

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
EN EL DELITO DE COHECHO

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**
*Juez 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**
*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional
en la Universidad de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*
- 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

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO

GIORGIO DARIO MARIA CERINA

tirant lo blanch

Valencia, 2022

Copyright © 2022

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 del autor 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.

Colección:

“Corrupción, crimen organizado y delincuencia económica”

Dirigida por:

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA

Catedrático de Derecho Procesal - Universidad de Salamanca

© GIORGIO DARIO MARIA CERINA

© 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
DEPÓSITO LEGAL: V-
ISBN: 978-84-1397-766-9
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>

Índice

Prólogo	11
---------------	----

1. ANOTACIONES INTRODUCTORIAS

1.1. Aclaraciones terminológicas.....	15
---------------------------------------	----

2. BREVES NOTAS SOBRE LA SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN ITALIA Y EN ESPAÑA Y SU IMPACTO SOBRE LA RECONSTRUCCIÓN DE IURE CONDITO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1. El bien jurídico <i>de iure condito</i> y <i>de iure condendo</i>	17
2.2. La sanción de la corrupción en el Código penal italiano después de las reformas de 2012, 2015 y 2019	20
2.2.1. Notas sobre la represión de la corrupción en el Código penal italiano de 1930.....	20
2.2.2. La reforma de 1990 (y 1992).....	24
2.2.3. Después de «Manos Limpias»: la reforma «Severino» de 2012	26
2.2.3.1. «Manos Limpias» y el <i>stress test</i> para el Estatuto penal de la Administración pública.....	26
2.2.3.2. Un breve apunte sobre las instancias supra e internacionales	32
2.2.3.3. La respuesta del legislador: la ley 6 de noviembre de 2012 n. 190 (ley «Severino»).....	36
2.2.4. La reforma de 2015	42
2.2.5. La reforma «spazzacorrotti» de 2019	44
2.3. Apuntes sobre la disciplina vigente en España a la luz de las últimas reformas.....	47
2.3.1. La reforma del año 2010	50
2.3.2. Breves notas sobre las reformas de 2015 y de 2019	51

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE COHECHO: DEBATE DOCTRINAL Y POSTURAS DE LA JURISPRUDENCIA EN ITALIA

3.1. Premisas.....	53
3.2. La doctrina tradicional.....	56
3.2.1. Críticas	61

3.3.	La necesaria relevancia constitucional del bien jurídico: el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración pública.....	67
3.3.1.	Constitución, imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública.....	67
3.3.2.	Imparcialidad y buen funcionamiento como bienes jurídicos afectados por la corrupción	75
3.3.3.	La corrupción impropia frente a la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública	80
3.3.3.1.	La problemática lesividad de la corrupción impropia subsiguiente frente a la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública.....	80
3.3.3.2.	La corrupción impropia antecedente frente a la imparcialidad y el buen funcionamiento.....	83
3.3.4.	La corrupción propia frente al buen funcionamiento y a la imparcialidad.....	87
3.3.5.	La corrupción como delito que no lesiona ni la imparcialidad ni el buen funcionamiento de la Administración pública. La falta de lesividad de todas las hipótesis de cohecho.....	90
3.4.	Otras propuestas	94
3.5.	El impacto de las recientes modificaciones del Código penal sobre el debate acerca del bien jurídico protegido por el delito.....	102
3.5.1.	El cohecho de facilitación	106
3.5.2.	La inducción indebida a dar o prometer	111

4. EL DEBATE EN ESPAÑA

4.1.	Premisas: el bien jurídico protegido por el título	117
4.2.	Las posturas tradicionales: apuntes	127
4.3.	La doctrina más reciente	135
4.3.1.	La imparcialidad como bien jurídico protegido por el delito de cohecho.....	135
4.3.2.	El correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico protegido.....	147
4.4.	Problemas en la identificación del bien jurídico protegido con la imparcialidad o buen funcionamiento de la Administración pública	151
4.4.1.	El cohecho impropio y subsiguiente y el cohecho de parlamentarios.....	151
4.4.2.	La corrupción como delito que no lesiona ni la imparcialidad ni el buen funcionamiento de la Administración pública. La falta de lesividad de todas las vertientes del delito como argumento para despenalizar el cohecho.....	158
4.5.	Otras posturas: el interés privado en el ejercicio de la función pública	164

4.6. Otras posturas: la confianza en el correcto ejercicio de la función pública. Crítica.....	167
4.7. Otras posturas: la no venalidad de los funcionarios públicos	171
4.8. El cohecho propio como lesivo de bienes jurídicos individuales de los administrados	173
4.9. La jurisprudencia y el bien jurídico protegido	179

