

**NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA
FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ**
Editores

**COMPLIANCE Y
JUSTICIA COLABORATIVA
EN LA PREVENCIÓN DE
LA CORRUPCIÓN**



tirant
lo blanch

**CORRUPCIÓN,
CRIMEN ORGANIZADO
Y DELINCUENCIA
económica**

**COMPLIANCE Y JUSTICIA COLABORATIVA EN LA
PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

COMPLIANCE Y JUSTICIA COLABORATIVA EN LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Editores

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA
FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ

Autores

Blanca Ares González
Demelsa Benito Sánchez
Giorgio D. M. Cerina
José Antonio Fernández Ajenjo
Vanir Fridriczewski
Miguel Ontiveros Alonso
Renato Machado de Souza
Selena Tierno Barrios
Francesco Urbinati

tirant lo blanch

Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Este libro se ha realizado en ejecución del Proyecto DER2016-79895P (Ministerio de Economía y Competitividad) y del Proyecto SA129G18 (Junta de Castilla y León).

Colección:

“Corrupción, crimen organizado y delincuencia económica”

Dirigida por:

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA

Catedrático de Derecho Procesal - Universidad de Salamanca

© Nicolás Rodríguez-García
Fernando Rodríguez-López
y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1355-133-3
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

¿PREVENIR ES MEJOR QUE CURAR? TÉCNICA LEGISLATIVA Y POLÍTICA CRIMINAL ITALIANA Y ESPAÑOLA EN EL CAMINO HACIA UNA SANCIÓN PENAL EJEMPLAR Y TOTAL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

Giorgio D. M. CERINA

*Prof. de Derecho Penal
Investigador CIGG-USAL*

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un grave problema y no parecen hacer falta aquí argumentos que soporten la afirmación: baste la ingente producción doctrinal, jurisprudencial pero también periodística para atestiguarlo. No sorprende que el Estado despliegue todo su arsenal para hacer frente a ello, incluyendo a su *extrema ratio*, el derecho penal. Y lo cierto es que la existencia de sanciones penales para corruptos y corruptores es muy antigua: parece que desde siempre se ha tratado de poner remedio a este problema con severas puniciones para los responsables de su proliferación.

Por lo menos en nuestro entorno cercano, es también un hecho que ni la amenaza de sanción para actos corruptos ni el apartamiento de sus autores parecen haber erradicado el fenómeno. Es más, la percepción de la sociedad es que tampoco lo han reducido¹. Normalmente, el análisis de esta “fracaso” se ha proyectado hacia dos direcciones, entre ellas no incompatibles: por un lado, se ha dicho con insistencia que una respuesta meramente represiva no es suficiente y que son ne-

¹ Tanto en Italia como en España, sea suficiente una rápida ojeada a la evolución de los principales índices que dan cuenta de la percepción de la corrupción.

cesarios mecanismos preventivos que van desde el redescubrimiento de los controles administrativos hasta medidas de *soft law*, implantación de códigos de cumplimiento, pasando a través de una gran preocupación por la ética pública, la rendición de cuentas, la educación... Por otra parte, se ha tratado de dotar de mayor eficacia al sistema represivo, introduciendo nuevos tipos delictivos y actuando sobre los existentes, en el intento (declarado) de hacer más efectivo su papel en la lucha contra la corrupción.

En este marco, debe también considerarse la evolución de la sociedad contemporánea (con particular respecto a la digitalización y a la globalización) que ha repercutido no solo sobre el *modus vivendi* de la ciudadanía sino también sobre el *modus operandi* de quienes realizan actividades delictivas, con particular incidencia en la criminalidad económica. El discurso es naturalmente mucho más amplio y complejo del que aquí se puede desarrollar: reténgase que la toma de conciencia de que la corrupción se ha convertido en un problema global ha implicado asumir que la reacción frente al mismo también precisa de instrumentos supranacionales que vayan más allá de la tradicional limitación nacional del derecho penal. Así, no sorprende demasiado que, entre finales de los años '90 del siglo pasado y el principio del nuevo milenio, hayan entrado en escena toda una serie de tratados internacionales que han sido ratificados tanto por la República italiana como por el Reino de España². Por mencionar a los principales, recuérdese la Convención penal contra la Corrupción³ y la Convención de derecho civil contra la corrupción del Consejo de Europa, ambas de 1999⁴; en el marco

² ROMANO (2019: 151 y 152).

³ BOE n.º 182, de 28 de julio de 2010, Sec. I., pp. 65780 a 65812. El instrumento de ratificación, por otra parte, ha sido depositado en el día 28 de abril de 2010 y el Convenio ha entrado en vigor para España en el día 1 de agosto de 2010. Para consultar la tabla de ratificaciones y firmas, véase la página web <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=173&CM=8&DF=08/08/2010&CL=ENG>. Por lo que respecta a Italia, la ratificación se realizó por medio de la Ley de 28 de junio de 2012, n.º 110, publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el día 26 de julio de 2012 y entrada en vigor el día 27 de julio de 2012 que puede consultarse en la web <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012;110>.

⁴ Véase la página web <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=174&CM=8&DF=11/5/2008&CL=ENG>. El "Instrumento de Ratificación del Convenio Civil sobre Corrupción número 174 del Consejo de Europa hecho en Estras-

de las Naciones Unidas, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000⁵ y la Convención contra la Corrupción del año 2003⁶; el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997⁷; y, sin ánimo de agotar el listado de forma exhaustiva, diversos instrumentos jurídicos también vigentes en Italia y en España madurados en el seno de la hoy Unión Europea⁸: entre ellos, baste ahora la referencia al Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995⁹ y sus Protocolos y al Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o

burgo el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve” se publicó en el *BOE* n.º 78, del 31 de marzo de 2010 (Sec. I, p. 29967). En Italia, la ratificación se llevó a cabo mediante la Ley de 28 de junio de 2012, n. 112 publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el mismo día que la llevaba la ratificación del Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa y que ha entrado en vigor el mismo día que ésta. La norma puede consultarse en la web <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012;112>.

⁵ Véase *BOE* n.º 233, de 29 de septiembre de 2003, páginas 35280 a 35297. En Italia, la ratificación se llevó a cabo mediante Ley de 16 de marzo de 2006 n.º 146, publicada en la *Gazzetta Ufficiale* del 11 de abril de 2006 y entrada en vigor el 12 de abril de 2006 cuyo texto puede consultarse en la web <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2006-04-11&atto.codiceRedazionale=006G0168>.

⁶ Véase *BOE* n.º 171, de 19 de julio de 2006, páginas 27132 a 27153. Por lo que respecta a Italia, véase la Ley de 3 de agosto de 2009 n.º 116, publicada en la *Gazzetta ufficiale* del 14 de agosto de 2009, entrada en vigor el 15 de agosto de 2009 y cuyo texto puede consultarse en la web <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2009;116>.

⁷ *BOE* n.º 46 de 22 de febrero de 2002, sección I, pp. 7155 a 7159. Italia ha ratificado la Convención por medio de la Ley de 29 de septiembre de 2000 n. 300 publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 25 de octubre de 2000 y cuyo texto puede consultarse en la web <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2000/10/25/000G0343/sg>. Nótese que, por medio de la misma ley, entre otros instrumentos internacionales, Italia también ratificó la Convención sobre la tutela de los intereses financieros de las Comunidades Europeas hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995 y sus protocolos y también la Convención relativa a la lucha contra la corrupción en la están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea hecha en Bruselas el 26 de mayo de 1997.

⁸ Sobre la lucha contra la corrupción en el marco de la Unión Europea, véase BENITO SÁNCHEZ (2019: 520 y ss.).

⁹ Para España, véase *BOE* n.º 180, de 29 de julio de 2003, y *BOE* n.º 233, de 29 de septiembre de 2003.

de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997¹⁰.

Una simple lectura de los textos jurídicos internacionales mencionados es suficiente para dejar apuntado que todos ellos configuran para los países que los ratifican obligaciones de asegurar la tipificación penal de determinadas conductas y de aplicar a sus autores sanciones suficientes, disuasivas, eficaces...: el mensaje, en síntesis, es “cada Estado miembro debe tipificar como delito...” (sin olvidar la presencia de normas que “aconsejan” tipificar como delito ni de aquellas que supeditan la obligación de tipificar a “los principios constitucionales de cada Estado miembro...”). Lo que está claro es que nada se dice respecto de lo que “no” tiene que ser tipificado como delito ni de “cómo” hay que tipificar los delitos: a fin de cuentas, son tratados internacionales que miden su éxito en el número de países que los ratifican; ni pueden anular el papel del legislador nacional ni pueden ser demasiados estrictos en sus obligaciones, so pena de limitar el número de Estados dispuestos a ratificarlos (que, por otra parte, son normalmente los mismos que negocian sus textos). Añádase que la mayoría de los instrumentos internacionales mencionados cuentan con mecanismos de seguimiento que, *mutatis mutandis*, se desarrollan a través de *peer reviews* que tienen como finalidad monitorear el efectivo cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones impuestas y, en su caso, formular recomendaciones que alienten hacia la “tipificación como delito...”.

Como se verá en las siguientes páginas, las obligaciones internacionales, junto con la voluntad de dotar a la normativa penal anticorrupción de mayor eficacia, explican solo en parte el vertiginoso afán reformador que, en los últimos 10 años, parece haber persuadido a los legisladores italiano y español a realizar continuos retoques a la disciplina penal en la materia. Y, en efecto, si se echa una mirada fugaz a la cronología de las reformas que han sufrido los códigos penales vigentes, se observa que, en Italia (donde sigue vigente el Código penal de 1930), la disciplina prevista en materia de lucha contra la corrupción no había precisado de cambios hasta el año 1990. Es cierto que, en 1992, se aprobó una reforma que, en la materia que interesa, contenía

¹⁰ En España, véase *BOE* n.º 74, de 28 de marzo de 2006, pp. 11804 a 11809.

pequeños ajustes y correcciones a la intervención de 1990. Pero, una vez ratificados los instrumentos internacionales antes mencionados, el Código penal experimenta un auténtica revolución¹¹ en materia de lucha contra la corrupción y sufre (las principales) modificaciones en 2009¹², 2010¹³, 2012¹⁴, 2015¹⁵ y 2019¹⁶. De forma parecida, en Espa-

¹¹ Sobre este punto, véanse las consideraciones de ROMANO (2019: 152 y 153) quien, aun reconociendo que, en 1990, se introdujeron novedades, observa que la reforma de aquel año “había dejado inalterado el esquema típico de la versión originaria del Código” y que la reforma de 2012 se presentaba como “más ambiciosa”.

¹² Ley de 3 de agosto de 2009, n.º 116 de “Ratificación y ejecución de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003, con resolución n. 58/4, firmada por el Estado italiano el 9 de diciembre de 2003, así como normas de adecuación del derecho interno y modificaciones al Código penal y al código de procedimiento penal” cuyo texto íntegro puede consultarse en la web de la *Gazzetta Ufficiale* en el enlace https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2009-08-14&atto.codiceRedazionale=009G0123&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D08%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D116%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2009%26giornoProvvedimento%3D3¤tPage=1.

¹³ Véase el Decreto Ley de 31 de mayo de 2010, n.º 78, titulado “Medidas urgentes en materia de estabilización financiera y de competitividad económica”, que modificaba el artículo 319 bis del Código penal (circunstancias agravantes) introduciendo un aumento de la sanción no sólo cuando el delito de corrupción propia tiene como objeto la atribución de empleos públicos o sueldos o pensiones o contratos en los que tenga interés la Administración, sino también “el pago o el reembolso de tributos”.

¹⁴ Ley de 20 de diciembre de 2012, n.º 237, titulada “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*” y cuyo texto puede consultarse en la web de la *Gazzetta Ufficiale* en el enlace https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2012-11-13&atto.codiceRedazionale=012G0213&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D11%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D190%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2012%26giornoProvvedimento%3D6¤tPage=1.

¹⁵ Ley de 27 de mayo de 2015, n.º 69, titulada “Disposiciones en materia de delitos contra la pública administración, de asociación de tipo mafioso y de falsedades en escrituras contables”, que puede consultarse en la web de la *Gazzetta Ufficiale* en el enlace https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2015-05-30&atto.codiceRedazionale=15G00083&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D05%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D69%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2015%26giornoProvvedimento%3D27¤tPage=1.

¹⁶ La referencia es a la Ley de 9 de enero de 2019, n.º 3, titulada “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*” y cuyo texto íntegro puede

ña, en la materia que interesa, el Código penal de 1995 se modificó en el año 2000¹⁷, 2003¹⁸ y, de más forma intensa, en 2010¹⁹ y ha sufridos retoques tanto en 2015²⁰ como en el año 2019²¹.

El número de reformas dificulta hallar una explicación de las mismas apoyada exclusivamente en las obligaciones internacionales: como se ha visto, sobretodo en Italia, los tratados se ratificaron y entraron en vigor años después de su apertura a la firma y, entre una reforma y otra, no ha sido ni elaborado ni, por lo tanto, ratificado ningún otro convenio. Aparte de ello, tanto en Italia (2012) como en España (2010), las mayores reformas penales en la materia que ahora nos ocupa se producen después de la ratificación de todos los instrumentos jurídicos internacionales que hoy en día forman parte del ordenamiento jurídico de ambos países. Por otra parte, el corto lapso de tiempo entre una reforma y otra hace difícil argumentar que se modifica el Código una vez contrastada la ineficacia del anterior texto.

Dicho ello y antes de aventurar otras explicaciones, será oportuno proceder a un rápido examen de las principales novedades introducidas tanto en Italia como en España. Antes de ello, a la vista del alcan-

consultarse en la web de la *Gazzetta Ufficiale* en el enlace https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2019-01-16&atto.codiceRedazionale=18G00170&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D01%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D3%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2019%26giornoProvvedimento%3D9¤tPage=1.

¹⁷ Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, “de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales” (BOE n.º 10, de 12 de enero de 2000, páginas 1139 a 1139).

¹⁸ Ley Orgánica 16/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal” (BOE n.º 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41842 a 41875).

¹⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n.º 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811 a 54883).

²⁰ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015).

²¹ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, “por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional” (BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16698 a 16712).

ce de este trabajo, conviene advertir que se renuncia a cualquier pretensión de exhaustividad: en las páginas siguientes, nos limitaremos a esbozar las principales líneas de las reformas. Para ulteriores profundizaciones, parece preferible remitir a la doctrina especializada.

II. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS ESENCIALES Y NOTAS SOBRE EL ALCANCE DEL TRABAJO

No es este el lugar oportuno para abordar la problemática inherente a la acotación del significado de la palabra corrupción: el debate es de tan amplitud que no resulta viable analizarlo ahora; parece preferible remitir a otros lugares en los cuales (incluso por mi parte) se ha hecho con la debida profundidad²². Lo que sí parece imprescindible es aclarar cómo se utilizará el término corrupción en las siguientes páginas, con la única finalidad de asegurar un mínimo entendimiento necesario entre autor y lector. Reténgase que no se busca aquí acuerdo, sino entendimiento: quien discrepe sobre la utilización de las palabras, debe sentirse libre de sustituirlas con las que considere más apropiadas, siendo suficiente tener presente el significado que aquí se otorga a las mismas.

En este trabajo, se considerará el término “corrupción” equivalente a “soborno” y a “cohecho”. Las tres palabras se utilizarán, por lo tanto, indistintamente. De la misma manera, las distinciones en materia de cohecho normalmente aceptadas en la doctrina, se declinan aquí de la siguiente manera:

(i) Corrupción propia: la compraventa de un acto del cargo contrario a los deberes del sujeto que lo vende.

