, como hemos visto, el *intraneus* es el inducido o solicitado que, según la opción exegética mayoritaria, no participa en el ejercicio de la función pública.

²⁰⁰ Sin ánimo de entrar aquí en la (quizás, en parte, ociosa) *querelle* acerca de la oportunidad de mantener fuera del Código Penal a los delitos electorales. Sobre la cuestión, véanse las consideraciones de B. ROMERO FLORES, *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Atelier Penal, 2005, pp. 42-43; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La protección...», cit., pp. 9-10; J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1184; M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 3; M. Á. ALTÉS MARTÍ, op. cit., pp. 164-166.

típicas del delito electoral debería recoger sin tanta ambigüedad la intención del legislador, prescindiendo de la palabra «solicitud» y prefiriendo, en su lugar, una descripción de la acción típica que manifieste la necesidad de que exista una «presión» del solicitante y, sobre todo, un menoscabo de la libertad del solicitado. De la misma manera, sin abandonar un planteamiento político criminal efectivo pero sin olvidar el principio de lesividad, quizás sería oportuno situar la consumación del delito en el momento en el que el elector accede (atemorizado) al trato y *promete* su voto (o su abstención) a cambio del beneficio o de una promesa del mismo.

Otra opción sería enfrentarse al problema y tratar de diferenciar aquellos beneficios que motivan el voto democrático de aquellos que «socavan la democracia». Y aquí el legislador penal electoral parece acertar a la hora de otorgar un alcance restrictivo al término dádiva. Claro que probablemente se trata de un descuido. Y se nota. Falta una reflexión sobre las «ventajas» (no ya «dádivas») que corrompen que probablemente deberían ser sólo las «indebidas»²⁰¹ que benefician sólo al votante que accede *al pactum sceleris*.

En el mismo sentido, tampoco parece mala idea traer aquí a colación el debate inherente a la oportunidad de contemplar un tipo penal *ad hoc* para la corrupción política que tenga en cuenta el diferente alcance de la presión electoral penalmente típica según proceda de un político o de cualquier otro actor ajeno a la contienda democrática.

En suma, la (por lo menos) ambigua solución de la LOREG precisa ser urgentemente revisada no solo técnicamente²⁰², sino también a la luz de una necesaria reflexión político-criminal acerca del tratamiento de la corrupción y de la concusión político-electoral. Una reflexión sosegada que, lamentablemente, no solo no se ha producido en el ámbito penal electoral (¡en las últimas décadas!), sino que parece antitética a la historia en la que se halla permanentemente inmerso el legislador que, incluso cuando aborda cuestiones penales, actúa de forma esquizofrénica y, a veces, parece ver al Boletín Oficial del Estado como un tablón de anuncios en el que dar desahogo a la permanente campaña electoral en la que se hallan los partidos políticos.

Y eso que la materia no es baladí: la difusión endémica de un sistema clientelar en el que quien promete el voto (o paga un carnet de un partido) *adquiere* una significativa mejora de sus oportunidades laborales... Es un secreto a voces²⁰³.

²⁰¹ *Mutatis mutandis*, el art. 108e StGb excluye la relevancia penal de las ventajas que se cifran en un mandato político o una función política.

²⁰² Según J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1185 la necesidad de revisión en este sentido es percibida de forma unánime por parte de la doctrina.

²⁰³ Debería matizarse la aseveración de J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., pp. 1184-1185 quien afirma que, «la necesidad de innovación o de adaptación a nuevas realidades

Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M., «Problemas políticolegislativos del delito de concusión», en *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, Ed. Universidade de Santiago de Compostela, 7-21.
- ALTÉS MARTÍ, M. Á., «El delito electoral», en *Corts: anuario de derecho parlamentario*, n. 8, 1999, 163-185.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. Á., «Inducción y Cooperación al Suicidio», en BAJO FERNÁNDEZ M. Á. (DIR.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. I., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, 247-280.
- BARQUÍN SANZ, J., «Tráfico de influencias, corrupción política y razonable intervención penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 123, 2017, 83-137.
- BORSARI, R., *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambio della prospettiva penale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- BRUNI, P., *L'inquinamento elettorale. Il mercimonio del voto con riferimento ai reati contro la Pubblica amministrazione e alle collusioni politico-mafiose*, Torino, Giappichelli, 2021.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Homicidio y sus formas: suicidio y eutanasia», en VIVES ANTÓN T. S. (DIR.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 85-96.
- CARRARO ROSSETTO, P., «El bien jurídico tutelado en los supuestos delictivos de la corrupción política: breves consideraciones», en MUÑOZ SÁNCHEZ, J. et al. (DIRS.), *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 441-447.
- CASAS BARQUERO, E., «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el código penal español», en *Documentación jurídica*, n. 19, 1978, 855-921.
- CASTRO MORENO, A., *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Barcelona, Bayer, 1999.
- CERINA, G. D. M., *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.

criminológicas es prácticamente nula». En España, las investigaciones criminológicas en materia de corrupción política (y electoral) no parecen especialmente abundantes.