5. POSTURA DEL AUTOR

5.1. Brevísimas notas acerca del concepto de bien jurídico protegido	187
5.1.1. El bien jurídico como límite al ius puniendi	189
5.1.2. El peligro abstracto como solución problemática.....	193
5.1.3. La expulsión tout court del peligro abstracto.....	202
5.1.4. Bienes jurídicos supraindividuales y peligro abstracto.....	213
5.1.5. Observaciones sobre los planteamientos anteriores.....	216
5.1.6. Teoría de la necesaria relevancia constitucional del bien jurídico. Notas	232
5.2. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho	241
5.2.1. Breve recapitulación.....	241
5.2.1.1. Los problemas de lesividad de la corrupción impropia.....	243
5.2.1.2. Los problemas de lesividad de la corrupción subsiguiente	247
5.2.1.3. Los problemas de lesividad de la corrupción activa	251
5.2.1.4. Los problemas de lesividad del cohecho de facilitación.....	252
5.2.1.5. Las dudas de la doctrina frente a las tendencias legislativas «inspiradas» en los instrumentos internacionales: ¿una contradicción evidente?	253
5.2.1.6. ¿Alternativas a la imparcialidad y/o buen funcionamiento de la Administración pública? La (por lo menos aparente) inconsistencia de las soluciones planteadas	256
5.3. El procedimiento administrativo como posible objeto de tutela de todos los delitos contra la Administración pública	259
5.4. La imparcialidad «procedimental» como bien jurídico protegido en el delito de cohecho.....	266
5.4.1. La imparcialidad.....	267
5.4.2. El proceso de toma de decisiones	270
5.4.3. El procedimiento de toma de decisión como algo distinto al procedimiento administrativo	282
5.4.4. La importancia legitimadora del proceso de toma de decisiones	292

5.4.5.	La imparcialidad en el proceso de toma de decisión como «Justicia»	306
5.5.	El bien jurídico a prueba: la imparcialidad procedimental y las distintas vertientes del delito de cohecho	311
5.5.1.	La imparcialidad procedimental y la corrupción antecedente	311
5.5.1.1.	La imparcialidad procedimental y la corrupción antecedente propia	311
5.5.1.2.	La imparcialidad procedimental y la corrupción antecedente impropia	327
5.5.2.	La imparcialidad procedimental y la corrupción subsiguiente	330
5.5.2.1.	La vertiente propia de la corrupción subsiguiente...	334
5.5.2.2.	La corrupción subsiguiente impropia	335
5.5.3.	Las hipótesis de instigación a la corrupción frente al bien jurídico protegido: crítica a la solución española	337
5.5.4.	La imparcialidad procedimental y el cohecho de facilitación	351
5.5.5.	La corrupción parlamentaria y judicial. Notas desde el punto de vista del bien jurídico protegido	359
5.5.5.1.	El caso de jueces y fiscales. Breves referencia a la solución italiana a la corrupción «en actos judiciales»	360
5.5.5.2.	El problema de la imparcialidad del «político». Apuntes	364
5.6.	¿La corrupción como delito socioeconómico? Apuntes sobre la incidencia de la corrupción sobre el funcionamiento eficaz y eficiente de la Administración	382
5.7.	Breves notas sobre la titularidad del bien jurídico y sobre el sujeto pasivo del delito	394
5.7.1.	Relevancia de la cuestión	395
5.7.2.	Principales posturas de la doctrina: apuntes	398
5.7.3.	Una posible solución	403
BIBLIOGRAFÍA		407

PRÓLOGO

Es lugar común afirmar que la corrupción es tan vieja como el poder, lo que es cierto, pero también es igualmente cierto que el poder, sus detentadores y su uso desviado, presenta, tanto históricamente como en el momento actual, contenidos muy distintos, que responden a muy diversos condicionantes.

Esta espléndida monografía de Giorgio Cerina aborda el delito de cohecho, uno de los delitos, tal vez el que mejor lo hace, que exteriorizan esa ilícita compraventa que sirve de imagen para muchos de los comportamientos de corrupción. El cohecho es el ejemplo clásico, al que los docentes recurrimos cuando comenzamos a explicar a nuestros alumnos la relevancia penal de la corrupción. Pero el contenido del cohecho, que ya aparecía en los primeros códigos, al igual que la corrupción, ha experimentado cambios en los últimos tiempos, que hacen precisa una reflexión como la que se lleva a cabo en estas páginas.

Entiendo que hoy concurren dos condicionantes en cualquier aproximación que se lleve a cabo al delito de cohecho, por un lado, la propia evolución de la corrupción y muy especialmente el carácter poliédrico que siempre presentan sus manifestaciones, a lo que hay que agregar la compleja estructura del cohecho con sus distintas formas, activo y pasivo, propio e impropio, ex ante y ex post, esta compleja realidad y esta compleja respuesta penal hace necesaria una investigación como la que lleva a cabo el autor, orientada hacia lo que es, o al menos debe ser, el núcleo de cualquier delito, el bien jurídico protegido. Giorgio Cerina afronta el desafío de este análisis en el que además exterioriza, en todo momento, la solidez de su doble formación jurídica, italiana y española.

Muchos son los retos que tiene que afrontar el conocido como Derecho penal moderno que busca dar forma a una necesaria nueva política criminal, que refleje tanto los cambios experimentados en la sociedad como las medidas a adoptar en coherencia con un modelo de Estado, que primero fue de Derecho, más tarde incorporó su carácter social y hoy además aspira a ser materialmente democrático.

El Derecho penal en este nuevo marco tiene que abordar los nuevos delitos, al incorporar nuevos bienes jurídicos, reinterpretar, si fuera necesario, el contenido de los antiguos, y dar respuesta a la no sencilla interrogante de si las viejas construcciones dogmáticas son válidas en la nueva situación jurídica. En cualquier caso, en mi opinión, sigue teniendo validez esa doble consideración del Derecho penal, de un lado, como medio de protección de los bienes jurídicos que tutela y, de otro, como exteriorización del ejercicio de autolimitación llevado a cabo por el Estado, por tanto, de las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

Este marco y estos condicionantes están presentes en las páginas de esta monografía. Analizar y revisar hoy el contenido del bien jurídico en el delito de cohecho, lleva al autor, como punto de partida, a examinar y valorar las respuestas que sobre su contenido han dado hasta ahora la doctrina y la jurisprudencia tanto en España como en Italia. La conclusión en lo que respecta a nuestro país es clara, pese a la vigencia de la Constitución, sigue estando presente una importante influencia de posiciones preconstitucionales. En España a diferencia de Italia, en muchas argumentaciones continúa siendo punto central la relación Administración-funcionario, lo que hace que el cohecho gire en torno al quebrantamiento de los deberes del cargo, propia del derecho disciplinario, mientras que si, como parece más acorde con el actual modelo de Estado, se pone el acento en la relación Administración ciudadanos pasa a primer plano el contenido de los actos indebidamente pactados.