(ii) Corrupción impropia: la compraventa de un acto del cargo conforme a los deberes del sujeto que lo vende.

(iii) Corrupción antecedente: la compraventa de un acto del cargo a realizarse en un momento sucesivo.

(iv) Corrupción subsiguiente: el acuerdo remunerativo que tiene como contraprestación un acto del cargo ya realizado.

²² Permítase la referencia a Cerina (2020).

- (v) Corrupción pasiva: la vicisitud de quien vende el acto.
- (vi) Corrupción activa: la vicisitud de quien compra el acto.
- (vii) Corrupción de facilitación: el pacto remunerativo cuando tiene como contraprestación no ya un acto propio del cargo sino la puesta a disposición del cargo mismo o, más sencillamente, cuando la remuneración se corresponde “en consideración” al cargo o función más que a un acto propio del cargo o función.

Si se acepta la distinción entre corrupción pública y privada, admitiendo que la primera se caracteriza respecto de la segunda por ser el sujeto activo de corrupción pasiva un servidor público y por el ser objeto de intercambio un acto propio de su cargo o función (pública), reténgase que, en este trabajo, sólo nos ocuparemos de corrupción pública²³.

De la misma manera, una vez cifrada la esencia de la corrupción transnacional (o internacional o del funcionario público extranjero e internacional...) en la relación del sujeto vendedor (y del acto del cargo o función) con una administración pública distinta a aquella del país en el que se produce el trato, convendrá aclarar que solo nos hemos referido y nos referiremos aquí a la corrupción “del nacional”.

Se usarán también como sinónimos las expresiones “sujeto público” y “servidor público” para hacer referencia al sujeto vendedor que, con mayor propiedad, se tratará de denominar también *intraneus* (haciendo hincapié en su relación con el acto del cargo), en contraposición al *extraneus*-comprador del acto del cargo que se tratará de no denominar “particular”, ya que, conviene retenerlo, nada impide que se trate también de un servidor público²⁴.

III. LA SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ITALIANO EN SU TEXTO ORIGINAL

Lo que la doctrina ha llamado “Estatuto penal de la Administración pública” ha permanecido sustancialmente inalterado desde la

²³ Sobre la distinción entre corrupción pública y privada y sobre la necesidad de reconducir ambas figuras a un único paradigma se remite a BERDUGO & CERINA (2012: 16 y ss.)

²⁴ Sobre este punto, se remite a cuanto observado en CERINA (2020).

aprobación del Código penal italiano actualmente vigente —es decir, el año 1929— hasta el año 1990²⁵.

A grandes rasgos, puede decirse que el texto de 1929 contemplaba una sanción penal para la corrupción propia —antecedente y subsiguiente, activa y pasiva— e impropia —antecedente y subsiguiente en el lado activo y solo antecedente en el lado pasivo—. Desde un punto de vista penológico, la corrupción propia recibía un mayor reproche que la impropia y la corrupción antecedente un castigo mayor de la subsiguiente. Reténgase además que el autor de corrupción activa era sancionado con las mismas penas previstas para el autor de corrupción pasiva, en sus respectivos casos.

Respecto del sistema español, la principal peculiaridad de la elección del legislador italiano se cifraba en que el tipo penal “corrupción” se construía adoptando de forma rigurosa un modelo de tipo mercantil²⁶: la corrupción se entendía como un “pacto” entre dos sujetos que se sustanciaba en una compraventa de un acto concreto y determinado²⁷ perteneciente a la función pública desempeñada por quien lo vendía a cambio de un beneficio que representara una retribución para dicho acto²⁸. La adopción de este modelo implicaba que las conductas tendentes a alcanzar el pacto, pero anteriores al mismo —ofrecimientos o promesas no aceptados por su destinatario— se sancionaban en una norma autónoma que contemplaba consecuencias sancionadoras inferiores (en $\frac{1}{3}$) respecto de las que se prevían para el caso en el que el pacto efectivamente llegara a sellarse. La norma se rubricaba y sigue rubricándose “instigación a la corrupción” y, en las intenciones del legislador, representa(ba) una excepción al principio general recogido en la parte general del Código (art. 115) de acuerdo con el cual la instigación infructuosa —y que, por lo tanto, no lleva a la comisión de delito alguno—,

²⁵ Véase a este respecto, entre otros, Paradiso (2013: 31) quien, incluso después de la importante reforma del año 2012, observa que “en cuanto a la estructura de las conductas del público oficial (o del encargado de público servicio) que se contemplan en este sector de la parte especial, desde 1930 en adelante [...] se nota como tales conductas incriminadas hayan de todas formas mantenido siempre intacto su propio fundamental esqueleto”.

²⁶ Véase, una vez más Cerina (2020).

²⁷ ROMANO (2019: 210 y ss.).

²⁸ Véase, por ejemplo, Romano (2019: 160-163) con consideraciones que aquí se comparan.

no constituye un comportamiento punible²⁹. Con independencia del interesante y amplio debate alrededor de la naturaleza jurídica de esta norma y de su necesidad³⁰, lo que ahora debe subrayarse es que el legislador italiano de 1930 focalizaba su atención en el “pacto”: solo en el momento en el que se alcanza el acuerdo entre corrupto y corruptor se produce un menoscabo del bien jurídico protegido, de tal manera que las acciones individuales encaminadas a alcanzar dicho pacto suponen un peligro para la producción de ese menoscabo. Y ello, con independencia del bien jurídico que se pretenda protegido por el delito.

En el mismo sentido, se entendía que, para que pudiera hablarse de pacto, los sujetos implicados debían acceder al mismo libremente: el menoscabo de la libertad en la libre formación de la voluntad por parte del *extraneus* era incompatible con la idea corrupción. Y, en efecto, en el Código penal, existía —y existe— una norma que sancionaba a la “concusión”³¹ y que se ocupaba de aquellos supuestos en los que el comprador accedía al negocio corrupto en virtud de una coacción de su libre voluntad llevada a cabo por el vendedor —quien “abusando de sus funciones”, le inducía o constreñía a dar o prometer—³². A la pregunta acerca del criterio a utilizarse para determinar con la mayor objetividad posible cuándo se producía este menoscabo, se contestaba

²⁹ Las discusiones sobre la necesidad y naturaleza del precepto no pueden decirse zanjadas ni siquiera hoy en día: ciertamente sugerente es la postura de quien argumenta que se trata de una tipificación expresa de una tentativa unilateral en un delito pluripersonal (en el que, para que se produzca la lesión del bien jurídico protegido, es precisa la intervención de dos personas) que no resultaría punible en ausencia de una tipificación expresa.

³⁰ Por todos, con interesantes consideraciones sobre la perspectiva de la doctrina italiana y española, aunque con una postura que aquí no se comparte (ni respecto al Código penal italiano ni al español), se remite a De Magistris (2014: 5-8) y a la bibliografía ahí citada. Véase también ROMANO (2019: 169 y ss.).

³¹ Un ingenioso paralelismo entre la concusión y el delito de exacciones ilegales había sido aventurado por VALEIJE (1994: 6517-6542). La cuestión debe considerarse resuelta (en sentido negativo) después de la entrada en vigor del Código de 1995. El paralelismo debe además denegarse de forma tajante ya que la inducción en error no configura delito de concusión. Distinto es también el supuesto de concurso entre cohecho y amenazas ya que, aquí, el particular es sujeto activo de cohecho activo y, como tal recibe un castigo (sobre el punto, se remite a OLAIZOLA NOGALES (1995: 425-471).

³² Recientemente se ha hablado de *par condicio contractualis* como elemento que distingue la corrupción de la concusión. Para las referencias jurisprudenciales, se remite a TORRE (2015a: 235).

que, toda vez que el sujeto público abordara al particular tomando la iniciativa, no podía retenerse que este último accediera libremente al acuerdo, sino que el hecho de haber sido abordado por un servidor público, producía *iuris et de iure* un menoscabo de su libertad a la hora de determinar su voluntad³³. La consecuencia de ello era que, en este supuesto, se aplicaba al sujeto público una mayor sanción —motivada precisamente por la producción de un menoscabo en la libre formación de la voluntad del comprador— mientras que se consideraba al *extraneus* como una víctima que, como tal, no recibía reproche alguno³⁴.

De forma coherente, se sancionaba como instigación a la corrupción el hecho del comprador que abordara al *intraneus* toda vez que sus *avances* no hubieran llegado a buen puerto —ofrecimiento o promesa no aceptados—, diferenciando *quoad poenam* el supuesto de instigación a la corrupción impropia —menos grave— y propia —más grave—. No se castigaba el supuesto de instigación a la corrupción subsiguiente, en el entendido de que sólo se puede instigar para que alguien haga y no también por haber alguien hecho³⁵. Naturalmente, sólo se tipificaba la instigación a iniciativa del comprador, ya

³³ El Código penal de 1930, para describir el delito de corrupción pasiva, había abandonado la fórmula del Código anterior: ya no era penalmente relevante el hecho del funcionario público que “se hace prometer” sino que constituía corrupción el comportamiento del *intraneus* que “recibe o acepta la promesa”. A la hora de explicar este cambio, los compiladores habían hecho hincapié en que, siendo la corrupción caracterizada por la iniciativa del particular, en contraposición con la concusión que, en cambio, era siempre “iniciada” por el público oficial, afirmar que es responsable de corrupción el público oficial que “se hace prometer” era una contradicción ya que quien “se hace prometer” toma la iniciativa. Véase la *Relazione sui libri II e II del progetto definitivo* en *Lavori preparatori*, vol. V, pt. II, Roma, 1929, p. 129.

³⁴ Véase Manzini (1981: § 1322), según el cual la concusión apunta a golpear “la ávida procacidad del funcionario” y su “iniciativa en el extorsionar o en el carpir lo indebido”, mientras que, en la corrupción, “lo que viene en consideración es la ilícita relación consensual entre el público oficial y el extraño interesado; el primero cede, aprovechando injustamente el oficio o trayéndole por venalidad a las acaparadoras iniciativas ajenas”. Por consiguiente, afirmaba el autor, “en la concusión el funcionario pide; en la corrupción, en cambio acepta. (...) En la corrupción, por el derecho penal italiano, el germen patógeno viene desde el exterior: es un aerobio. La concusión, en cambio puede representarse, como similitud biológica, como una forma de auto-intoxicación: trátase de un germen interno: de un anaerobio”.

³⁵ Sobre esta cuestión, entre muchos, véase ROMANO (2019: 170).

que, cuando la iniciativa frustrada partía del sujeto público, debía hablarse, en su caso, de tentativa de concusión.

Con todo, la diferencia entre concusión y corrupción se iba paulatinamente convirtiendo en un rompecabezas para la doctrina y la jurisprudencia³⁶: la aplicación automática del criterio diferenciador basado en la iniciativa parecía incapaz de acotar de forma satisfactoria los supuestos en los que efectivamente la voluntad del *extraneus* se veía coartada³⁷. Sobre todo con el tránsito hacia un Estado Social y Democrático de Derecho, abierto al mundo y en el que poderosas multinacionales se iban afirmando e interactuaban con la administración, parecía difícilmente defendible que toda vez que un empleado público tomara la iniciativa para cerrar con un particular un pacto corrupto hubiera que presuponerse una extorsión calificada y librar de la sanción a este último por presumir un menoscabo en la libre formación de su voluntad³⁸.

1. La reforma de 1990 (y 1992)

Precisamente el abandono del criterio de la iniciativa en cuanto no idóneo para diferenciar corrupción y concusión estuvo a la base de una de las mayores novedades introducidas por el legislador en los años 1990 y 1992: se modificaba el delito de instigación a la corrupción, incluyendo como supuesto penalmente típico el del su-

³⁶ PELLISSERO (2015: 274 y ss.). Recuerda el autor que “las dificultades de aplicación de los criterios diferenciadores entre la concusión y los delitos de corrupción se han agudizado en contextos de corrupción sistemática, donde el rol de las partes es menos definido” (p. 278).

³⁷ Ya apuntaban en este sentido, las reflexiones de LEVI (1935: 280). Más recientemente, véase ROMANO (2019: 183).

³⁸ Véase Venditti (1962: 761) quien observaba que decir que, en la corrupción, la iniciativa es siempre del particular, mientras que, en la concusión, es siempre del sujeto público “no acata la esencia del problema y se revela, en sus reflejos prácticos, fundada sobre el mito de la imposibilidad que un público oficial asuma la iniciativa en un delito de corrupción. La insuficiencia del criterio”, además, “resulta evidente donde se considere que, con apoyo en el mismo, existiría siempre concusión cuando la iniciativa fuera del público oficial y que, por lo tanto, el particular debería considerarse en estos casos siempre impune, incluso si hubiese agradablemente adherido a la iniciativa del público oficial y de esa adhesión se hubiese aventajado”. Más recientemente, entre muchos, véase PELLISSERO (2015: 248).

jeto público que aborda al particular “solicitando” una promesa o una entrega, toda vez que la iniciativa no encuentra aceptación de la otra parte. En suma, se tipificaba como delito la (instigación a la) corrupción (antecedente, propia e impropia) a iniciativa del sujeto público (manteniéndose una reducción de $\frac{1}{3}$ de la pena respecto de los correspondientes supuestos de corrupción consumada). Así procediendo, se reconocía *ope legis* que el menoscabo en la libre formación de la voluntad del *extraneus* no es consecuencia automática que deba postularse toda vez que la iniciativa procede del sujeto público: bien podía darse el caso en que el particular, abordado por el funcionario público, accediese...libremente³⁹.

Otra novedad de la reforma de 1990 y 1992 concernía al delito de corrupción propia y tenía carácter esencialmente penológico: se eliminaba la diferencia *quoad poenam* entre corrupción antecedente y subsiguiente con el consiguiente venir menos de la necesidad de demostrar si la actuación vendida ya se había producido o todavía tenía que producirse en el momento en el que se celebraba el acuerdo. La modificación se apoyaba en exigencias de tipo probatorio: la prueba de que había habido un acuerdo se hallaba con más facilidad en el momento en el que se realizaba la *traditio* del precio —*v. gr.* una transferencia bancaria— pero dicha entrega a menudo era consecuencia de un —más difícil de probar— acuerdo obligatorio anterior —ofrecimiento o promesa—; por otra parte, no resultaba raro que el acto objeto del acuerdo se materializara después de que los sujetos contrajeran la obligación ilícita pero antes de la *traditio* —la cronología podía ser: promesa de retribución del acto; realización del acto; pago en concepto de remuneración del acto—. El hallazgo probatorio situado en el momento en que se ejecutaba el acuerdo —pago en concepto de retribución del acto—, vigente la anterior disciplina, implicaba la aplicación de la sanción —menos grave— prevista para la corrupción subsiguiente, mientras que, lo que en realidad se había producido —aunque no había sido posible probarlo—, era un caso —más grave— de corrupción antecedente. La equiparación *quoad poenam* de las dos figuras delictivas solucionaba el problema, a costa de las protestas de la doctrina que no había dejado de argumentar

³⁹ Véase PELLISSERO (2015: 275).

que, cuando, en la graduación de la pena, se introducen elementos espurios (como las necesidades probatorias), amén del principio de proporcionalidad, se termina poniendo en tela de juicio la racionalidad entera del sistema penal⁴⁰.

2. *El stress test normativo supuesto por Tangentopoli: la concusión ambiental y la corrupción en razón de la función. Apuntes*

La doctrina coloca normalmente el inicio de la “Operación Manos Limpias” en 1992 y su fin algunos años después. Lo que es innegable es que los últimos 10 años del siglo pasado supusieron un poderoso *stress test* para la normativa penal en materia de Administración pública. La jurisprudencia estiró la aplicación de las normas vigentes probablemente al límite de la compatibilidad con su tenor literal, aprovechando dificultades interpretativas y vacíos y, según parte de la doctrina, traspasando a veces las barreras de la estricta legalidad, presunción de inocencia y garantías para el imputado⁴¹.