- CERINA, G. D. M., «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español» en *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020.
- «El incorruptible político parcial. Notas sobre el cohecho del político», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 43, 2023.
- COCA VILA, I., «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017.
- COLMENERO GUERRA, J. A., «La protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales vinculadas al ‘discurso terrorista’», en GALÁN MUÑOZ A. Y GÓMEZ RIVERO M^a. C. (DIRS.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, 627-720.
- CRUZ BLANCA, M^a. J., «La corrupción pública en la actividad electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018.
- «La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15, 2013.
- CUERDA ARNAU, M^a. L., «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 171-200.
- «Delitos contra el orden público», en GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 807-862.
- CUGAT MAURI, M., «Corrupción, favores sexuales y compromisos internacionales: la controvertida respuesta del legislador español a las recomendaciones de la OCDE y el GRECO», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA, J. M^a. Y GARCÍA ALBERO, R. (COORDS.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 835-851.
- DAHL, R. H., *A preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago press, 1959.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella: reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo*, Granada, Comares, 2004.
- DE URBANO CASTRILLO, E., «Los delitos electorales, tras la reforma de 28 de enero de 2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2011, 41-50.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso “La Manada”», en MORALES PRATS, F.;

- TAMARIT SUMALLA, J. M^a. Y GARCÍA ALBERO, R. (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 1095-1110.
- DEL AMO SÁNCHEZ, J. M., «El caso Neymar: un breve análisis de la sentencia de la AP Barcelona de 12 de diciembre de 2022», en *Diario La Ley*, n. 10212, Sección Tribuna, 20 de enero de 2023.
- DÍAZ CABIALE, A. Y CUETO MORENO, C., «Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/2021», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 24, 2022.
- DOLCINI, E., «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici». *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2013.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., «Aspectos controvertidos de las figuras de ejercicio de influencias sobre funcionario o autoridad», en *Estudios penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, 1043-1069.
- «El cohecho como instrumento de corrupción política», en L. MORILLAS CUEVA (DIR.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, Dykinson, 2021, 601-650.
- ESCUADERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Autoría y participación», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al. (DIRS.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2016, 363-393.
- IORELLA, A. Y MASSI, S., *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2016.
- GALÁN MUÑOZ, A., «Unión Europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 351-388.
- GARCÍA ARROYO, C., *Los delitos de cohecho antecedente*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre el delito de coacciones», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 6, 1981-1982, 103-152.
- GATTA, G. L., «Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito», en *Diritto penale contemporaneo*, 17 de marzo de 2014, accesible, en este momento, en <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e-induzione-indebita--minaccia-di-un-d>.
- GIMBERNAT ODREIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambios, 1966.

- GÓMEZ RIVERO, M^a. C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M^a. M., «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, V. 43, 2023.
- «La explotación sexual de los menores: el caso de la prostitución del menor», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 122, 2017, 133-196.
- GRACIA MARTÍN, L., «Recensión a Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico. Parte General*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp.», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a época, n. 13, 2004, 445-481.
- GREAME, O., *Dealing in Votes: Regulating Electoral Bribery*, Tesis doctoral. *University of Queensland* que, en este momento, puede consultarse en la web www.researchgate.net.
- INFANTINI, F., *La nuova tutela penale della pubblica amministrazione*, Pisa, IUS Pisa University Press, 2018.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J., «Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio», en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XVI. Delitos electorales. Responsabilidad civil derivada del delito. Delitos contra el deber de prestación del servicio militar. Nueva regulación de la «corrupción» pública*, Madrid, Edersa, 1994, 1-86.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- LUZÓN PEÑA, D-M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- MANNA, A., «I delitti contro la pubblica amministrazione (aggiornamento al volume I)», en CADOPPI, A. et al. (DIRS.), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, UTET giuridica, 2015, 167-184.
- MARINI, G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Comentario a los arts. 419-427». en CONDE-PUMPIDO TOURÓN C. (DIR.) Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2007, 3106-3131.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- MAZA MARTÍN, J. M., «Delitos e infracciones electorales», en DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (DIR.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La Ley-Wolters Kluwer, 2014, 1179-1283.
- MEDINA DE SEIÇA, A., «Artigo 341», en DE FIGEIREDO DIAS, J. (DIR.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra, Coimbra editores, 2001, 308-314.
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Madrid, Bosch, 2000.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2005.
- MORILLAS CUEVA, L., «Delito de “cohecho electoral”», en DE LA CUESTA AGUADO, P. Mª. et al. (COORD.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 749-766.
- «Delitos “comunes” en el desarrollo del proceso electoral – artículos 146, 147, 148, 149 y 150», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (DIR.), *Corrupción electoral. Delitos e infracciones electorales*, Madrid, Dykinson, 2019, 181-231.
- *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20-1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales*, Granada, Colección de estudios penales. Departamento de Derecho penal. Universidad de Granada, 1977.
- MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
- «Delitos electorales», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 2 (1977), 165-179.
- «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso La Manada», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA, J. Mª. Y GARCÍA ALBERO, R. (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 941-959.
- *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CUESTA, J. Y MARTÍ CRUCHAGA, V., «Delitos electorales», en *Diario La Ley*, n. 6687, 2018.
- MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 4, marzo-agosto 2013, 73-101.

- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista», en *Revista penal*, n. 49, 2022, 77-100.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Los delitos relativos al tráfico de influencias», en *Diario La Ley*, 1998.
- OLAIZOLA NOGALES, I., «Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos», en *Poder Judicial*, n. 40, 1995, 425-471.
- «El tráfico de influencias: su relación con el lobby», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (DIR.), *Los lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 35-60.
- «Los delitos contra la Administración pública», en MIR PUIG, S. Y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo - Madrid, Reus, 2006, 361-403.
- ORTS BERENGUER, E. Y VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Del cohecho», en VIVES ANTÓN, T. S. (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, pp. 471 y sgts.
- ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales», en *Cuadernos de política criminal*, n. 3, 1977, 271-287.
- «Lección XXXVIII. Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 719-740
- PALAZZO, F., «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 227-231.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n. 11, 2003, 95-164.
- PELLISSERO, M., «Concussione e induzione indebita a dare o promettere» e «I delitti di corruzione», en GROSSO, C. F., PADOVANI, T. Y PAGLIARO, A. (DIRS.) *Trattato di diritto Penale. Parte Speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015, 173-344.
- PEÑARANDA RAMOS, J. L., «Delitos e infracciones electorales» y «Delitos en particular», en CAZORLA PRIETO, L. Mª. (DIR.) *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Madrid, Civitas, 1986, 1097-1245.
- PÉREZ ALONSO, E. J., «Régimen electoral penal y delitos electorales cometidos por particulares relativos a propaganda y encuestas electorales», en SUÁREZ LÓPEZ J. Mª. *et al.* (DIRS.) *Estudios jurídicos penales y*

- criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Madrid: Dykinson, 2018, 1443-1470.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnica de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- PICOTTI, L., «L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione», en *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 134, 2017, 137-158.
- PLANTAMURA, V., «La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione», en *Rivista trimestrale del Diritto penale dell'economia*, n.1-2, 2012, 189-221.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- QUESADA SARMIENTO, M^a. J., «Comentario a la STS 1009/2022, de fecha 11 de enero, de 2023, por la que se resuelve un delito de extorsión en grado de tentativa», en *Diario La Ley*, n. 10244, 2023.
- RAMOS RUBIO, C., «El delito de cohecho», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, pt. 3, 2002, 101-148.
- RIQUELME PORTILLA, E., *El cohecho parlamentario. Cizur Menor*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019.
- ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (DIR.), A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA y A. VENTURA PÜSCHEL (COORDS.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones pública y de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 55-90.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., «Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 6 (2006).
- ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Atelier Penal, 2005.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., *Suplementos deportivos, dopaje y Salud Pública. Aspectos penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- SPENA, A., «Induzione indebita a dare o promettere utilità», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA L. Y DE SIMONE G. (A CURA DI) *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, 205-226.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)», en *Revista General de Derecho*, n. 597, 1994, 6517-6542.

- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”», en *Cuadernos de política criminal*, n. 62, 1997, 435-507.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «Concusión y corrupción: su delimitación en el Derecho penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-16, 2018.
- «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html.
- *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Santiago de Compostela, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2003.
- *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código Penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Jurisprudencia citada

- STS 1952/2000, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9367).
- STS 782/2005, de 10 de junio, ECLI:ES:TS:2005:3745).
- STS 485/2006, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2613).
- STS 193/2006, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:7428).
- STS 125/2007, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2007:8991).
- STS 8025/2007, de 17 de diciembre (ECLI: ES:TS:2007:8025).
- STS 687/2008, de 8 de abril (ECLI: ES:TS:2008:687).
- STS 472/2011, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3657).
- STS 731/2012, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6685).
- STS 277/2018, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056).
- STS 826/2020, de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2020:826).
- STS 507/2020, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3191).
- STS 120/2021, de 11 de febrero, (ECLI:ES:TS:2021:353).
- STS 61/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2023:61).
- ATSJ Castilla-La Mancha, de 2 de noviembre de 1999 (ARP 1999/5369).
- SAP Las Palmas, 113/2002, de 12 de julio (ECLI:ES:APGC:2002:1752).
- SAP Melilla 8/2004 de 16 de febrero (ECLI:ES:APML:2004:32).
- SAP Almería, 32/2005, de 1 de febrero (ARP/2005/747).

AAP Sevilla 109/2005, de 17 de marzo (JUR/2005/138831).

SAP Madrid 30/2006, de 2 de marzo (JUR 2006/149627).

SAP Cáceres 122/2017, de 23 de febrero (ECLI:ES:APCC:2017:122).

SAP Huelva 88/2018, de 2 de marzo, (ECLI:ES:APH:2018:145).