Esta situación acertadamente lleva a Giorgio Cerina a proceder a una revisión del cohecho desde los principios propios de un Derecho penal que sea acorde con el modelo penal de la Constitución de un Estado social y democrático de derecho. El autor adopta como punto de partida, lo que es correcto, la posición que mantiene con carácter general sobre el bien jurídico y sobre el contenido de los bienes jurídicos colectivos, denominación que, siguiendo a Bustos Ramírez, creo preferible a la de bienes jurídicos supraindividuales, por ser más acorde con el modelo de sociedad personalista que corresponde al modelo de Estado constitucionalmente diseñado. La reflexión sobre los bienes jurídicos colectivos y la técnica más adecuada a la que debe recurrir el legislador para su protección por el Derecho penal, es uno de los problemas centrales a abordar por el Derecho penal moderno,

una vez que se haya adoptado la necesidad de utilizar los delitos y las penas, último recurso que tiene el Estado frente a los comportamientos no deseados. Importa en este punto subrayar la posición de Cerina sobre la diferencia entre soporte del bien jurídico y contenido del bien jurídico, y su aceptación bajo condiciones de la técnica de delitos de peligro abstracto. En todo momento refleja aquí y a lo largo de toda su investigación la solidez de su formación dogmática.

Cerina va a construir su revisión del bien jurídico en el cohecho en torno a la necesaria “imparcialidad” de la Administración, que sin duda es una lícita expectativa de los ciudadanos, pero incorporando como componente complementario de la imparcialidad el referir esta al procedimiento a seguir en la toma de decisiones. El bien jurídico en el delito de cohecho es, por tanto, para el autor de esta monografía la “imparcialidad procedimental”, lo que fundamenta constitucionalmente y apuntala con el principio de legitimación que debe estar presente en las actuaciones de la Administración y que no concurre en las actuaciones en que se menoscaba la imparcialidad en el procedimiento.

Con esta construcción del bien jurídico el autor se sumerge en la regulación del código y en la complejidad de los comportamientos tipificados como cohecho. El análisis exhaustivo se lleva a cabo en la segunda parte del libro, recurriendo siempre en su línea argumental a las respuestas y problemas que estos delitos presentan en la legislación y doctrina tanto española como italiana. En buena medida, es este un estudio de Derecho comparado.

En las reflexiones que lleva a cabo sobre las distintas modalidades de cohecho, profundiza muy especialmente en la diferencia entre el pacto ilegítimo, que es el contenido del cohecho que lesiona el bien jurídico, y el contenido sobre el que gravita la corrupción, lo que se pretende con el pacto, lo que, en su caso, le conduce al concurso de delitos. El pacto cuyo objeto no llega a realizarse o los casos en que la decisión que adopta el sujeto activo es la correcta, si existe perturbación de la imparcialidad procedimental, tiene sentido por tanto la posibilidad de una respuesta penal.

Los diversos tipos del cohecho son objeto de análisis en esta monografía siempre desde la posición que sostiene en torno al bien jurídico. En una de sus últimos epígrafes conecta su estudio con la evolución de

la corrupción que en su actual realidad puede llegar a afectar al orden socio económico como bien jurídico protegido. Con razón entiende que no es este el bien jurídico protegido por el tipo del cohecho, aunque sí puede estar afectado por la prestación que se pacte, pero en ese planteamiento ese sería el objeto de protección del delito que en su caso entrara en concurso con el cohecho.

Estamos ante un libro sobre un tema particularmente complejo, que aporta nuevas respuestas a la nueva realidad fáctica y jurídica de viejos problemas, que cuestiona antiguas respuestas y que hace que el especialista tenga que reflexionar sobre los razonamientos y las conclusiones que el autor propone. En el campo del Derecho penal, un buen libro, este lo es, debe tener estos rasgos y provocar en el lector en unos casos dudas, en otros nuevos desafíos.

Por todas estas razones Giorgio Cerina puede sentirse satisfecho con esta obra, que supone un paso más en su carrera académica y que, junto a su sólida formación dogmática, exterioriza en sus páginas la necesaria coherencia con principios que constituyen la base del Programa penal de un Estado social y democrático de Derecho.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Salamanca

1. ANOTACIONES INTRODUCTORIAS

1.1. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Hablar de cohecho es hablar de corrupción, pero hablar de corrupción es hablar de algo vago y no muy acotado¹. En lugar que detenernos ahora sobre cuestiones definitorias, conviene que nos limitemos a apuntar un par de ideas con la única finalidad de plasmar un pequeño diccionario que permita entendernos (lector y autor) a lo largo de las siguientes páginas².

Cuando se habla de cohecho o de corrupción pública (lo que, para nuestros efectos, será lo mismo), se hace referencia a un comportamiento que se asemeja a una compraventa *sui generis*³ que consiste en el pago de un precio a un sujeto público a cambio de una actuación del mismo.