Interesa ahora señalar dos cuestiones. Respecto de la diferenciación entre concusión y corrupción, la reforma del año 1990 había superado el criterio diferenciador fundado sobre la iniciativa pero tipificando como delito de instigación a la corrupción el supuesto en el que el funcionario público “solicita” al particular, había, si cabe, complicado el debate inherente a la *actio finium regundorum* entre los dos delitos: cuando el funcionario público “solicita” se configuraba corrupción —toda vez que la solicitud fuera aceptada—, mientras que, cuando, “abusando de sus funciones, induce”, se trataba de concusión⁴². En la práctica, distinguir los dos supuestos era cuestión sumamente compleja y ninguno de los criterios propuestos por doc-

⁴⁰ Véase, sobre este punto SEMINARA (1994: 855); FIANDACA & MUSCO (2002); FERRANTE (1990: 16).

⁴¹ FLORA (2019: 4).

⁴² Como se ha observado en doctrina, “a la identidad de los sujetos cualificados, se suma la identidad del *corpus delicti* (que constituye el motor primero, y, a menudo, único de la *inquisitio*: la prestación o la promesa de dinero u otra utilidad)”. Así PADOVANI (1999: 1303).

trina y jurisprudencia convencía del todo⁴³. Consecuencia de ellos era que el límite iba desplazándose caso por caso. Y la cuestión no era baladí. En el supuesto de concusión, se recordará, el particular que compra es víctima y, como tal, no tiene derecho a guardar silencio en el proceso penal. Al contrario, en el caso de la corrupción, el *extraneus* es imputado y... *nemo tenetur se detegere*⁴⁴. El límite difuso entre las dos figuras devenía, de alguna forma, funcional para romper el pacto de silencio entre los dos sujetos implicados⁴⁵, una de las principales causas de la enorme cifra negra de la corrupción⁴⁶: el particular que, bajo la promesa de impunidad, se presentaba como víctima de concusión, terminaba delatando al sujeto público vendedor. Se abrían entonces camino interpretaciones que tenían como finalidad ampliar el espectro aplicativo de la concusión, lo que permitía contar con víctimas-aliadas de los investigadores; se empezó a hablar de “concusión ambiental”, afirmando que un contexto generalizado de

⁴³ La doctrina (y la jurisprudencia) frente a casos en los que era evidente la insuficiencia del criterio de la iniciativa (piénsese en el supuesto en el cual un sujeto público se niega a realizar un acto de su cargo hasta que un particular le ofrezca una remuneración) fueron elaborando otros criterios distintivos: entre ellos, el que mayor tuvo éxito fue seguramente el que insistía en la necesidad de evaluar la presencia en el particular de un *metus publicae potestatis*. Aquí también, sin embargo, se observaba que, *de iure condito*, el estado de ánimo del particular no resulta relevante para distinguir entre corrupción y concusión; también se dijo que el criterio no ofrecía seguridad ni era fácilmente demostrable; por último, según algunos, era imposible no hallar siempre algo de *metus* toda vez que un particular se relacionaba con la administración. Otro criterio propuesto fue el que se apoyaba en el hecho de que, a fin de cuentas, en la concusión, el particular *certat de damno vitando* y, por ello, debe ir exento de sanción; en la corrupción, en cambio, *certat de lucro captando* lo que le hace merecedor de pena. Frente a este criterio también, se objetaba que no en todos los casos en los que el particular *certat de damno vitando* se aprecia aquel menoscabo de la libre formación de voluntad necesario para que pueda hablarse de concusión. Véanse, sobre este punto, PAGLIARO (2008: 199), ROMANO (2019: 183 y ss.) y PELLISSERO (2015: 274 y ss.).

⁴⁴ PELLISSERO (2015: 274).

⁴⁵ Véase Ruggiero (2001: 744) quien denunciaba una “obra de incontrolada ampliación jurisprudencial de la concusión: operación exegética, ésta, indispensable para la satisfacción de las exigencias meramente represivas colocadas en una óptica de alivio de obstáculos probatorios a menudo insuperables”.

⁴⁶ Véanse, entre muchos, las consideraciones de DE MAGISTRIS (2014: 2) en donde se habla de “omertà que ata corrupto y corruptos, en un pacto ilícito que la mayoría de las veces permanece impenetrable, garantizando la impunidad de ambos los sujetos”. Véase también ROMANO (2019: 151).

sobornos infunde en toda persona que desea interactuar con la parte de la Administración contaminada cierto miedo a salirse de la foto: dicho de otra manera, se empezó a admitir que, a fin de cuentas, el menoscabo de la libertad en la formación de la voluntad de quien abona dinero u otra utilidad para obtener a cambio un acto público puede ser provocado por el “ambiente”. La idea es que, naturalmente, el ambiente supone una alteración en el proceso de formación de la voluntad de todo aquél que interactúa con él; todos son víctimas y, por tanto, sin derecho a guardar silencio, se convierten en preciosos colaboradores⁴⁷. Por si ello generaba el peligro de que, de alguna manera, se terminara estimulando aquella “normal propensión de los ‘corruptores’, efectivos o presuntos, a presentarse como ‘víctimas’ y la contrapuesta tendencia de los ‘concusores’, efectivos o presuntos, a presentar el sujeto destinatario de la conducta de concusión como un (efectivo) ‘corruptor’”⁴⁸, el sistema se auto-tuteló y la Corte de Casación avaló una praxis jurisprudencial que permitía que, a proceso en curso, se cambiara el título de imputación de concusión a corrupción: quien había testificado como de víctima de concusión podía luego convertirse en imputado por corrupción⁴⁹.

La segunda cuestión atañe a la relevancia penal de supuestos de cohecho por facilitación. En el sistema tradicional italiano, no sólo no existía una norma penal que se ocupara de este tipo de corrupción, sino que, de acuerdo con la doctrina ampliamente mayoritaria, para

⁴⁷ Véanse las consideraciones de PELLISSERO (2015: 248-249).

⁴⁸ MARINI (1992).

⁴⁹ Véase *Cass. Sez. Un.*, de 30 de abril de 1997, en *Arch. Nuova Procedura Pen.*, 1997, p. 455; *Cass. Sez.* donde se lee que “no implica violación del principio de correlación entre la sentencia y la acusación contestada el retener la subsistencia del delito de corrupción en vez de la más grave hipótesis delictiva de la concusión; y, en verdad, puesto que en ambas las susodichas figuras criminales existe el elemento común de la dación y de la promesa de dinero u otra utilidad, la comprobación de la insuficiencia de la actividad delictiva del público oficial (que caracteriza la concusión) y de la subsistencia, en su vez, de un ilícito acuerdo entre el público oficial y el otro sujeto (que caracteriza la corrupción) incide sobre una modalidad del hecho que forma objeto del cabo de imputación que no modifica sustancialmente su estructura ni diversifica su contenido esencial, en cuanto, en el caso de concusión, la hipótesis de la exclusiva actividad delictiva del público oficial comprende y absorbe en un *quid pluris* todas las demás hipótesis en las que la ventaja económica es obtenida por el sujeto público a través de la libre voluntad del particular”. Sobre este punto, véanse, entre otros, Marini (1992: 250); POMANTI (2010: 65-66); De Luca (2000: 340).

que hubiera corrupción, era preciso que se individualizaran el acto o los actos concretos objeto del pacto corrupto, su relación cronológica con el pacto mismo y su conformidad o contrariedad con los deberes del sujeto vendedor. La necesidad descendía no solo —y, a veces, no tanto— de la literalidad de las normas, sino también de su adhesión a la reconstrucción de la corrupción como compraventa que, claro está, supone una relación sinalgmática entre precio y objeto del contrato que, además, han de resultar suficientemente identificados⁵⁰. La evolución interpretativa del tipo penal de corrupción propia había ya puesto de manifiesto algunas grietas en esta construcción teórica: por un lado, se había empezado a dudar de que fuese necesario evaluar caso por caso la existencia de una relación de proporcionalidad entre acto y remuneración: si el acto que se promete a cambio de dinero u otra utilidad es contrario a los deberes del cargo, se decía, cualquier retribución del mismo es relevante penalmente⁵¹. También en materia de corrupción propia, ya se ha dicho de la equiparación de las penas realizada *ope legis* de las vertientes antecedente y subsiguiente. En este marco, frente a supuestos cada vez más frecuentes⁵² en los que quedaba claro que existía un pacto entre comprador y vendedor pero el mismo no tenía como objeto uno o unos actos concretos sino que se realizaba para captar la benevolencia futura del sujeto público, la jurisprudencia empezó a calificar como corrupción punible casos en los que el dinero se abonaba en razón de las funciones ejercidas por el sujeto público⁵³. De la misma manera, frente a supuestos en los que los empleados públicos eran pagados periódicamente para que pusieran a disposición su función toda vez y siempre que, en el futuro, fuera necesario, la jurisprudencia empezó a aplicar el artículo 319 del Có-

⁵⁰ Véase, entre otros GAMBARDELLA (2013: 17).

⁵¹ Nótese que, a diferencia de lo que acontecía en el artículo 318 del Código penal, en el artículo 319, faltaba la referencia al concepto de “retribución” y al carácter “indebido” del dinero u otra utilidad. Sobre este punto, véase ROMANO (2019: 200 y ss. y 225); GAMBARDELLA (2013: 23).

⁵² Véase PELLISSERO (2015: 248 y ss.).

⁵³ *Cass. Pen. Sez. III*, de 20 de octubre de 1995, en *Foro Italiano*, 1996, pt. II, col. 419. En el mismo sentido, *Cass. Pen. Sez. VI*, de 7 de marzo de 1997, n.º 967, en *Riv. Pen.*, 1997, p. 576. En la doctrina, véase PEZZINI (1999: 226), INFANTE (2015: 215) y GAMBARDELLA (2013: 27-28).

digo penal⁵⁴. Incluso parte de la doctrina (inicialmente muy crítica⁵⁵), terminó avalando cierta interpretación que consideraba suficiente para la aplicación del precepto *de quo* que se identificara el *genus* de la futura prestación del *intraneus* (contraria a los deberes del cargo)⁵⁶.

En cualquier caso, se solicitaba la intervención del legislador en ambos frentes ya que, con mayor o menor claridad, se percibía la peligrosa cercanía de la interpretación (extensiva) de los tipos (de concusión y de corrupción propia) con la violación del principio de legalidad⁵⁷.

3. La reforma de 2012

Dado por finalizado el periodo de *Tangentopoli*, la primera década de este siglo puede sin duda rotularse como el decenio de los Tratados Internacionales de lucha contra la corrupción⁵⁸. También

⁵⁴ INFANTE (2015: 215-216) y TORRE (2015a: 234) Respecto de la aplicación indiscriminada de la corrupción propia en estos casos, véase, flora (2019: 4) y la jurisprudencia ahí mencionada. El autor habla, de una “interpretación implosiva del modelo legal” que desemboca en una “sustancial abrogación de la norma sobre corrupción impropia, fagocitada por aquella sobre la corrupción propia, tras la consideración que el acto (especialmente si ‘discrecional’) realizado en la perspectiva de recibir por él dinero u otra utilidad tiene que considerarse, de todas las maneras, contrario a los deberes del oficio”. Sobre la evolución interpretativa del artículo 319, véase, en particular, PELLISSERO (2015: 285 y ss.) quien también observa como consecuencia de la ampliación del ámbito aplicativo de la corrupción propia un “proceso de despenalización de hecho de la corrupción impropia” (p. 288).

⁵⁵ Véase, en particular, MANNA (1999: 116 y ss.). Para un eficaz resumen de las principales críticas, baste aquí la remisión a PELLISSERO (2015: 289 y ss.).

⁵⁶ Flora (2019: 4) en donde el autor observa (de forma crítica) que esta tendencia jurisprudencial ha implicado el crecimiento, “en el vientre del artículo 319, de la misteriosa criatura de la corrupción por el ejercicio de la función”. La tesis es que el legislador del año 2012 ha codificado una figura de creación jurisprudencial. En términos parecidos, véase también ROMANO (2019: 168 y, en materia de corrupción impropia, pp. 212 y ss.) Subraya el autor como la introducción, en 2012, del precepto que sanciona expresamente el cohecho de facilitación no ha hecho sino recibir en parte las conclusiones a las que ya había llegado la jurisprudencia. En el mismo sentido, PELLISSERO (2015: 285). En la jurisprudencia, véase *Cass. Sez. III*, de 21 de junio de 2005, n.º 25939; *Cass. Sez. II*, de 9 de diciembre de 2003, n.º 2622.

⁵⁷ Para un breve resumen de las numerosas propuestas de reforma del Código desde los años ‘80, véase PELLISSERO (2015: 251 y ss.).

⁵⁸ ROMANO (2019: 151).

se ponían en marcha los mecanismos de seguimientos previstos por éstos. Y no sorprende demasiado que, a la hora de enfrentarse a la normativa italiana, en el marco de las *peer reviews*, los evaluadores internacionales se detuvieran sobre su principal peculiaridad: la existencia de un delito de concusión cuyos límites con la corrupción eran —y siguen siendo— nebulosos. Los tratados no contemplan preceptos parecidos al artículo 317 del Código penal italiano y, con carácter general, apuntan a garantizar que los Estados parte tipifiquen como delito supuestos de corrupción y aseguren una sanción adecuada para sus autores: el peligro que se detectaba en Italia era que, mediante el desplazamiento del límite de la corrupción y una ampliación del espectro de relevancia de la concusión, se garantizara la impunidad de auténticos corruptores⁵⁹.

En el año 2012, entraba así en vigor una reforma muy amplia de todo el Estatuto penal de la Administración Pública que, en el caso de los delitos de corrupción, parte precisamente de las anteriores consideraciones⁶⁰. En primer lugar, se redefinen los límites entre corrupción y concusión: al hilo de las sugerencias procedentes de las mencionadas *peer review*, el legislador amplía el espectro de conductas “de competencia” de los delitos de corrupción, limitando el alcance de la concusión a los supuestos en los que el *intraneus*, abusando de su calidad o de sus poderes, “constríne” a alguien a dar o prometer. Los supuestos de “inducción con abuso de la función o poder” pasan a integrar el nuevo delito rubricado “inducción indebida a dar o prometer utilidad” (art. 319 *ter*). La nueva norma se ubica sistemáticamente dentro de los delitos de corrupción y, por consiguiente, contempla una pena no sólo para el sujeto público que “induce” sino también para quien se deja inducir y “da o promete dinero u otra utilidad”. No obstante, más allá de su sistemática formal, la configuración penológica del nuevo delito parece colocarlo en un camino intermedio entre la corrupción y la concusión: la nueva norma contempla una sanción para el sujeto público —de tres a ocho años— equiparable a la prevista por el más grave supuesto de corrupción propia —de cuatro a ocho años—, mientras que el inducido a dar o prometer es sancionado de

⁵⁹ PELLISSERO (2015: 253 y 256-257) y INFANTINI (2018: 51 y 62 y ss.).

⁶⁰ El alcance de la reforma no se limitaba a la modificación del Código penal. Véase, sobre este punto, entre muchos, ROMANO (2019: 153 y ss.).

forma incluso más tenue —reclusión de hasta tres años) que el autor de corrupción activa impropia (reclusión de uno a cinco años— y su castigo se acerca al previsto para el autor de instigación a la corrupción impropia —reducción de $\frac{1}{3}$ sobre la pena prevista para el delito consumado—⁶¹.