La doctrina ha ido elaborando ciertas distinciones que aquí sustancialmente se aceptan⁴; así, se dirá que:

1. la corrupción propia se caracteriza por la ilicitud del acto público objeto de la compraventa;

¹ Sobre la necesidad de circunscribir el debate alrededor del bien jurídico protegido por el delito de cohecho prescindiendo de amplias definiciones criminológicas del fenómeno corruptivo, véase LOSAPPIO, G.: «Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G. (A CURA DI): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Il Mulino, Bologna, 2015, pág. 169.

² Para ulteriores cuestiones relacionadas con la deseable acotación del significado del término «corrupción», se perdona la remisión a CERINA, G. D. M.: *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, *passim*.

³ Entre muchos, véase, en estos términos, por ejemplo, PELLISSERO, M.: «I delitti di corruzione», en GROSSO, C. F. y PELLISSERO, M. (A CURA DI): *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 2015, pág. 245.

⁴ Reténgase que el reconocimiento y utilización de estas categorías no implica, ni *de iure condito* ni *de iure condendo*, que todas ellas han de ser objeto de sanción por parte del legislador penal.

2. la corrupción impropia conlleva la compraventa de un acto que, de por sí, no entraña ilicitud alguna;
3. en la corrupción antecedente, se *compra* una actuación que el sujeto público realiza o se compromete a realizar en un momento sucesivo al perfeccionamiento de la compraventa;
4. al contrario, se habla de corrupción subsiguiente para hacer referencia a la compra de un acto que, en el momento en el que se sella la compraventa, ya ha sido realizado por parte del sujeto público;
5. la corrupción activa describe la actuación desde la perspectiva del comprador;
6. la corrupción pasiva enfoca la vicisitud desde la óptica del vendedor⁵;
7. en la corrupción de facilitación o en consideración a la función, lo que se compra no es un acto de la función sino la propia función o, si se prefiere, el precio se abona no «a cambio de un acto de la función» sino «en consideración a la función».

⁵ Si se aceptan pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia las diferencias entre las vertientes propia, impropia, antecedente y subsiguiente del delito de cohecho, conviene advertir que lo mismo no ocurre respecto de la distinción entre corrupción activa y pasiva: la discusión acerca de la naturaleza plurisubjetiva o pluripersonal del delito está absolutamente abierta y entraña cierta complejidad que hace imposible su tratamiento en este trabajo en el que nos limitaremos a anotar que la adscripción del cohecho a la categoría de los delitos necesariamente pluripersonales o plurisubjetivos guarda cierta relación con la acotación del objeto jurídico del delito. Volveremos (también telegráficamente) sobre la cuestión *infra*, en el apartado 5.2.1.3.

2. BREVES NOTAS SOBRE LA SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN ITALIA Y EN ESPAÑA Y SU IMPACTO SOBRE LA RECONSTRUCCIÓN *DE IURE CONDITO* DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1. EL BIEN JURÍDICO *DE IURE CONDITO* Y *DE IURE CONDENDO*

Para el intérprete que se aproxime a la reconstrucción del bien jurídico protegido por un delito, no siempre es fácil mantener separadas las perspectivas *de lege lata* y *de lege ferenda*. Sobre todo si se toma en serio la vigencia del principio de lesividad como límite al *ius puniendi*, discernir el bien jurídico que el legislador ha pretendido proteger mediante la regulación vigente *hic et nunc*, es tarea que se cruza de forma dialéctica con consideraciones acerca de la importancia (suficiente) del bien jurídico individualizado, de la coherencia sistemática de la elección del legislador (*v.gr.* proporcionalidad y análisis penológico) y naturalmente con la sensibilidad del propio intérprete: justamente esta dialéctica permite que el concepto de bien jurídico desempeñe aquella función crítica que se le atribuye⁶.

⁶ Véase ampliamente FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*. Recuerda el autor que «el concepto de bien jurídico se ha prestado a funcionar como punto de conexión o elemento de contacto entre las leyes escritas y la política, en cuanto investido de la tarea de informar al intérprete-aplicador de las normas sobre los objetos de tutela subyacentes a las normas mismas» y que, «desde la diversa perspectiva *de lege ferenda* (...) han ido saliendo a la luz (...) intentos teóricos dirigidos a recuperar y revitalizar un concepto pre-positivo (o meta-positivo) de bien jurídico, como tal trascendente el sistema de las normas escritas y dotado (por lo menos en las intenciones) de un potencial crítico-orientativo en función de la reforma del Derecho penal existente o del proyecto de un Derecho penal nuevo» (*Ibidem*: págs. 20 a 21). En el mismo sentido, recuerda el autor que «el notable éxito finalmente logrado y mantenido por tan largo tiempo por la teoría del bien jurídico (...) ha sido debido también a una motivación de tipo psicológico, conexas con el significado político-jurídico por así decir *tranquilizador* que los juristas (con razón o

También es cierto que, a veces, las elecciones del legislador no superan el filtro del principio de lesividad (relacionado naturalmente con la idea de Derecho penal fragmentario y *extrema ratio* del ordenamiento jurídico), de manera que el análisis *de iure condito* acerca de la acotación de la objetividad jurídica sencillamente no llega a buen puerto o, lo que es lo mismo, pone manifiesto la ausencia de un bien jurídico (con entidad suficiente) comprometido (lesión o puesta en peligro del sustrato material de forma suficientemente grave) por el tipo delictivo presente en el Código penal.

Sobre todo en materias tan políticamente delicadas como la lucha contra la corrupción, el producto legislativo no siempre responde a elecciones racionales que descenden de planteamientos político-criminales contruidos alrededor del bien jurídico que se pretende tutelar, sino que parece el resultado de impulsos que hallan sus causas (y, lamentablemente, sus fines) en terrenos muy distintos de aquellos sobre los que acostumbra a andar el estudioso del Derecho penal que, para ello (y no para otra cosa), ha recibido un entrenamiento específico⁷.

Ahora bien, (más o menos conscientemente) el momento crítico y el momento analítico tratan constantemente de equilibrarse en la interpretación y aplicación de la norma vigente que, con razón, se pretende coherente con la reconstrucción de la lesividad o, si se prefiere, orientada por y hacia el bien jurídico protegido. Y el auxilio que proporciona el bien jurídico reviste una indudable importancia para el intérprete que ha de desempeñar su tarea a partir de normas cuya redacción, a menudo, deja muchas zonas grises.

El peligro es empero confundir lo esperado con lo vigente y termina materializándose toda vez que la interpretación racional de normas a veces irracionales cancela la irracionalidad legislativa mediante una

sin ella) han creído poder atribuir a la teoría misma: hacemos alusión al efecto tranquilizador, bajo el perfil político, pero también moral, producido por la idea de que las leyes penales, con su dureza, lejos de nacer desde el puro arbitrio del poder político, sirven en todo caso para preservar algo útil, tan preciado para la sociedad que puede ser definido «bien» merecedor de protección y conservación» (*Ibidem*: pág. 22 y, en el mismo sentido, págs. 31 a 32).

⁷ Se permita la referencia a CERINA, G. D. M.: *La insoportable...*, cit., págs. 57 y ss. y a la bibliografía ahí citada.

auténtica corrección de la ley en vía interpretativa. Trazar el límite en la *litera legis*, es ciertamente necesario, pero solo parcialmente reconfortante, sobre todo cuando textos legales imprecisos proporcionan indicaciones contradictorias.

Al extremo opuesto, también habría que estar en guardia frente a posturas que pretendan asumir más o menos abiertamente cierta primacía de lo «vigente» sobre lo «racional» y que, asumiendo como «normal» en el panorama comparado e internacional la tipificación de un determinado comportamiento como delictivo, miran con recelo a todo tipo de análisis «teórico» que concluya por la falta de lesividad suficiente de comportamientos que se intuyen contrarios a una supuesta moral compartida⁸. A este respecto, cabría matizar que la criminalización generalizada de un mismo comportamiento en el tiempo y en el espacio obliga a mirar con atención a toda postura que, *de lege ferenda*, apunte hacia su total irrelevancia penal; no obstante, la (necesaria) evolución del pensamiento crítico no parece autorizar a ir más lejos: si la reconstrucción de la lesividad de un delito no lleva a resultados «racionalmente» satisfactorios, que se plantee sin miedo su despenalización, aunque la misma suene desentonada o incluso «revolucionaria»⁹.

En cualquier caso, a la luz de las anteriores consideraciones, antes de proceder a la reconstrucción de la objetividad jurídica del delito de cohecho, no sobra una breve ojeada a la normativa vigente en Italia y en España, destacando los cambios intervenidos recientemente en ambos países, fruto, como se verá, de indicaciones internacionales, elecciones político-criminales o, más sencillamente, de pretendidas mejoras técnicas que, como veremos, marcan una(s) «tendencia(s)»

⁸ En este sentido parece apuntar, por ejemplo, RUSCA, B.: *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Marcial Pons, 2020, págs. 29 a 30 quien habla de «intuición moral».

⁹ Según Rusca (RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 41), el hecho de que «más allá de ciertas diferencias en la regulación, en el ámbito de la Administración pública, aceptar y ofrecer sobornos da lugar a la imposición de una pena en cualquier Estado moderno», parece sugerir que «conforme a lo que indican las intuiciones morales, nadie parece dudar del hecho de que tales comportamientos son especialmente ilícitos»; aun así, como reconoce el propio autor, sigue siendo «difícil determinar *por qué* el cohecho es incorrecto».

que naturalmente habrá que tenerse presente(s) a la hora de abordar la tarea a la que nos medimos.

2.2. LA SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ITALIANO DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE 2012, 2015 Y 2019

2.2.1. *Notas sobre la represión de la corrupción en el Código penal italiano de 1930*

Empecemos con advertir que este no parece el lugar más adecuado para comentar en profundidad el reciente afán reformador del legislador italiano surgido alrededor de los delitos de corrupción, en particular después de los años marcados por la operación «Manos Limpias». Para ello, conviene remitir a otros lugares¹⁰. Recordando el objeto de este trabajo, parece preferible limitarnos a algunas consideraciones más bien asertivas que presenten el *status quo* y preparen el terreno para el debate acerca del bien jurídico protegido por el delito de cohecho.

Realizada esta advertencia, hay que empezar señalando que lo que se ha llamado «Estatuto penal de la Administración pública» ha permanecido sustancialmente inalterado desde la aprobación del Código penal italiano actualmente vigente (es decir, el año 1929) hasta, por lo menos, el año 1990¹¹.

¹⁰ Entre muchos, véase PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 251 y ss. donde puede hallarse un resumen de las principales propuestas de modificación de la disciplina de los delitos de corrupción que no llegaron a buen puerto; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», en ROMANO, B. y MIRANDOLA, A.: *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2020, págs. 205 a 216.