La segunda importante novedad introducida en el año 2012 es la tipificación como delito del supuesto de compraventa no ya de un acto de la función sino de la propia función. Para ello, el legislador, en lugar que introducir un precepto *ad hoc*, modifica la norma que sancionaba la corrupción impropia, sustituyendo, en el objeto del dolo, el “acto del cargo” con la “función” y los “poderes”⁶². El nuevo artículo 318 sanciona al oficial público que *per l’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri* recibe indebidamente, para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad. La ambivalencia de la preposición *per* —que traduce tanto “para” como “por”— ha permitido que la doctrina mayoritaria haya reconocido que la norma representa el tipo básico de cohecho⁶³ y, en virtud de su relación de especialidad con el delito tipificado por el artículo 319, sanciona hipótesis de corrupción impropia (antecedente y subsiguiente⁶⁴) y “de facilitación”⁶⁵. Al neto de las críticas difusas sobre la equiparación peno-

⁶¹ Véanse, sin embargo, las consideraciones críticas de ROMANO (2019: 181). Sobre el merecimiento de sanción del *extraneus*, nótese que ya en el año 2013 (apenas unos meses después de la entrada en vigor de la reforma) se presentaba en el Senado un *disegno di legge* que proponía, entre otras cosas, eliminar la punibilidad del inducido —PELLISSERO (2015: 254)—.

⁶² Sobre la oportunidad de mantener, como acontece en España, dos preceptos *ad hoc* para, respectivamente, la corrupción propia e impropia antecedente, distintos del que sanciona a la corrupción de facilitación, véase Balbi (2012: 8).

⁶³ Base aquí remitir a ROMANO (2019: 198) y PELLISSERO (2015: 258).

⁶⁴ Obsérvese que la modificación termina incidiendo también sobre el alcance de la instigación a la corrupción. Puesto que la técnica utilizada por el artículo 322 del Código penal italiano se basa en la remisión a los hechos previstos por las normas que lo preceden, debe retenerse, junto con la mayoría de la doctrina, que resulten ahora punibles también las instigaciones a la corrupción subsiguiente. Sobre este particular, véase ROMANO (2019: 171). En sentido parcialmente contrario, TORRE (2015a: 244 y ss.) con consideraciones críticas acerca de la lesividad de la instigación a la corrupción en supuestos de cohecho subsiguiente y de facilitación.

⁶⁵ Véase De Magistris (2014: 10). En este sentido, también ROMANO (2019: 163) e INFANTE (2015: 217), que insisten sobre la simplificación probatoria que implica la nueva norma.

lógica de los distintos supuestos⁶⁶, conviene advertir que no ha faltado quien, al contrario, haya defendido que el nuevo precepto no sanciona hipótesis de corrupción impropia subsiguiente (entendiendo que, en este caso, *per* equivale al español “para”)⁶⁷.

A propósito de esta norma, se ha subrayado la diferente elección del legislador italiano respecto del español, observando que decir “por/para el ejercicio de las funciones o poderes” (Código penal italiano) no es lo mismo que hablar de soborno “en consideración al cargo o función” (Código penal español): la primera fórmula parece más estricta que la segunda. Y, en efecto, la utilización de la preposición *per*, de alguna manera, deja intacta (si bien atenuada) la idea de sinalagma (limitándose a sustituir el “acto” con la “función”)⁶⁸ que, en cambio, desaparece en el Código español⁶⁹. Aparte de las discusiones de la doctrina italiana sobre la posibilidad de subsumir en este precepto hipótesis no sólo de corrupción antecedente, sino también subsiguiente, lo anterior explicaría la diversa respuesta penológica de los dos ordenamientos de cara a comportamientos de cohecho de facilitación: para el caso español, se trata de la hipótesis menos grave del capítulo, mientras que, para el italiano (especialmente después de la reforma de 2019), se trata de un caso muy grave (seguramente equiparable al cohecho impropio anteceden-

⁶⁶ ROMANO (2019: 154, 198 y 213 y ss., 218 y 219) y GAMBARDELLA (2013: 16), quien, sin embargo, observa que la horquilla muy amplia entre pena mínima y máxima permite al juez graduar oportunamente la sanción. Respecto de esta última justificación, en sentido contrario, se manifiesta INFANTE (2015: 223), según el cual el precepto debería abarcar supuestos con un desvalor homogéneo (argumento que el autor utiliza para considerar fuera del alcance de la norma los supuestos de corrupción impropia subsiguiente). Véase también PELLISSERO (2015: 299).

⁶⁷ De esta opinión parece, entre otros, INFANTE (2015: 217 y 219 y ss.), con argumentos basados en la lesividad e INFANTINI (2018: 183 y ss.). En sentido contrario, la mayoría de la doctrina, en la que se puede destacar a GAMBARDELLA (2013: 23).

⁶⁸ En este sentido, PELLISSERO (2015: 294). En sentido contrario GAMBARDELLA (2013: 32), según el cual la entrada en escena del nuevo artículo 318 supone el abandono del modelo mercantil y la toma en consideración del modelo clientelar de la corrupción que se cifra en la “simple infidelidad del público agente”.

⁶⁹ En sentido contrario, véase SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 408). Según el autor (p. 424), para la aplicación del artículo 422, es preciso (i) que el ámbito de competencia del sujeto público, de alguna manera, incluya la posible toma de decisiones que afecten a intereses del particular y (ii) que no existan razones ajenas a la función desempeñada que justifiquen la dádiva. Aun así, el alcance sigue pareciendo distinto al de la norma italiana.

te⁷⁰, y, hoy con un desvalor cercano al de la corrupción antecedente. Para entendernos, la pena de prisión que el ordenamiento italiano reserva hoy para esta hipótesis delictiva es más elevada que el castigo previsto por el ordenamiento español para la hipótesis más grave de cohecho). Y, en efecto, se argumenta, no es lo mismo sobornar para obtener a cambio “la puesta a disposición de la función” que corresponder un regalo a alguien teniendo como única razón el hecho de que desempeñe una función o cargo público⁷¹. El conjunto de supuestos subsumibles en la segunda hipótesis (Código penal español) parecería mayor y la diferencia de alcance con la primera (Código penal italiano) se cifraría justamente en la punibilidad de comportamientos que suponen una afectación menor para el bien jurídico protegido⁷². Así se explica también como la más destacada doctrina española haya abogado con cierta insistencia para la expulsión de esta hipótesis delictiva del ordenamiento penal⁷³

⁷⁰ En doctrina, véase GAMBARDELLA (2013: 18). Según el autor no puede razonablemente defenderse que “cuando la actividad corruptiva es limitada a la compraventa de un único acto (...) es más grave de la conducta del sujeto público que somete a los intereses del particular su entera actividad”. En realidad (p. 19) los episodios de corrupción más graves, según el autor, son justamente aquellos en los que “el corruptor consigue controlar toda la actividad del sujeto público”. Nótese que el autor rechaza además el argumento procedente del derecho comparado (español y alemán) que sancionan esta hipótesis de forma más leve. La propuesta interpretativa de este jurista, no obstante, aboga por seguir sancionando los supuestos más graves de puesta a disposición de la función como corrupción propia, dejando para la nueva norma los casos menos graves de soborno “con ocasión” en la función. En sentido contrario, la opinión (que aquí se comparte) de PELLISSERO (2015: 296-297) quien excluye que los supuestos de soborno “con ocasión” del oficio puedan subsumirse en el actual artículo 319 del Código penal italiano.

⁷¹ Parece sustancialmente contraria la opinión de INFANTE (2015: 217) quien interpreta el artículo 318 del Código penal italiano en línea con cuanto se afirma comúnmente a propósito del actual artículo 422 del Código penal español. En términos parecidos, PELLISSERO (2015: 295).

⁷² Véase, DE MAGISTRIS (2014: 11-12). Para algunas notas sobre el alcance de la expresión *per l'esercizio della funzione*, véase ROMANO (2019: 204 y ss.). Sobre la exclusión de la relevancia penal de los *munuscula*, véase, entre muchos, GAMBARDELLA (2013: 24) e INFANTE (2015: 228-229). En la doctrina española, véase MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1384 y 1385).

⁷³ Véase Vizueta Fernández (2003: 237-241), Rodríguez Puerta (1999: 274) y Olaizola Nogales (1999: 108). Véanse también las consideraciones de De la Mata Barranco (2004: 79) y de MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1385) que ponen el acento sobre la necesidad de reiteración del comportamiento o sobre la posibilidad de que el funcionario sea destinatario de futuras solicitudes o requerimientos relativos al ejercicio del cargo (en este sentido, véase también VÁZQUEZ PORTOMENE (2011: 172). También proponen

mientras que, después de la reforma de 2012, no ha faltado quien, en Italia, haya solicitado castigos más severos para la misma⁷⁴.

Lo cierto es que, mientras la anterior disciplina exceptuaba la simetría de sanciones para corrupto y corruptor en el caso de corrupción impropia subsiguiente —que, en el lado activo, como se ha visto, quedaba impune—, con la nueva redacción, desaparece toda asimetría y todo comportamiento penalmente relevante del lado pasivo, también lo es del lado activo.

Sin embargo, como acontece a menudo, la técnica escogida por el legislador (por lo menos en parte) ha alejado los resultados de las intenciones de los extensores de la reforma. En primer lugar, no cabe duda que la introducción del delito de inducción indebida a dar o prometer no ha simplificado la tarea de diferenciar corrupción y concusión, sino que ha cambiado de nombre al problema ya que ahora la *querelle* se sitúa alrededor de la diferenciación entre la corrupción y la inducción indebida (sigue siendo necesario diferenciar entre “solicitar” e “inducir”)⁷⁵; además, se ha añadido una nueva cuestión interpretativa ya que ahora es preciso distinguir —incluso *quoad poenam*— los supuestos de inducción indebida (en los que, abusando de las funciones, se induce), de aquellos de concusión en los que, abusando de las funciones, se constriñe⁷⁶.

Por su parte, la elección de sancionar —expresamente— la corrupción por facilitación junto con la corrupción impropia —y no con sanciones equivalentes a la hipótesis de corrupción propia que la jurisprudencia había previamente elegido como idónea para subsumir los supuesto de cohecho por el ejercicio de la función⁷⁷—, más allá

restringir el ámbito de operatividad de la norma requiriendo que “el funcionario tenga capacidad objetiva potencial para incidir de algún modo en las actividades del particular que le entrega la dádiva”. Véase también MIR PUIG (2011: 49).

⁷⁴ Para un examen de estas posturas, se remite a INTANTINI (2018: 179 y ss.).

⁷⁵ Entre muchos, véanse ROMANO (2019: 182) y TORRE (2015a: 235-236), quien advierte acerca del riesgo de que la subsunción de una conducta en una u otra figura se siga doblegando a exigencias de tipo procesal. Y también PELLISSERO (2015: 279 y ss.).

⁷⁶ Véase flora (2019: 5) en donde el autor observa que, “no obstante los agradables esfuerzos de las *Sezioni Unite*”, los confines recíprocos entre corrupción y concusión deben considerarse todavía lejos de encontrar una respuesta mínimamente estable.

⁷⁷ Véanse PELLISSERO (2015: 291) y GRAGANI (2014: 1033 y ss.), quien habla de “esterilización” jurisprudencial de la reforma legislativa.

de los problemas interpretativos a los que ya se ha hecho referencia, ha sido ignorada por parte de la jurisprudencia que ha seguido considerando que, en definitiva, quien pone su función a disposición de intereses particulares, actúa en violación de sus deberes, debiéndose aplicar al caso el más grave delito de corrupción propia que, ya antes de la reforma, había servido para ello⁷⁸.

4. *La reforma de 2015*

La intervención del legislador del año 2015 aumenta todas las penas privativas de libertad. La corrupción por facilitación —e impro-

⁷⁸ Véase FLORA (2019: 5) y la jurisprudencia ahí mencionada. En el mismo sentido INFANTE (2015: 218) quien, poco después de la entrada en vigor de la reforma de 2012, auguraba cierta “tentación” de la jurisprudencia para recurrir al más conveniente artículo 319 —aludiendo, en particular, al mayor plazo de prescripción consecuencia de la pena más alta contemplada por esta última norma—. El autor parece sugerir que subsumir en el nuevo artículo 318 supuestos que, antes de la reforma, se calificaban como corrupción propia, implicaría probablemente interrumpir procesos penales en curso por sobrevenida prescripción. La interpretación jurisprudencial, además, habría sido avalada por parte de la doctrina que ha sugerido que, toda vez que sea posible individualizar el género (contrario a los deberes del oficio) de los actos de la función puesta a disposición del particular a cambio de dinero u otra utilidad, aunque no sea posible discernir un acto concreto, habría que aplicar el artículo 319 que se ocupa de la corrupción propia y no el nuevo artículo 318. Incluso, con carácter más general, se ha sostenido que el caso de puesta a disposición de la función es subsumible hoy tanto en el artículo 318 como en el artículo 319 y que, siendo esta última norma especial respecto de la primera, debe seguir aplicándose. En particular, el ámbito de operatividad del nuevo artículo 318 debería limitarse a aquellos supuestos en los que el dinero o utilidad son correspondidos con ocasión de la función, es decir, sin que exista ninguna conexión con la actividad concreta del sujeto público y a aquellos casos en los que la actividad vendida es no solo conforme a derecho sino también reglada; así GAMBARDILLA (2013: 30 y ss.). En términos parecidos TORRE (2015a: 235) quien sustancialmente argumenta que la nueva norma no parece haber sido construida para ocuparse de los —graves— casos en los que la función entera es puesta a disposición de intereses particulares ya que la pena prevista por el nuevo artículo 318 es inferior a la contemplada por el artículo 319 cuando el supuesto considerado es más grave. En sentido parcialmente contrario, véase PELLISSERO (2015: 294) quien avala cierta línea jurisprudencial que reconduce al artículo 318 aquellos supuestos en los que es imposible acotar el género —contrario o conforme a los deberes— de los actos pactados —más naturalmente, cuando se reconoce que los mismos son conforme a los deberes—; basta en cambio que los actos resulten acotados en su género —contrario a los deberes— para decidirse para la aplicación del artículo 319. Véase también ROMANO (2019: 215), que realiza una amplia reseña jurisprudencial, e INFANTINI (2018: 177 y ss.).

pia— pasa a ser sancionada con una pena de prisión de uno a seis años; la corrupción propia de seis a diez años; por lo que respecta a la inducción indebida, el aumento de sanciones acentúa su carácter híbrido entre corrupción y concusión: después de 2015, la sanción para quien induce —pena de reclusión desde seis años a diez años y seis meses— es mayor que la prevista para la corrupción propia, mientras que se deja inalterada la pena para el inducido a dar o prometer cuyo merecimiento de reproche se aleja todavía más del que se prevé para el inductor.

Otra novedad introducida por el legislador de 2015 en materia de corrupción es la circunstancia atenuante prevista por el artículo 323 *bis* que, en su nuevo párrafo dos, preveía que, en los delitos de corrupción, “para quien se haya eficazmente empeñado para evitar que la actividad delictiva sea llevada a consecuencias ulteriores, para asegurar las pruebas de los delitos y para la individualización de los demás responsables o para el decomiso de las sumas u otras utilidades transferidas, la pena es disminuida de uno de dos tercios”.

En un plano político-criminal, el legislador italiano, consciente de haber limitado el incentivo a denunciar representado por la concusión, siguiendo el camino indicado por los instrumentos jurídicos internacionales, compensaba la pérdida con la introducción de una atenuante para quien, después de haber cometido el delito, colaboraba con la investigación.