¹¹ Véase, entre otros, PARADISO, F.: *La nuova normativa in materia di corruzione e concussione*, Nuova Giuridica, Matelica (MC), 2013, pág. 31 quien, incluso después de la importante reforma del año 2012 (de la que se dirá en seguida *infra*, en el apartado 2.2.3.3.), 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».

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 una mayor sanción respecto de la subsiguiente; el autor de corrupción activa se sancionaba con las mismas penas previstas para el autor de corrupción pasiva, en sus respectivos casos (salvo en el supuesto de cohecho impropio subsiguiente en el que, como hemos visto, la conducta del *extraneus* era penalmente irrelevante).

La principal peculiaridad de la elección del legislador italiano se cifraba en que el tipo penal «corrupción» se construía adoptando de forma bastante rigurosa un modelo de tipo mercantil¹²: la corrupción se entendía como un «pacto» entre dos sujetos que se sustanciaba en una compraventa de un acto concreto y determinado¹³ a realizarse o realizado en el marco de la función pública desempeñada por quien lo vendía a cambio de un beneficio que representara una retribución para dicho acto.

La adopción de este modelo implicaba que las conductas tendentes a alcanzar el pacto pero que no llegaban a concretarse en un acuerdo se sancionaran con penas inferiores (en $\frac{1}{3}$) respecto de las previstas para el caso en el que el pacto efectivamente llegara a sellarse¹⁴: con la tipificación autónoma de la «instigación a la corrupción» se sancionaba el hecho del comprador que abordara al sujeto público

¹² Sobre la concepción mercantil de la corrupción (contrapuesta a una «clientelar»), véase el muy sugerente análisis de SPENA, A.: *Il turpe mercato*, Giuffrè, Milano, 2003, págs. 20 y ss. También se remite a PAGLIARO, A.: «La retribuzione indebita come nucleo essenziale dei delitti di corruzione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, págs. 57 y ss. quien distingue entre concepción «germánica» y concepción «romanista» de la corrupción. Véase también PALAZZO, F.: «Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali», en *Cassazione penale*, 2015, pág. 3390 quien prefiere hablar de corrupción «burocrática» (en la que «domina el acto administrativo objeto de intercambio») y de corrupción «negocial» (lit. «*affaristica*»).

¹³ Entre muchos, véase VIGANÒ, F.: «I delitti di corruzione dell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare», en *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 3-4, pág. 6.

¹⁴ Véase, una vez más, SPENA, A.: *Il turpe...*, cit., pág. 31.

toda vez que sus aproximaciones 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) y en el entendido de que solo se puede instigar para que alguien haga (instigación a la corrupción antecedente) y no también por haber alguien hecho (la instigación a la corrupción subsiguiente era irrelevante). Como explicaremos en seguida, además, solo se tipificaba el supuesto de instigación a iniciativa del comprador (en el entendido de que, cuando la iniciativa frustrada partía del sujeto público, debía hablarse, en su caso, de tentativa de concusión).

En el mismo sentido, se entendía que, para que pudiera hablarse de pacto, era preciso que los sujetos implicados accedieran al mismo libremente: la ausencia de libertad en la formación de la voluntad del *extraneus* excluía la corrupción¹⁵. Y, en efecto, el artículo 317 del Código penal contemplaba (y sigue contemplando) una norma que sancionaba a la «concusión» en la que se subsumían 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 vendedor¹⁶. En vía interpretativa, se entendía que, toda vez que el sujeto público tomaba la iniciativa y «abordaba» al particular, no podía considerarse que este último accediera libremente al acuerdo, sino que el miedo hacia la fuerza del poder público producía *iuris et de iure* un menoscabo de su libertad. La consecuencia era que, en ese 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

¹⁵ SPENA, A.: *Il turpe...*, cit., pág. 33. Véase también BENUSI, C.: *Diritto penale della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2016, pág. 236, quien correctamente hace hincapié en la idea de «paridad» entre las partes contratantes que subyace a todo supuesto de corrupción.

¹⁶ Véase PICOTTI, L.: «L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione», en *Revista brasileira de ciencias criminais*, 2017, pág. 141. Como se ha observado, se trata de una aproximación a la consideración penal del fenómeno *latu sensu* corruptivo única en el panorama europeo (así MANNA, A.: «I delitti contro la pubblica amministrazione (aggiornamento al volume I)», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (DIR.): *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET giuridica, 2015, pág. 168). Véase también VIGANÒ, F.: «I delitti...», cit., págs. 6 a 7, con amplias referencias históricas y que observa que incluso la *concussion* del *Code Napoléon* se parecía más a un delito de exacciones ilegales que a la itálica concusión.

comprador) mientras que el *extraneus* se consideraba víctima y, como tal, no recibía reproche alguno¹⁷.

Con todo, la diferencia entre concusión y corrupción se iba paulatinamente convirtiendo en un auténtico rompecabezas para la doctrina y la jurisprudencia. 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 y en el que se iba olvidando la idea del burócrata situado en un plano superior al del ciudadano-administrado¹⁸, parecía cada vez menos defendible que toda vez que un empleado público tomara la iniciativa para cerrar con un particular un pacto corrupto hubiera que presuponerse un *metus* en cabo a este último con el consiguiente menoscabo de la libre formación de su voluntad¹⁹.