5. La reforma “*spazzacorrotti*”

En el año 2019, ha lugar otra intervención legislativa sobre los delitos de los que nos ocupamos. Por medio de la ley rubricada por cierta prensa *spazzacorrotti* (“barre corruptos”)⁷⁹, aparte de relevantes modificaciones a la disciplina de la prescripción penal, a la intensidad penitenciaria de la privación de libertad consecuencia de la comisión de delitos de corrupción, a los medios de investigación utilizables en materia de corrupción (agente encubierto) y al decomiso, el legislador

⁷⁹ Sobre la denominación periodística de la ley, véase ROMANO (2019: 156).

endurece los castigos para corruptos y corruptores⁸⁰. En este marco, la pena privativa de libertad del cohecho por facilitación pasa de estar comprendida entre uno y seis años a abarcar una horquilla que va desde “tres a ocho años”. A este respecto, la doctrina ha inmediatamente reconocido a la intervención legislativa el efecto —según algunos “no querido por el legislador”⁸¹— de poner remedio a la deriva jurisprudencial que, como hemos visto, había (por lo menos parcialmente) ignorado la reforma del año 2012 en cuanto a sanción de la corrupción de facilitación. El acercamiento penológico entre corrupción de facilitación y cohecho propio, se ha dicho, podría quizás incentivar la jurisprudencia a volver a considerar el artículo 318 en lugar que el artículo 319 toda vez que objeto del pacto remunerativo no sean actos contrarios a los deberes del oficio determinados o determinables. En el mismo sentido, en un contexto de crítica generalizada, se ha augurado que el aumento del mínimo de la pena implique ya una definitiva exclusión de lo penalmente relevante de aquellos supuestos que, en obsequio a una visión del derecho penal como *extrema ratio* del ordenamiento, deberían encomendarse al derecho administrativo sancionador⁸².

La segunda novedad introducida en el año 2019 relevante para nuestros efectos es la derogación de la aún reciente atenuante introducida en el año 2015 y su sustitución por una verdadera causa de no punibilidad, desconocida para la legislación italiana hasta aquel momento y que, desde un punto de vista político-criminal, apuntaba a presentarse como un incentivo incluso más fuerte que la tradicional impunidad para quien se presentaba como víctima de concusión⁸³. El

⁸⁰ Véase De Vita (2019: 947 y ss.) quien observa que “la corrupción no es tratada como una real emergencia sino como excusa que permite seguir el camino, ya empezado antes de la ley que se comenta, hacia una transformación iliberal de nuestro sistema penal”. Véase también Pisani (2018: 3589 y ss.) quien achaca a la ley un evidente aumento de las sanciones que define como “ciego” y, por momentos, “no razonable”.

⁸¹ FLORA (2019: 8).

⁸² Véase FLORA (2019: 8-9).

⁸³ Sobre este punto, véanse las consideraciones, en su día, formuladas por PELLISSERO (2015: 255) quien observaba que “la cláusula de no punibilidad” es “más adecuada a la finalidad respecto a la simple circunstancia atenuante, porque no se comprende qué ventaja tan significativa pueda representar una reducción de la pena frente a las ventajas mucho mayores del ventajoso pacto corruptivo.

nuevo artículo 323 *ter* reza ahora: “No es punible quien ha cometido alguno de los hechos previstos por los artículos 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 *bis*, limitadamente a los delitos de corrupción y de inducción indebida ahí indicados, 353, 353 *bis* y 354 si, antes de tener noticia de que se han desarrollado investigaciones sobre él en relación con tales hechos y, de todas maneras, dentro de los cuatro meses desde la comisión del hecho, lo denuncia voluntariamente y proporciona indicaciones útiles y concretas para asegurar la prueba del delito y para individualizar a los demás responsables.

La no punibilidad del denunciante se subordina a la puesta a disposición de la utilidad percibida por él mismo o, en caso de imposibilidad, de una suma de dinero de valor equivalente, o de la indicación de elementos útiles y concretos para individualizar al beneficiario efectivo, dentro del mismo plazo previsto por el párrafo primero.

La causa de no punibilidad no se aplica cuando la denuncia prevista por el primer párrafo es preordinada respecto a la comisión del delito denunciado. La causa de no punibilidad no se aplica en favor del agente encubierto que ha actuado en violación de las disposiciones del artículo 9 de la ley de 16 de marzo de 2006, n.º 146”.

IV. APUNTES SOBRE LA DISCIPLINA VIGENTE EN ESPAÑA A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

1. *La actividad reformadora*

De forma parecida a lo que ha acontecido en Italia, en España, el impulso reformador del legislador penal de los últimos diez años ha atropellado al delito de cohecho, rompiendo la tranquilidad legislativa en la que se hallaron los artículos 419 y ss. del Código penal entre 1996 —año en el que entraba en vigor el texto legislativo hoy vigente— y el año 2010. Antes de resumir brevemente la evolución legislativa que ha llevado hasta la disciplina vigente, conviene advertir que, a diferencia de lo que ha acontecido en el país transalpino, en España, las intervenciones reformadoras han tenido menores implicaciones político-criminales y, por lo que respecta al delito de cohecho, se han dirigido esencialmente a mejorar la técnica legislativa.

Dicho ello, conviene empezar señalando que aquí también los instrumentos jurídicos internacionales jugaron un papel impulsor de la actividad del legislador: en la exposición de motivos de la reforma del año 2010, la única explicación acerca de la necesidad reformadora del delito de cohecho se centraba en las obligaciones contraídas por el Reino de España a nivel supranacional⁸⁴: “En los delitos de cohecho” afirman los compiladores, “se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Con base en lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición”.

2. *El Código penal de 1995*

El Código penal español de 1995⁸⁵ se distinguía por una excesiva verbosidad en materia de cohecho antecedente pasivo propio. El comportamiento delictivo se encontraba tipificado en tres distintos artículos (419, 420 y 421).

El supuesto en el que el acto (acción u omisión) objeto del acuerdo fuese constitutivo de delito se tipificaba en el art. 419 que sancionaba

⁸⁴ Respecto de esta breve referencia, no puede sino manifestarse cierto estupor: en primer lugar, extraña que la exigencia de adaptar la legislación interna a la internacional sea advertida por los compiladores exclusivamente respecto de dos de los cinco Convenios ratificados por España en la materia: se echa en falta, en particular, una referencia expresa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que representa seguramente uno de los más significativos instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra la corrupción ratificados por España. Más allá de ello, también provoca cierto estupor el hecho que el único aspecto explícitamente mencionado por los redactores de la exposición de motivos, sea el que concierne a las penas a imponerse a los “casos graves” cuando la intervención legislativa se ha ocupado de “todos los casos”.

⁸⁵ Parte de la doctrina ha destacado como, en materia de cohecho, el Código penal de 1995 no haya supuesto modificaciones relevantes frente a la precedente disciplina. Véase SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 379).

la hipótesis más grave con pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al triple del valor de la dádiva, inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a doce años, “sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.

Se tipificaba autónomamente (art. 420) el supuesto en el que el acto fuese sí “injusto” pero no constitutivo de delito. Las penas eran aquí marcadamente inferiores a las contempladas en el artículo 419 y la norma distinguía además entre el supuesto en el que el acto efectivamente se había ejecutado —prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años— de aquél en el que no llegaba a ejecutarse (prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años), manteniéndose, en ambos casos, la pena de multa “del tanto al triple de la dádiva”.

Cerraba el artículo 421 que se ocupaba del soborno cuya finalidad fuera “que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto de debiera practicar”, conminando una pena de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años.

El primer problema de esta forma de proceder era que, desde el punto de vista político-criminal e incluso bajo el prisma de la lesividad y de la proporcionalidad, no parecía sostenerse la mayor sanción prevista para el cohecho con la finalidad de cometer un delito respecto de la contemplada para el cohecho que tuviera como finalidad un actividad administrativamente ilícita pero no delictiva ya que, en el primer caso, a la sanción otorgada por el artículo 419, en su caso, se habría sumado la sanción para el delito objeto del acuerdo. En el mismo sentido, tampoco convenía la diferenciación *quoad poenam* entre el supuesto en el que los sujetos pactaran realizar un acto injusto y el caso en que el acuerdo tuviera por objeto abstenerse de realizar un acto que debiera ser practicado. Críticas parecidas se habían movido a la diferenciación que se apoyaba en la materialización o no del acto objeto del acuerdo⁸⁶.

⁸⁶ Véase MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1356 y 1357) quienes, a propósito de la reforma de 2010 que ha suprimido dichas diferencias, observan que se trataba de “conductas que son merecedoras de un idéntico reproche penal”. Añaden los

Amén de ello, los delitos tipificados por los artículos 419 y 420 se presentaban como recíprocamente excluyentes: en el caso del primero, era necesario que los sujetos implicados se representaran el carácter delictivo del acto objeto del acuerdo, mientras que, en el supuesto considerado por el artículo 420, el objeto del dolo debía abarcar el carácter no delictivo del mismo. A este respecto, cabía preguntarse *quid* en caso de error sobre la naturaleza delictiva del acto.

Mucho menos detallada, más aproximativa y fuente de mayores problemas interpretativos e incertidumbres era la sanción del cohecho subsiguiente (tanto propio como impropio) que se concentraba en el artículo 425. En su primer apartado, la norma sancionaba la vertiente impropia (pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva) y, en el segundo, la propia: este segundo apartado, curiosamente, se refería al supuesto en el que el acto recompensado fuera constitutivo de delito (pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación de diez a quince años) pero no se mencionaba al cohecho propio subsiguiente en el que se recompensaba un acto injusto no constitutivo de delito⁸⁷.

Respecto del cohecho impropio antecedente, resultaba extremadamente oscura la relación entre el artículo 425.1 I inciso —“la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo” que recibía la misma pena que el autor de cohecho subsiguiente— y el artículo 426 II inciso —“la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos(...) para la consecución de un acto no prohibido legalmente” que recibía la misma pena que el cohecho de facilitación—⁸⁸.

autores que “la tipología de acto injusto no debería incidir en la pena”. En el mismo sentido, SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 419). Parece de opinión diferente MORILLAS CUEVA (2015: 1152).

⁸⁷ La doctrina solía de todas formas subsumir en el espectro aplicativo del precepto tanto el cohecho subsiguiente por acto justo como por acto injusto. Véase MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1381).

⁸⁸ En doctrina, se plantearon distintas opciones interpretativas. Por mencionar ahora solo las principales, puede decirse que, según algunos, la diferencia tenía que hallarse en el carácter discrecional del “acto propio del cargo” frente al carácter reglado del “acto no prohibido legalmente”. Según otros, el acto no prohibido legalmente se refería a los actos

El artículo 426 (I inciso) se ocupaba del cohecho por facilitación (autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función) y contemplaba una pena de multa de tres a seis meses.

A los anteriores problemas, debía seguramente sumarse la terminología utilizada para describir la conducta típica de cohecho activo (artículo 423) como “corromper o intentar corromper”, lo que representaba un auténtico rompecabezas para los intérpretes. Estos dos verbos, que la doctrina consideraba genéricos e imprecisos, junto con la ubicación sistemática de la norma (situada después de los preceptos que tipificaban como delito al cohecho propio antecedente pero antes de los que se ocupaban de las demás vertientes del delito) generaba discusiones acerca de la punibilidad del cohecho activo subsiguiente propio e impropio y del cohecho activo antecedente impropio.

Por último, en el Código penal de 1995, cohecho activo y cohecho pasivo se castigaban con las mismas sanciones, salvo el caso en que la iniciativa procediera del *intraneus*: al *extraneus* que accedía a los *avances* del sujeto público, se le conminaba una pena reducida en un grado respecto de la que le hubiera correspondido si hubiera sido él quien asumiera la iniciativa. Comparada con la disciplina vigente en Italia hasta el año 2012 (y su aplicación jurisprudencial), esta reducción representaba una herramienta mucho menos eficaz para alentar a la ruptura del acuerdo criminal entre corrupto y corruptor: frente a la configuración concusión-absorbente que la jurisprudencia construyó en Italia en los años de Manos Limpias, en España, la postura del legislador excluía *ab origine* cualquier debate sobre la “concusión ambiental”. Parece evidente que, en un sistema corrupción-absorbente como el español, casos que en el país transalpino se hubieran calificado como concusión (por inducción) se habrían sancionado como cohecho⁸⁹, de lo que descendía una amenaza de sanción para todos los sujetos implicados que, por ende, se veían abocados a mantener en secreto sus actuaciones, incluso una vez que las mismas se hubieran descubierto.

manuales y de menor importancia. Otros autores, argumentaban que el “acto propio del cargo” entraba en la esfera de competencia del funcionario público.

⁸⁹ PELLISSERO (2015: 246).

Es cierto que el sistema corrupción-absorbente español se cerraba con lo dispuesto por el artículo 427 que disponía que: “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.

No lo es menos, sin embargo, que la norma tuvo una vigencia más bien testimonial y su impacto fue sustancialmente nulo.

Como se ha visto, aparte de los problemas político-criminales, llamaba la atención la técnica legislativa utilizada que, aparte de lo que ya se ha dicho, sorprendía por la imprecisión terminológica que saltaba a la vista toda vez que el legislador utilizaba expresiones diferentes entre distintos preceptos cuando lo que se describía (y, probablemente, lo que se pretendía describir) parecía ser lo mismo. Para limitarnos a algunos ejemplos, cuesta explicar cómo, para introducir el dolo específico de cohecho antecedente, el legislador utilizara, en algunos casos, la preposición “para” (art. 419, 425 y 426) y, en otros, la preposición “por” (art. 420); de igual manera, parece difícil de comprender la diferencia en la descripción de las conductas típicas entre las distintas vertientes y su relación con el objeto (ora —art. 419— se solicita y recibe la dádiva o presente y se acepta ofrecimiento o promesa; ora —art. 420— se solicita o recibe dádiva o promesa, desapareciendo la aceptación de ofrecimiento y la recepción o solicitud de un presente; ora —art. 425— la dádiva y el presente se solicitan pero ya no se “reciben” y el ofrecimiento o promesa ya no se “aceptan” sino que se “admiten”). Como es bien sabido, el principio de taxatividad no autoriza a conclusiones apresuradas que, confundiendo lo esperado (o incluso lo racional) con lo existente, obvien sin más estas diferencias: la discusión estaba servida y, con ella, la incertidumbre tan enemiga de la taxatividad.

3. La reforma de 2010

La doctrina ha reconocido que la intervención legislativa del año 2010 tuvo como finalidad (y como resultado) resolver gran parte de las cuestiones interpretativas surgidas bajo la vigencia del Código pe-

nal de 1995 mediante una notable mejora de la técnica legislativa⁹⁰: con cierta aproximación ahora inevitable, puede retenerse que el texto ha recuperado una deseable claridad respecto de la punibilidad de las distintas vertientes del delito de cohecho, adoptando una exposición ciertamente más balanceada y ordenada respecto de la anterior.