¹⁷ Sobre esta peculiaridad del ordenamiento jurídico italiano, parece especialmente ilustrativa la reciente Sentencia de las *Sezioni Unite* de la *Corte di Cassazione* de 24 de octubre de 2013 (Maldera) en la que se lee que la tipificación *ad hoc* de la concusión como delito distinto de la extorsión se apoya en consideraciones inherentes a los bienes jurídicos protegidos: en la extorsión, el patrimonio de la víctima; en la concusión (y hoy en la inducción indebida a dar o prometer utilidades) el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración pública junto con la libertad de autodeterminación de la víctima (de concusión) o del inducido (en el caso de inducción indebida). En el mismo sentido, véase PLANTAMURA, V.: «La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2012, pág. 207. Véanse también las consideraciones de PICOTTI, L.: «L'evoluzione...», cit., págs. 141 a 142 quien, de forma extremadamente sugerente, explica la peculiaridad del ordenamiento italiano haciendo referencia al largo periodo de dominación extranjera finalizado solo en épocas (relativamente) recientes y marcado por abusos continuos de funcionarios que eran vistos por la población como enemigos de los que había que defenderse y miembros de un aparato administrativo percibido como una entidad extraña y distante poco atenta a las exigencias de los ciudadanos. También pueden resultar útiles las consideraciones de BRICOLA, F.: «Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali», en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, vol VI, pág. 150 y *passim* quien subraya que «adquirir la sensibilidad de una posición igual de los que pertenecen a la burocracia respecto de la de los ciudadanos no es fácil».

¹⁸ Véase, BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 150 y *passim*.

¹⁹ La producción doctrinal sobre esta cuestión es amplísima. Entre muchos, véase MONGILLO, V.: «Concussione», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G. (A CURA DI): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Il Mulino, Bologna, 2015, págs. 136 y ss.; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, Bologna, 2012 (incluye *addenda* sobre la reforma de 2012): pág. 9

2.2.2. 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 1990²⁰ y 1992²¹: se modificaba el delito de instigación a la corrupción, incluyendo como supuesto penalmente típico el del sujeto público que aborda al particular, solicitando una promesa o una entrega toda vez que la iniciativa no encuentra aceptación. En suma, se tipificaba como delito la instigación a la corrupción pasiva, antecedente, propia e impropia, manteniéndose una reducción de $\frac{1}{3}$ de la pena respecto de los correspondientes supuestos de corrupción consumada. Así procediendo, se reconocía que la presencia de un *metus* que coarta la libertad del administrado no es consecuencia automática que deba postularse toda vez que la iniciativa es del sujeto público: bien podía darse el caso en que el particular abordado por el funcionario público accediese...sin miedo²².

(de la *addenda*); PADOVANI, T.: «La messa a 'libro paga' del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria», en *Guida al diritto*, n. 48, 1 de diciembre de 2012, págs. X a XI; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 274 y ss.

²⁰ Ley de 26 de abril de 1990, número 86 que incluía «*Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*» y que puede consultarse en la *Gazzetta Ufficiale* en el enlace https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.datapublicazioneGazzetta=1990-04-27&atto.codiceRedazionale=090G0110&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D04%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D86%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D1990%26giornoProvvedimento%3D26¤tPage=1.

²¹ Ley de 7 de febrero de 1992, número 181 que incluía «*Modifiche al codice penale in tema di delitti contro la pubblica amministrazione*», y que puede consultarse en la web <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/03/02/092G0171/sg>. En este caso, se trata de una pequeña reforma que, en la materia que interesa, corregía algunos errores de la intervención anterior. Para algunas breves notas sobre la reforma de 1990, véase, entre muchos, PICOTTI, L.: «L'evoluzione...», cit., págs. 143 a 145; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 158 a 162.

²² En el mismo sentido, véase MONGILLO, V.: «Concussione», cit., pág. 136. Hoy en día, el criterio de la iniciativa sigue siendo utilizado como índice sintomático de la presencia de corrupción o inducción indebida. Sin embargo, la presunción ha pasado de ser *iuris et de iure* a *iuris tantum* (en la jurisprudencia, véase la ya

La otra novedad relevante para nuestros efectos de la reforma de 1990 y 1992 insistía sobre el delito de corrupción propia y tenía carácter esencialmente penológico: se eliminaba la diferencia *quoad poenam* entre corrupción propia antecedente y subsiguiente. 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)²³ pero dicha entrega a menudo se presuponía 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* (según un esquema que podría describirse así: promesa de retribución del acto; realización del acto; remuneración del acto)²⁴. El hallazgo probatorio situado en el momento en que se ejecutaba el acuerdo (retribución del acto), vigente la anterior disciplina, implicaba la aplicación de la sanción (menos grave) prevista para la corrupción subsiguiente mientras que se suponía que lo que, en realidad, había acontecido (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.

citada sentencia de la *Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, de 24 de octubre de 2013 (Maldera).

²³ Sin querer, por otra parte, desconocer cierta sofisticación de los medios utilizados para el traspaso de dinero. Sobre esta cuestión, véase DOLCINI, E.: «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici», en *Diritto penale contemporaneo*, 2013, n. 3, pág. 153 quien también llama la atención sobre el hecho que la remuneración no siempre se corresponde en dinero.

²⁴ Esquema que, como se ha observado, «suele ser lo corriente, según la experiencia» (así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», en OTRIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (COORDS.): *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, pág. 247).