En este marco, debe ciertamente saludarse con favor la nueva sistemática del capítulo: en primer lugar, se han acertadamente eliminado los supuestos de exclusión formal en materia de cohecho antecedente y, de forma parecida a lo que acontece en Italia⁹¹, el nuevo artículo 420 funciona hoy como tipo básico —de cohecho propio e impropio—⁹². Más allá de la crítica que podría formularse, si se quiere, desde un punto de vista estético —parece tener más sentido que el tipo básico sea la primera norma del capítulo—⁹³, también puede observarse como, a diferencia del artículo 318 del Código penal italiano, en el Código penal español, no existe un precepto que pueda funcionar de tipo básico para el cohecho antecedente y subsiguiente que siguen hallándose en una situación recíprocamente excluyente —mientras que, el cohecho propio es norma especial respecto del tipo básico al que, por lo tanto, se le encomienda la sanción del cohecho impropio—⁹⁴. Aunque solo *en passant*, ya hemos visto las dificultades técnicas que supone tratar de configurar un precepto que sirva de base para todas las vertientes del delito; por otra parte, también hemos apuntado los problemas esencialmente probatorios —sin olvidar que, en el caso español⁹⁵, también podría plantearse la cuestión del error sobre el momento en el que se realiza el acto— que supone tipificar cohecho antecedente y cohecho subsiguiente como recíprocamente excluyentes. En este sentido, la solución española es igual que la italiana: se

⁹⁰ Sobre las finalidades de la reforma, véase, entre muchos, MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1353 y 1354) y SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 380).

⁹¹ En la doctrina italiana, véase Balbi (2012: 8).

⁹² En términos parecidos, De Magistris (2014: 11), MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1378).

⁹³ Véanse las consideraciones de SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 380).

⁹⁴ Sugieren esta conclusión también MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1381) quienes subrayan la “plena autonomía” del cohecho subsiguiente. Véase también SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 380) quien considera un desacierto haber tipificado de forma autónoma los cohechos subsiguientes.

⁹⁵ Recuérdese que el italiano juega con la ambivalencia de la preposición *per*.

equiparan aquí también *quoad poenam* estas dos vertientes del delito lo que expone la elección legislativa a las mismas consideraciones críticas ya planteadas anteriormente: y, en efecto, por mucho esfuerzo que se haga, no parece fácil hallar razones político-criminales compatibles con el principio de proporcionalidad que justifiquen la equiparación del castigo y que resistan a objeciones basadas en la distinta afectación del bien jurídico protegido que suponen la recompensa por un acto ya realizado y la retribución de un acto futuro⁹⁶.

En el mismo sentido, debe seguramente reconocerse al legislador de 2010 el haber prestado mayor atención a la terminología y haber buscado (y conseguido) una mayor simetría entre las distintas vertientes: reténgase que, si comete cohecho propio pasivo antecedente quien (art. 419 del Código penal español) “recibe o solicita dádiva, favor o retribución de cualquier clase” o “acepta ofrecimiento o promesa”⁹⁷, antes siquiera de indagar si la fórmula es correcta, lo primero que debería intentarse es que, en todas las demás vertientes de cohecho pasivo —impropio antecedente y subsiguiente, tanto propio como impropio—, la acción típica se describiera como el hecho de quien “recibe o solicita dádiva o retribución de cualquier clase” o “acepta ofrecimiento o promesa”, salvo, naturalmente, que existan razones que justifiquen una fórmula distinta. Debe por lo tanto saludarse con favor que el tipo básico de cohecho describa la acción típica de la misma manera que el artículo 419⁹⁸.

El discurso es ya parcialmente distinto cuando se llega al artículo 421 que parecería limitar la relevancia del cohecho pasivo subsiguiente (tanto propio como impropio) a las conductas de “recibir” y “soli-

⁹⁶ SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 422). Apunta a motivos de carácter probatorios a justificación de la penalización del cohecho subsiguiente MIR PUIG (2011: 44). En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA (2015: 1153). Véanse también las críticas de MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1382 y 1383).

⁹⁷ Nótese que también debe saludarse con favor la nueva fórmula que, en caso de corrupción propia, ha sustituido al “acto injusto”, el acto “contrario a los deberes del cargo”. Sobre este punto, véanse las consideraciones de MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1368 y ss.) y SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 403).

⁹⁸ Sobre este punto, véanse las consideraciones críticas de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEÍJAS (2015: *passim*).

citar”, sin mencionar, en cambio, la aceptación ni de ofrecimientos ni de promesas⁹⁹.

Más allá de interpretaciones que avalen una restricción del ámbito aplicativo del cohecho de facilitación, también parece difícilmente explicable la diferente descripción de la conducta típica del actual artículo 422 (admitir dádiva o regalo): con independencia de que se considere adecuado limitar la relevancia de este tipo de cohecho a supuestos en los que se produce una *traditio* y sin desconocer que, en este caso, debería prestarse especial atención al *quantum* de la dádiva¹⁰⁰, sigue sin convencer ni parece racionalmente explicable que, en lugar que utilizar el verbo “recibir” —como en las demás vertientes—, se siga diciendo aquí que es relevante el comportamiento de quien “admite”¹⁰¹; de igual manera, tampoco parece necesaria la dicotomía “favor” —utilizado para describir el objeto material de la conducta en las otras vertientes de cohecho— y “regalo” —objeto material del cohecho pasivo de facilitación—¹⁰².

⁹⁹ Véase MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1381) quienes, sin embargo, aluden a la ausencia de la “solicitud” que, en cambio, sí parece estar presente. Y NAVARRRO CARDOSO (2018: 15 y ss.).

¹⁰⁰ Sobre este particular, véanse las interesantes y amplias consideraciones de GÓMEZ RIVERO (2017: 249 y ss.) y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEÍJAS (2011: 160 y ss.)

¹⁰¹ Sobre este punto, véase NAVARRRO CARDOSO (2017: 59 y ss.) quien concluye equiparando los dos verbos. Cierta jurisprudencia sustancialmente ha querido interpretar en sentido amplio el verbo “admitir” incluyendo en su espectro de relevancia “la mera aceptación de promesas o regalo” (para las referencias jurisprudenciales véase MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1386) quienes sugieren, por su parte, “circunscribir el ámbito de las conductas punibles a aquellas situaciones en las que se alcanza un acuerdo entre funcionario y particular”. Aquí parece, en cambio, preferible aquella interpretación doctrinal que ha defendido que el verbo “admitir” limita la relevancia penal a aquellas conductas que suponen una entrega (en estos términos, por otra parte, véase RODRÍGUEZ PUERTA (1999: 278). En doctrina, se ha dicho que dicha limitación sería justificable desde un punto de vista político criminal ya que parece lógico que, siendo la hipótesis menos grave, se restrinja su espectro de aplicación a las conductas más graves —SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 415)—. En términos parecidos MORILLAS CUEVA (2015: 1154-1155). La tesis no convence ya que (i) no se entiende por qué no se sigue utilizando “recibir” (ii) el artículo 424.1, a la hora de describir la conducta especular, sigue abarcando el ofrecimiento y la promesa, y (iv) habría que tener en cuenta la sanción del cohecho subsiguiente a la hora de determinar la “gravedad” del supuesto —se trata del único caso en el que no se sanciona al cohecho activo—.

¹⁰² Sobre la interpretación que habría que dar a estos términos véase MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1387).

Un discurso parecido habría que realizarse respecto de la deseable simetría entre la descripción de las conductas —y del objeto material de las mismas— entre las vertientes activa y pasiva¹⁰³: si comete cohecho pasivo quien “recibe o solicita dádiva, favor o retribución de cualquier clase” o “acepta ofrecimiento o promesa”, lo lógico será que cometa cohecho activo quien entregue —especular a “recibir”—, ofrezca —especular a “aceptar ofrecimiento”— o prometa —especular a “aceptar la promesa”— dádiva, favor o retribución de cualquier clase. Así las cosas, llama la atención que el artículo 424.1 omita la referencia a la “promesa”¹⁰⁴ y al “favor” y que el artículo 424.2 sólo considere relevante el supuesto en el que se “entrega la dádiva o retribución”: en el primer caso, habría que considerar irrelevantes penalmente el supuesto en que el *extraneus* “promete”¹⁰⁵ u ofrece un “favor”; en el segundo, habría que limitar la relevancia penal del cohecho activo en el que la actuación del particular es consecuencia de la iniciativa del sujeto público a los supuestos en los que se produce una *traditio*, debiéndose absolver, por ejemplo, al *extraneus* que, solicitado al efecto por un sujeto público, promete u ofrece sin que ofrecimiento o promesa lleguen a convertirse en una “entrega”. En la hipótesis delictiva considerada por el artículo 424.2, llama también la atención que la palabra “retribución” no se califique “de cualquier clase” como, en cambio, se hace en todas las demás vertientes del delito.

Tampoco parece sostenerse la asimetría entre las vertientes activa y pasiva en materia de cohecho “en consideración al cargo o función”: aquí, a tenor de lo dispuesto por los artículos 422 y 424, si, en el lado pasivo, solo asume relevancia penal la “admisión de regalos”, no se

¹⁰³ Para una crítica a la técnica utilizada para la tipificación del cohecho activo, véase SÁNCHEZ TOMAS (2013: 429).

¹⁰⁴ Sobre este punto, se remite a Cerina (2020) y a la bibliografía ahí citada.

¹⁰⁵ No convencen las opciones de quien sigue considerando relevante la acción de prometer o por entenderla sustancialmente equivalente a la de ofrecer (SÁNCHEZ TOMAS (2013: 431) o calificando en este caso al particular como inductor —ORTÍZ DE URBINA GIMENO (2012: 644)—. Para desechar ambas opciones interpretativas, base una mirada a los artículos 419 y ss. y recordar, *a contrario*, que *ubi lex voluit, dixit, ubi non dixit, noluit*.

entiende cómo, en el lado activo, se puedan considerar relevantes el “ofrecimiento de dádiva o retribución de cualquier clase”¹⁰⁶.

Además, en materia de objeto material de la conducta, cabría preguntarse qué relación existe entre “dádiva”, “favor” y “retribución de cualquier clase” y qué valor hay que otorgar a la partícula “o” que separa los dos primeros términos del tercero (art. 419, 420, 421 y 424). Olvidando ahora las consideraciones que desde hace tiempo ha formulado la doctrina acerca de lo deseable que sería dejar de utilizar términos vetustos como “dádiva”¹⁰⁷, recordando ahora por un momento el esquema mercantil de la corrupción al que se ha hecho referencia, habría que hacer hincapié en que “retribución” sobrentiende el concepto de sinalagma que implica proporcionalidad¹⁰⁸. El inciso “de cualquier clase”, por su parte, zanja definitivamente la cuestión respecto de la relevancia penal de beneficios que no tengan un contenido económico —por ejemplo, prestaciones sexuales—¹⁰⁹. La cuestión, por lo tanto, es que, de dos una: o “retribución de cualquier clase” incluye toda “dádiva” y todo “favor” o bien la “dádiva”

¹⁰⁶ A este respecto, se ha excluido expresamente que sea relevante la aceptación de una promesa por parte del sujeto público —CARDENAL MONTRAVETA (2015: 637).

¹⁰⁷ Entre muchos, se remite aquí a RAMOS RUBIO (2002: 120-121).

¹⁰⁸ Así también SÁNCHEZ TOMAS (2013: 398).

¹⁰⁹ En este sentido, véase SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 381 y 398), MORILLAS CUEVA (2015: 1151) y MIR PUIG (2011: 44), según el cual favores sexuales y títulos honoríficos asumirían relevancia por la utilización de la palabra “favor”. En sentido parcialmente contrario, MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1360 y 1361) quienes proponen una interpretación restrictiva orientada por el bien jurídico protegido y que implica relegar al ámbito de aplicación del tráfico de influencias “el resto de ventajas de carácter inmaterial y subjetivas”. Respecto de las prestaciones sexuales, habida cuenta de los problemas de concurso con los artículos 443 y 444, los autores proponen considerarlas como cohecho tan solo si la iniciativa procede del particular. Sin poder aquí abordar el tema de forma suficientemente amplia, se desea poner la atención sobre el tenor literal de la norma, su modificación y sobre la necesidad de una interpretación lo más conforme posible a lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por España. En este sentido, al neto de los posibles problemas derivados de la aplicabilidad de otros preceptos del Código penal, se considera aquí preferible la opción interpretativa que subsume en el delito de cohecho todo tipo de retribución, tangible o intangible, económicamente evaluable o no evaluable. En este sentido parece apuntar también la jurisprudencia mayoritaria. Sobre los problemas relativos a la descripción del objeto material de la conducta, se remite a NAVARRO CARDOSO (2017: 73 y ss.) y a las consideraciones de QUINTERO OLIVARES (2017: 28 y ss.) que aquí no se comparten.

y/o el “favor” van más allá de la idea de retribución. Pues bien, en el primer caso, no se entiende por qué se seguiría entonces hablando de “dádiva” y “favor”. En el segundo, sobraría probablemente la palabra “retribución”, siendo suficiente hablar de dádivas o favores de “cualquier clase”¹¹⁰. Una tercera opción sería sustituir la partícula “o” con “como”.

En el mismo sentido, en los artículos 419 y 420, la ausencia del posesivo “su” antes de “ofrecimiento” y “promesa”, deja abierto el debate acerca del objeto material de las conductas —pasivas— de “aceptar ofrecimiento o promesa” que, en principio, podría considerarse más allá de la dádiva, favor o retribución de cualquier clase¹¹¹. Debido a la existencia de una —difícilmente justificable— asimetría, esta última duda no afecta a la corrupción activa, en la que está claro que solo asume relevancia penal el ofrecimiento o entrega de “dádiva o retribución de cualquier clase” (art. 424.1) o de “dádiva o retribución” no de cualquier clase (art. 424.2).

En el mismo sentido, llama la atención la desigual utilización de los incisos “por sí o por interpuesta persona” y “en beneficio propio o de un tercero”¹¹². Aquí, la disyuntiva es la siguiente: o se trata de aclaraciones útiles o de pleonasmos de los que se puede prescindir. En el primer caso, deberían recogerse en todas las vertientes del delito; en el segundo, sería mejor prescindir de ellos siempre. Su utilización de forma intermitente puede admitirse sólo en presencia de (improbables) argumentos político-criminales que justifiquen una diferencia de trato. Así las cosas, en el momento aplicativo de las normas, no debería pasarse por alto la ausencia de estos incisos en la descripción típica del delito de corrupción activa y concluir por la impunidad del

¹¹⁰ Véase, sobre este punto, MIR PUIG (2011: 43) según el cual se trata de sinónimos.

¹¹¹ La doctrina, por lo general, no ha planteado este problema y ha considerado sin más que “las dádivas, presentes o retribuciones de cualquier naturaleza deben ser solicitadas, recibidas o prometidas a cambio de la realización...”. Así MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1366).

¹¹² MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1365) restringen el alcance de las expresiones de una forma que no parece del todo compatible con la *littera legis*; de la misma opinión es MORILLAS CUEVA (2015: 1151). Parece aquí preferible la opinión de Olaizola Nogales (2008: 143 a144) y de SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 386) y MIR PUIG (2011: 45). Se remite también a cuanto dicho a este respecto en CERINA (2020).

extraneus que soborna “en beneficio de un tercero” y/o “por interpuesta persona”¹¹³.

Dicho ello, existen pocas dudas acerca de la sanción de las distintas vertientes del cohecho: el artículo 419 sanciona al cohecho pasivo propio antecedente sin distinguir ya entre la naturaleza delictiva, activa u omisiva del acto objeto del acuerdo —pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a 12 meses sin perjuicio de la pena correspondiente al acto si fuera constitutivo de delito—; el artículo 420 sanciona al cohecho pasivo impropio antecedente —pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años—; el artículo 421 sanciona al cohecho pasivo subsiguiente, tanto propio como impropio —con las mismas penas previstas por los respectivos casos de cohecho antecedente—; el artículo 422 sanciona al cohecho pasivo en consideración a la función —pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años—; el artículo 424 sanciona al cohecho activo antecedente¹¹⁴, propio e impropio y el cohecho activo en consideración a la función, extendiendo a los particulares las mismas penas previstas para los funcionarios, con independencia de quien tome la iniciativa pero manteniendo de forma un tanto extravagante distintos los supuestos en los que la iniciativa haya sido del *extraneus*

¹¹³ Por los motivos expuestos en el texto, no pueden compartirse las consideraciones de SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 388) quien sustancialmente considera inútil el inciso “por sí o por interpuesta persona” y, debido a su inutilidad, opina que su omisión en el caso de cohecho activo no ocasiona ningún incumplimiento de cara a los instrumentos jurídicos internacionales que obligaban a contemplarlo. Aquí se mantiene que no debería pasarse por alto la interpretación *a contrario* sugerida por la presencia expresa de la cláusula en el supuesto de cohecho pasivo: *ubi lex voluit, dixi, ubi non dixi, noluit*. Y lo anterior debe mantenerse incluso toda vez que la solución parezca incoherente o produzca incumplimientos de las obligaciones internacionales: lo contrario se encuentra peligrosamente cerca de la analogía *in malam partem*. Tampoco convencen los argumentos político-criminales que produce este mismo autor para justificar la ausencia de sanción al particular que soborna “en beneficio de un tercero”.

¹¹⁴ Sobre la irrelevancia penal del cohecho activo subsiguiente, véase MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1390) y SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 378). En mi opinión, debería reflexionarse sobre la coherencia de la elección del legislador de sancionar el cohecho activo de facilitación y dejar impune el cohecho activo subsiguiente.

(art. 424.1) de aquellos en los que haya sido de la autoridad o funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública (art. 424.2)¹¹⁵.

Para terminar, el artículo 424.3 conmina una sanción adicional —inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de tres a siete años— al autor de cohecho activo —”y, en su caso a la sociedad, asociación u organización a que representare”— toda vez que el acto objeto de acuerdo “tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocadas por la Administración o entes públicos” —sin distinguir aquí entre cohecho antecedente, subsiguiente, propio o impropio y equiparando expresamente el supuesto en el que el acto haya asido solo “pretendido” de aquel en el que haya sido efectivamente “conseguido”—.

Por último, ya hemos dicho que, en un sistema corrupción-absorbente —léase, que, frente a la zona gris entre extorsión y corrupción, opta decididamente por la corrupción—, suele existir una norma de cierre, por medio de la cual el ordenamiento alienta la ruptura del pacto secreto entre corrupto y corruptor, con la esperanza que, buscando reducir o incluso anular las consecuencias sancionadoras de sus hechos, uno de los dos actores delate al otro. En España, ya mencionamos el artículo 427 del Código penal y ya dijimos de su presencia poco más que decorativa. Con la reforma del año 2010, la única intervención del legislador sobre este precepto —aparte el cambio en la numeración— ha sido reducir el nivel de esquizofrenia que es requisito para su aplicación: si, antes de 2010, sólo podía aspirar a ir exento de pena quien hubiera denunciado en un plazo de 10 días

¹¹⁵ Crítico SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 380). Véase también MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1354 y 1391), quienes se muestran críticos de cara a la desaparición de la reducción de la pena para el particular que accede a la solicitud del funcionario público). A nuestros efectos, parece especialmente significativo que se abogue tan decididamente para una reducción de sanción del particular toda vez que quien toma la iniciativa sea el funcionario y que se apoye la propuesta en el “miedo” a que el funcionario actúe injustamente de no mediar una recompensa. Véanse también las consideraciones de QUINTERO OLIVARES (2017: 34).

desde las fechas de los hechos, hoy este plazo ha sido aumentado a dos meses. No es difícil observar para el pasado próximo y augurar para el futuro que la norma seguirá teniendo la misma (ir)relevancia¹¹⁶. Todo lo más puede ahora añadirse una ulterior sensación de cacofonía que suscita el precepto en el nuevo esquema delineado por el legislador de 2010. A este respecto, antes de la reforma, en España, al *extraneus* que cometía cohecho activo, se le consideraba merecedor de una sanción inferior si la iniciativa procedía del *intraneus*. El nuevo artículo 424, en cambio, si bien con ciertas diferencias a la hora de describir la conducta típica y el objeto material de las misma y no obstante el empeño del legislador en considerar por separados los dos supuestos de cohecho activo (según de quien proceda la iniciativa), elimina las diferencias de sanción, tanto entre *extraneus* e *intraneus* como entre *extraneus* solicitado y *extraneus* que toma la iniciativa. Y si, *de iure condito*, todas estas opciones merecen hoy el mismo reproche, suena desentonada la limitación del ámbito de aplicación de la excusa absolutoria al solo particular solicitado y no también a todo demás sujeto implicado en la vicisitud corruptiva, con independencia de quien proceda la iniciativa.

Por último, *de lege lata*, debe retenerse que “acceder a la solicitud de dádiva u otra retribución” equivale a “entregar dádiva u otra retribución”, quedando fuera del ámbito aplicativo de la norma los supuestos del *extraneus* que, solicitado por el sujeto público, ofrece o promete. Y ello es así por la sencilla razón que, de acuerdo con el artículo 424.2, en estos casos, no existe un delito de cohecho activo punible de tal manera que no tiene sentido hablar de excusa absolutoria.

4. Las reformas de 2015 y 2019

Con la intervención reformadora del año 2015¹¹⁷, el legislador se limita a retocar —naturalmente al alza— el marco sancionador. Así,

¹¹⁶ De opinión distinta, MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1398) que auguran una mayor eficacia a esta nueva norma, reconociendo que “lo deseable (...) hubiera sido eliminar cualquier referencia al tiempo”. Véase también ACALE SÁNCHEZ (2017: 36).

¹¹⁷ Sobre la incidencia de la reforma de 2015 sobre el delito de cohecho, se remite, en particular, a NOGUERA CLATAYUD (2015: 270 y ss.).

en el artículo 419, se añade la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años y se aumenta a la duración de la inhabilitación especial para empleo o cargo público —que pasa desde “de siete a doce años” a “de nueve a doce años”—. Lo mismo ocurre en el artículo 420, pasando la duración de la inhabilitación desde “de tres a siete años” a “de cinco a nueve años”¹¹⁸.

Las dos reformas en epígrafe actúan además sobre la norma que extiende el abanico de sujetos activos de cohecho pasivo. De acuerdo con el artículo 423, además de la autoridad y el funcionario público, pueden cometer cohecho pasivo también “jurados, árbitros, peritos” —en la versión de 1995—, “administradores o interventores designados jurídicamente” —añadidos en 2010—, “mediadores y administradores concursales” —añadidos en 2015—, árbitros “nacionales o internacionales” —especificación de 2019— “o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”. Constatada cierta esquizofrenia legislativa, cabría interrogarse sobre la necesidad y coherencia interna del precepto¹¹⁹. No es este el lugar adecuado para adentrarnos en cuestiones específicas inherentes a su exégesis¹²⁰ así que limitémonos a señalar dos simples disyuntivas: o la norma es inútil ya que todos los sujetos mencionados por ella ya son funcionarios públicos a tenor de lo dispuesto por el artículo 24.2 del Código penal o no lo es y efectivamente representa una extensión que abarca a sujetos que, aclara el propio legislador, no pueden considerarse como funcionarios públicos de acuerdo con la disciplina general. Dentro de la propia norma, la alternativa es considerar las categorías listadas en su primera parte como personas que participan en el ejercicio de una función pública —en cuyo caso esta parte sería inútil— o no. En ambas dicotomías, los

¹¹⁸ Véanse, a este respecto, las consideraciones críticas de MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1356) quienes hablan de “Derecho penal simbólico”.

¹¹⁹ O, si se prefiere, impericia a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales.

¹²⁰ Todo (o mucho) parece pivotar alrededor de la partícula “o” que separa un listado (en constante expansión) de la categoría “personas que participen en ejercicio de la función pública” que, como se ha sagazmente observado, se distingue de la fórmula utilizada por el artículo 24 del Código penal por estar aquí la función pública declinada al singular —SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 391-392)—. Sobre el alcance de esta norma, véase también NAVARRO CARDOSO (2017: 49 y ss.).

continuos retoques legislativos, junto con la reformulación por parte del legislador del año 2010 del artículo 424 —que incluye como destinatarios de la conducta a “persona que participa en el ejercicio de una función pública”—, apuntan hacia la segunda opción interpretativa. El tenor literal de la norma, en cambio, al neto de matices que aquí no cabe mencionar¹²¹, parecería apuntar hacia la primera —inutilidad de la norma y/o inutilidad de la primera parte de la misma—.

Con todo, la norma parece generar mayores problemas de los que apunta a resolver¹²²: puesto que el artículo 423 considera aplicables a las categorías ahí mencionadas “lo dispuesto en los artículos precedentes”, debería excluirse de su alcance a la excusa absolutoria recogida en el artículo 426. Más compleja la situación del cohecho activo: el artículo 424 se encuentra efectivamente después del artículo 423 pero el sujeto destinatario de las conductas del particular es descrito por la propia norma incriminadora como incluyente, aparte de la autoridad o funcionario público, también a la “persona que participe en el ejercicio de la función pública”¹²³. Así las cosas, si, como parecería apuntar el continuo afán reformador del legislador, se considerara que el listado de categorías de la primera parte del artículo 423 se refiere a sujetos que no participan de una función pública —”o”, es, a fin de cuentas, una disyuntiva—, habría que excluir el cohecho activo toda vez que destinatario de su conducta es uno de estos sujetos¹²⁴.

La técnica legislativa es, como poco, mejorable¹²⁵. Incluso sin querer ahora detenernos sobre la necesidad de una reflexión acerca del artículo 24 del Código penal, su alcance y la oportunidad de reformarlo, quizás hubiera sido preferible que, si lo que quería era ex-

¹²¹ Se remite a SÁNCHEZ TOMAS (2013: 389 y ss.).

¹²² Contrariamente a cuanto observado alguna vez en doctrina —SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS (2015: 835)—.

¹²³ Crítico sobre la ubicación sistemática de la norma también SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 380 y 389 y ss.). Véase también MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1388), quienes no encuentran problemas en aplicar dicha extensión a todas vertientes de cohecho. Al contrario, los autores se muestran críticos con el legislador por no haber limitado la excepción a los supuestos de mayor gravedad.

¹²⁴ Según MORILLAS CUEVA (2015: 1150), la finalidad del artículo 423 es extender el abanico de sujetos “a los solos efectos punitivos del delito de cohecho pasivo propio”.

¹²⁵ SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 390).

tender el ámbito subjetivo de los delitos de cohecho, el legislador lo dijese en todas y cada una de las normas, limitándose a mencionar como sujetos activos de corrupción pasiva y como destinatarios de la conducta de corrupción activa a “cualquier persona que participe en el ejercicio de una función pública” o, en el caso de que esta categoría no incluya a todas las demás mencionadas por el actual artículo 423, a mencionarlas todas en todas las normas. Y si se objetara que no se ha procedido como aquí se aconseja por razones de economía lingüística, debería responderse que entonces no se entiende la referencia en todos y cada uno de los preceptos a la “autoridad”, ya que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 24 del Código penal, toda autoridad es también un funcionario público.

Siempre en materia de sujetos activos, la atención que, en los últimos años, ha atraído el artículo 423, contrasta con el olvido en el que se encuentra desde décadas el artículo 24 y con el perdurar del evidente error que el artículo 424 del Código español arrastra desde el año 2010, cuando, a la hora de tipificar un delito común como el cohecho activo, en lugar designar el sujeto activo utilizando “quien” o “cualquier persona”, el legislador restringe el abanico de sujetos a “el particular”, olvidando que nada impide que autor de cohecho activo sea un funcionario público, una autoridad o incluso cualquiera de los sujetos aludidos por el artículo 423. Y a quien sugiera que aquí el funcionario público actúa “como particular”, cabría oponer que la *litera legis* no se refiere a sujetos que “actúan como particulares” sino a “particulares” en evidente contraposición a “funcionarios públicos y autoridades” y que la distorsión del tenor literal de la norma es, en realidad, una excepción al principio de estricta legalidad que supone además una analogía *in malam partem* vetada en materia penal, por muy racional que parezca la interpretación resultante de su aplicación.

Como ya hemos visto *en passant*, los problemas de la definición de los sujetos activos afectan también a la excusa absolutoria del artículo 426. Cuando el legislador limita aquí su aplicación al particular, ¿pretendía decir que sólo puede concederse el perdón si el autor de cohecho activo arrepentido no es un servidor público? Y ¿*quid* en el caso en que el arrepentido fuera uno de los sujetos pertenecientes a las categorías mencionadas en el (hoy) artículo 423? De la misma manera, el ámbito de operatividad del precepto está limitado a los

supuestos en los que el particular accede a las solicitudes realizadas por “autoridad o funcionario público”; ¿*quid* en el supuesto en el que la solicitud la realice un sujeto perteneciente a una de las categorías del artículo 423?

V. A MODO DE EPÍLOGO. EL AUMENTO GENERALIZADO DE LAS SANCIONES

Las breves notas anteriores permiten extraer algunas breves y generales observaciones sobre el camino andado en estos últimos años tanto en Italia como en España en materia de delitos de corrupción dedicados a la sanción de la “clásica” hipótesis en la que está implicado un funcionario público nacional.

Vaya por delante que el sistema italiano, estrictamente anclado a la visión de la corrupción como compraventa, representaba (y, probablemente sigue representando) una excepción en el panorama internacional. *Mutatis mutandis*, en derecho comparado, es mucho más común la solución adoptada *ab origine* por el legislador español que: (i) no diferencia entre pacto sellado (entrega...recibe) y conductas tendentes a cerrarlo (solicita, ofrece...); (ii) no contempla un delito de concusión y opta decididamente por sancionar como corrupción conductas que, en Italia, se calificarían como concusión. Consecuencia de ello, es que el espacio para sujetos que, presentándose como víctimas (de concusión), van exentos de pena y, por lo tanto, denuncian o, una vez descubiertos, colaboran, es aquí mucho más reducido. Por ello (iii) cierra el sistema una excusa absolutoria que, con más o menos fortuna, incentiva a uno de los dos sujetos implicados a romper el acuerdo “*omertoso*” y a facilitar el descubrimiento de casos de corrupción en el intento de reducir la enorme cifra negra que atañe a este delito.

Los instrumentos jurídicos internacionales a los que ya se ha hecho referencia buscan, ante todo, la armonización de las soluciones sancionadoras nacionales¹²⁶ y, en definitiva, su texto, es fruto de negociaciones entre los propios países miembros, cada uno de los cua-

¹²⁶ Entre muchos, véase ROMANO (2019: 150 y151).

les, naturalmente, propone modelos lo más parecidos posibles al que tiene vigencia dentro de sus confines nacionales. En este contexto, no sorprende demasiado que la implementación de las obligaciones internacionales en la materia haya implicado que el Código penal italiano basculara hacia soluciones más parecidas a la española —más común—, aun manteniendo rasgos peculiares —la instigación a la corrupción, la inducción indebida a dar o prometer y la construcción del cohecho de facilitación anclado al sinalagma—.

Al contrario, implementar lo recogido en los tratados no ha supuesto grandes revoluciones para el capítulo dedicado al cohecho por el Código penal español que, por su parte, adolecía y, aunque en menor medida, sigue adoleciendo de una técnica legislativa defectuosa que termina planteando problemas en términos de lesividad, proporcionalidad y taxatividad o, si se prefiere, de racionalidad del sistema sancionador del cohecho¹²⁷.

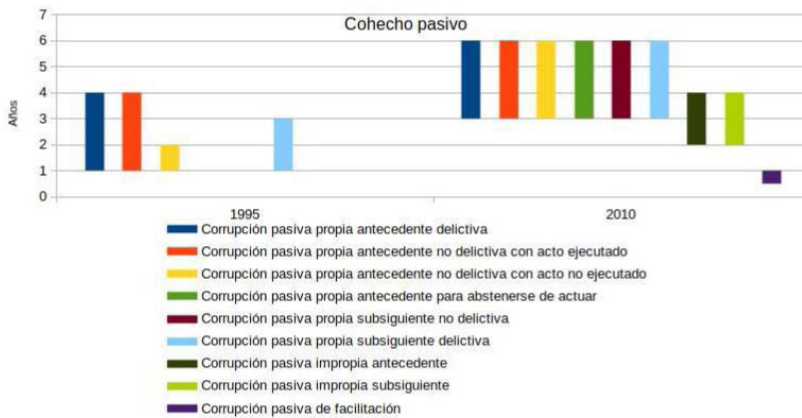
Con todo, conviene dejar apuntada una breve reflexión acerca de las dudas que suscita la dirección hacia la que apunta el camino elegido. Y, en efecto, aunque no quede aquí espacio para demostrarlo debidamente, las peculiaridades del Código penal italiano en materia de sanción de la corrupción, desde un punto de vista dogmático, parecen configurar un sistema más respetuoso del principio de proporcionalidad¹²⁸. Por otra parte, al neto de ciertos indiscutibles excesos, desde un punto de vista político-criminal, debe reconocerse que el sistema represivo italiano en materia de lucha contra la corrupción, sobretudo en la última década del siglo pasado, ha dado buena prueba de sí y que, por decirlo con ANDRÉS IBAÑEZ, la operación “*Mani Pulite*” no ha tenido traducción a muchos idiomas¹²⁹.

¹²⁷ Pero, sobre este punto, véanse las consideraciones de SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 411). El autor conecta la sustancial mejora técnica y sistemática del año 2010 precisamente a la implementación de las obligaciones contraídas a nivel internacional.

¹²⁸ Véanse, a este respecto, las consideraciones de SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 416).

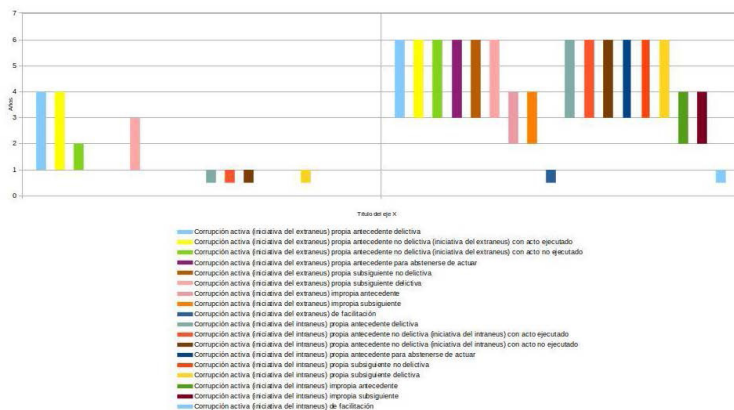
¹²⁹ Véase Andrés Ibañez (1996: 100-109). Piénsese, por ejemplo, en los incentivos existentes para romper el pacto de silencio entre corrupto y corruptor. Mientras que el contrapunto concusión/corrupción había dado cierta muestra de eficacia, lo mismo no puede decirse del esquema corrupción-absorbente con excusa absolutoria. De hecho, la doctrina italiana, pasados pocos meses desde la entrada en vigor de la última reforma en Italia, ya ha adumbrado dudas sobre la eficacia de la norma, alegando razones parecidas a las que la doctrina española utiliza para diagnosticar la irrelevancia del —actual— artículo 426 del

Para finalizar, conviene subrayar algo que la evolución de la disciplina penal tanto italiana como española de lucha contra la corrupción tienen en común: el incremento de las sanciones. En las siguientes tablas, se representa gráficamente la evolución de las penas privativas de libertad asociadas a las distintas vertientes del delito tipificadas por los dos legisladores. En el caso español, empezamos por el cohecho pasivo:

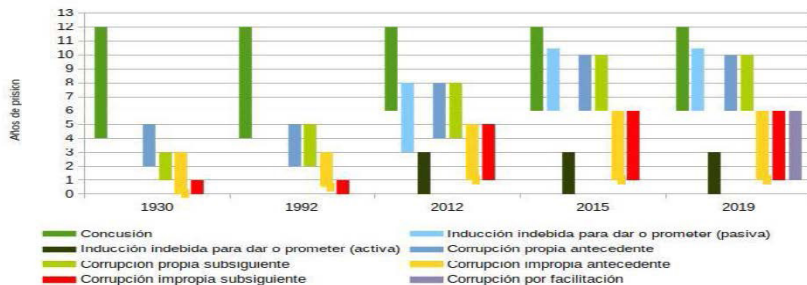


A continuación, la evolución de las penas privativas de libertad previstas por el Código penal español en materia de cohecho activo:

Código penal; véase FLORA (2019: 10-11). Obsérvese que propuestas que abogaran para la conversión del modelo italiano habían sido avanzadas incluso muy seriamente ya en el pasado. Respecto de la posibilidad de introducir una causa de no punibilidad que tuviera como finalidad romper el acuerdo entre corrupto y corruptor se había dicho entonces que “el riesgo de ser denunciados por la contraparte del acuerdo, lejos de introducir elementos de inestabilidad, podía traducirse incluso en el fortalecimiento del vínculo criminal, toda vez que se agotara el plazo para la denuncia”. En el mismo sentido, se había advertido que “el mecanismo de la delación (...) levantaba perplejidades en el plano de la moralidad de las elecciones legislativas”. Así PELLISSERO (2015: 255).



Por último, la evolución de las penas privativas de libertad previstas para los delitos de corrupción y concusión por el Código penal italiano desde 1930 hasta hoy¹³⁰:



Junto con el aumento generalizado de las penas privativas de libertad¹³¹, con una simple ojeada a los gráficos anteriores, se desprende también cierta tendencia a eliminar diferencias entre diversos supues-

¹³⁰ Nótese que, en el intento de simplificar, se ha considerado sólo la evolución de las penas privativas de libertad y sólo los tipos básicos, sin considerar eventuales agravantes y atenuantes.

¹³¹ Para el caso italiano, con referencias no solo a las penas privativas de libertad, véase ROMANO (2019: 154 y 155).

tos de cohecho¹³². Más allá de las insinuaciones planteadas en las páginas anteriores, las limitaciones de este trabajo sugieren dejar al lector averiguar si lo anterior es fruto de una reflexión sobre la afectación al bien jurídico protegido, de elecciones político-criminales o responde a exigencias relacionadas con simplificaciones en materia probatoria¹³³. Lo que sí conviene dejar claro es que explicar el aumento de las sanciones con la implementación de obligaciones internacionales es tarea imposible ya que equivaldría a reconocer a los tratados un alcance que no tienen¹³⁴.

Para enriquecer el debate, se deja aquí apuntada la sospecha que el intensificarse de reformas penales cuyo (casi) único cometido es aumentar las sanciones en materia de corrupción, más que a finalidades relacionadas con la eficacia del sistema represivo (incluso desde el punto de vista de la prevención general y especial), responda a la búsqueda de una mejora de la percepción que tienen los ciudadanos acerca del empeño de los gobernantes en la lucha contra este fenómeno¹³⁵. A fin de cuentas, se trata de medidas sin impacto presupuestario y fáciles de comunicar.

Ahora bien, aun dejando a un lado cuestiones inherentes al respeto de principios como el de lesividad, proporcionalidad e intervención

¹³² Véanse sobre este punto, las consideraciones críticas de FLORA (2019: 8) quien observa que el sistema italiano fruto de las últimas reformas —con específica referencia al año 2019—, se configura como una “pluralidad de tipos con confines recíprocos inciertos, pero que abarcan una muy amplia variedad de comportamientos de heterogénea gravedad, casi formando un deshilachado ‘tipoides’ que ha hecho suponer, como ya se ha dicho, una corrupción sin tipicidad, casi y sin casi, a forma libre, en la que el foco de la tutela —¡avanzadísima!— se orienta no ya hacia bienes seguramente tangible de rango constitucional, como la imparcialidad y el buen funcionamiento de la Administración pública, sino a la ‘no venalidad’”. El autor se refiere en particular a la equiparación de la pena privativa de libertad en el mínimo para el caso de concusión, corrupción por acto contrario, corrupción en actos judiciales e inducción indebida como a un “estrago” de los “más elementales cánones lógico-jurídicos” que no puede consentirse.

¹³³ Véase, por ejemplo, ROMANO (2019: 214), y también las consideraciones críticas de FLORA (2019: 3 y ss.).

¹³⁴ Sobre la influencia en España de los instrumentos internacionales en la reforma del Código penal de 2010, véase SÁNCHEZ TOMÁS (2013: 379). En sentido contrario respecto de lo indicado en el texto, véase MIR PUIG (2011: 45).

¹³⁵ Sugiere apuntar hacia esta dirección también FLORA (2019, p. 4 y 11 y ss.).

mínima¹³⁶ y aceptando trasladar el debate al terreno de la opinión ciudadana, basta ojear las publicaciones anuales relacionadas con la percepción de la corrupción para intuir el fracaso de las medidas — también— en este terreno.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2017): “Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción”. En: AA.VV.: *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*. Granada: Comares.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P. (1996): “Tangentopoli tiene traducción al castellano”. En: ANDRÉS IBAÑEZ, P. (coord.): *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta.
- BALBI, G. (2012): “Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione”. *Diritto Penale Contemporaneo*.
- BENITO SÁNCHEZ, C. D. (2019): “The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts”. *Política Criminal*, vol. 15, n.º 27.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. & G. D. M. CERINA (2012): “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales y soluciones adoptadas en el Derecho comparado”. En: FABIÁN CAPARRÓS, E. A., ONTIVEROS ALONSO, M. & N. RODRÍGUEZ GARCÍA: *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*. México D. F.: UBIJUS.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. (2015): “Cohecho (arts. 419-427 bis)”. En: CORCOY BIDASOLO, M. (dir.): *Manual de derecho penal. Parte especial*, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CERINA, G. D. M. (2000): *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2004): *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Granada: Comares.
- DE LUCA G. (2000): “Il problema dell’imputazione alternativa nei rapporti tra corruzione e concussione”. *La Giustizia Penale*, pt. III.
- DE MAGISTRIS, G. (2014): “I delitti di corruzione in un confronto fra l’ordinamento italiano e spagnolo”. *Diritto Penale Contemporaneo*.
- DE VITA, A. (2019): “La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3”. *Processo Penale e Giustizia*.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, MORALES PRATS & RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1355).

- FERRANTE M. L. (1990): “Considerazioni ‘a prima lettura’ sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione”. *Temì Romana*, fasc. 1-2.
- FIANDACA, G. & E. MUSCO (2002): *Diritto penale. Parte Speciale*. Bologna: Zanichelli Editore.
- FLORA, G. (2019): “La nuova riforma dei delitti di corruzione. Verso la corruzione del sistema penale?”. En: FLORA, G. & A. MARANDOLA (a cura di): *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. “spazzacorrotti”)*. Pisa: Pacini Giuridica.
- GAMBARDELLA, M. (2013): “Dall’atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione ‘impropria’”. *Archivio Penale*.
- GARGANI, A. (2014): “Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il ‘sentiero interrotto’ della tipicità del fatto”. *Diritto Penale e Processo*, n.º 9.
- GÓMEZ RIVERO, C. (2017): “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”. *Estudios Penales y Criminológicos*.
- INFANTE, E. (2015): “Corruzione per l’esercizio della funzione”. En: CADOPPI, A. et al.: *Trattato di Diritto Penale*. Torino: UTET.
- INFANTINI, F. (2018): *La nuova tutela penale della pubblica amministrazione*. Pisa: IUS Pisa University Press.
- LEVI, N. (1935): *Delitti contro la pubblica amministrazione*. Milano: Vallardi.
- MANNA, A. (1999): “Corruzione e finanziamento illegale ai partiti”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- MANZINI, V. (1981): *Trattato di Diritto Penale*. Torino: UTET.
- MARINI, G. (1992): “Costrizione o induzione per ottenere denaro o altra utilità quale corrispettivo di atti illegittimi: concussione corruzione?”. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*.
- MIR PUIG, C. (2011): “El delito de cohecho en la reforma del Código penal”. *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*.
- MORALES PRATS, F. & M. J. RODRÍGUEZ PUERTA (2016): “Del cohecho”. En: QUINTERO OLIVARES, G. & F. MORALES PRATS: *Comentarios al Código Penal español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- MORILLAS CUEVA, L. (2015): “Delitos contra la administración pública. V. Cohecho”. En: COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Derecho Penal español: Parte especial*. Madrid: Dykinson.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2016): “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2017): *El cohecho en consideración al cargo o función*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- NOGUERA CALATAYUD, J. (2015): “El delito de cohecho. Especial referencia al delito de cohecho pasivo”. En: MUÑOZ CUESTA, J. (coord.): *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*. Valencia: Cosital.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (1995): “Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos”. *Poder Judicial*, n.º 40.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (1999): *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2008): “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”. *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 5.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2012): “Delitos contra la administración pública”. En: SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley.
- PADOVANI, T. (1999): “Il confine conteso”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- PAGLIARO, A. (2008): *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè.
- PARADISO, F. (2013): *La nuova normativa in materia di corruzione e concussione*. Matelica: Nuova Giudirica.
- PELLISSERO, M. (2015): “I delitti di corruzione”. En: GROSSO, C. F., PADOVANI, T. & A. PAGLIARO (dirs.): *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*. Giuffrè, Milano, 2015.
- PEZZINI V. (1999): “Problemi interpretativi in tema di istigazione alla corruzione”. *L'Indice Penale*.
- PISANI, N. (2018): “Il disegno di legge ‘spazza corrotti’: solo ombre”. *Cassazione Penale*, n.º 11.
- POMANTI, P. (2010): “La concussione”. En FORTUNA, F. S. (dir.): *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2017): “La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho”. En: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.): *Nuevos debates en torno a la justicia española*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAMOS RUBIO, C. (2002): “El delito de cohecho”. *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, pt. 3.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- ROMANO, M. (2019): *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano: Giuffrè.
- RUGGERO, F. (2001): “La rilevanza dell’abuso del pubblico agente quale criterio distintivo fra l’istigazione alla corruzione e la concussione”. *Rivista Penale*.

- SAINZ-CANTERO-CAPARRÓS, J. E. (2015): “La reforma de los delitos contra la administración pública”. En: MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado*. Madrid: Dykinson.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2013): “Cohecho”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.): MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. & A. VENTURA PÜSCHEL (coords.): *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial. III. Delitos contra la Administración Pública y de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SEMINARA S. (1994): “Gli interessi tutelati nei reati di corruzione”. En: AA.VV.: *Scritti in onore di Renato Dell’Andro*. Bari: Cacucci.
- TORRE, V. (2015a): “Corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio”. En: CADOPPI, A. et al.: *Trattato di Diritto Penale*. Torino: UTET.
- TORRE, V. (2015b): “Le modifiche in tema di istigazione alla corruzione e l’estensione dei soggetti passivi in ambito europeo e internazionale”. En: CADOPPI, A. et al.: *Trattato di Diritto Penale*. Torino: UTET.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. (1994): “Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho). *Revista General de Derecho*.
- VÁZQUEZ-PORTMEÑE SEIJAS, F. (2015): “Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código penal español”. *Diario La Ley*, n.º 8526.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2011): “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6.
- VENDITTI, R. (1962): “Corruzione (delitti di)”. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. X. Milano: Giuffrè.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2003): *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: Comares.