2.2.3. Después de «Manos Limpias»: la reforma «Severino» de 2012

2.2.3.1. «Manos Limpias» y el *stress test* para el Estatuto penal de la Administración pública

La doctrina coloca normalmente el inicio de *Tangentopoli* y de la operación «Manos Limpias» en el año 1992. Lo que es innegable es que los últimos 10 años del siglo pasado supusieron un poderoso *stress test* para la normativa prevista por el Código penal italiano en materia de Administración Pública²⁵. 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

²⁵ Como se ha observado, «la metáfora de *Tangentopoli*, ciudad del negocio sucio [lit. *malaffare*], refleja la percepción y evaluación de un campo de problemas y prácticas ilegales que ligan trozos significativos de pública administración, mundo político, mundo económico» (así, PULITANÓ, D.: «La novella in materia di corruzione», en *Cassazione penale*, 2012, n. 11, pág. 3. Para unas breves notas sobre las vicisitudes conexas con la operación «Manos Limpias» y a su relevancia para explicar las intervenciones reformadoras del legislador italiano, véase *Ibidem*: pág. 4). Mucho se ha escrito sobre la época de *Tangentopoli* y sobre la operación «*Mani Pulite*». Remitiendo ahora a la amplísima producción doctrinal, pueden tomarse prestadas algunas expresiones que bien describen las vicisitudes de aquellos años. Como se ha dicho (así BORSARI, R.: *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambio della prospettiva penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pág. 11) se trató del «descubrimiento de un sistema ilegal de extraordinaria amplitud» que «con la excepcional resonancia mediática reservada a las vicisitudes judiciales», terminó «marcando un paso fundamental —político, cultural, jurídico-judicial— en la historia de la» *Repubblica italiana*. El propio autor (*Ibidem*: pág. 12) añade que «aun siendo notorio que» Italia sufría por un «difuso clientelismo» y por una corrupción siempre oculta pero siempre presente, la amplitud y las «dimensiones del fenómeno» descubiertas convertían toda imaginación, tanto que el problema de la corrupción termina convirtiéndose en una «más general ‘cuestión democrática’ que «no toca solo a Italia». La operación «Manos Limpias» conllevó un aumento exponencial de la labor de la jurisprudencia en materia de corrupción. Para tener una idea, las condenas por corrupción pasaron de 1.700 en el año 1996, a 239 en 2006, 117 en 2009 y 111 en 2010 (para las referencias, véase DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 155). Para datos más actualizados sobre el número de condenas por corrupción en Italia, se remite a *infra*, apartado 5.1.3. y, en particular, a la nota 579.

de la estricta legalidad, presunción de inocencia y garantías para el imputado²⁶. Interesa ahora señalar dos cuestiones.

Respecto de la diferenciación entre concusión y corrupción, la reforma del año 1990 había superado el criterio fundado sobre la iniciativa, pero, tipificando como delito de instigación a la corrupción el supuesto en el que el funcionario público «solicita», había, si cabe, complicado 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 concusión²⁷. En la práctica, distinguir los dos supuestos era cuestión sumamente compleja y el límite iba desplazándose caso por caso. Y el problema no era baladí. En el caso de la 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*. El límite difuso entre las dos figuras representaba entonces una poderosa herramienta para romper el pacto de silencio entre los dos sujetos implicados (una de las principales causas de la enorme cifra negra de la corrupción): el *extraneus* que, bajo la promesa de impunidad, se presentaba como víctima de concusión, descubría y terminaba delatando al sujeto público vendedor²⁸. Se abrieron entonces camino interpretaciones que tenían como finalidad ampliar el espectro aplicativo de la concusión, lo que permitía contar con víctimas-aliadas de los investigadores²⁹; se em-

²⁶ Entre muchos, véanse las observaciones generales de BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 13 y ss.

²⁷ Entre muchos, véase PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., págs. 196 a 197.

²⁸ PADOVANI, T.: «La messa...», cit., pág. XI; MASULLO, M.: «L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, vol. 62, n. 3, pág. 1260. Quizás no sobre aquí señalar que, desde un punto de vista político-criminal, la más destacada doctrina ha hecho hincapié en que la presencia de un tipo penal de «concusión» ha representado la principal fortaleza del sistema represivo italiano anticorrupción (así PALAZZO, F.: «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012, págs. 227 a 228).

²⁹ Véanse, entre muchos, VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre 2012, n. 190 e la lotta alla corruzione», en *Cassazione penale*, 2013, 1, pág. 22; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 13 a 14 (de la *addenda*); PICOTTI, L.: «L'evoluzione...», cit., pág. 149; PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 194 quien subraya

pezó a hablar de «concusión ambiental», afirmando que un contexto generalizado de sobornos (es decir, el «ambiente») infunde en toda persona que interactúa con la parte de la Administración contaminada (es decir, parte del «ambiente») cierto miedo a salirse de la foto; y, si todos tienen miedo, todos son víctimas y, por tanto, sin derecho a guardar silencio³⁰.

como, para los observadores internacionales, más que como delito autónomo, la concusión se acerca a una hipótesis particular de corrupción caracterizada por la no punibilidad del particular. Especialmente significativo parece además el intercambio que se produjo entre los observadores internacionales y las autoridades italianas a lo largo de la fase 2 de la revisión de la implementación de la Convención de la OCDE de lucha contra la corrupción del agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales (véase el *Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions* adoptado el 29 de noviembre de 2004 y accesible en la web <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33995536.pdf>): en el informe, se lee que «*During the on-site visit, one judge pointed out that magistrates often have scant evidence in bribery or concussione cases, which makes it very difficult to determine whether an individual was psychologically coerced or whether there was an imbalance of power between the parties. For this reason, according to two defence counsel at the visit, magistrates may be tempted to characterise a case as concussione rather than bribery so that the private individual faces no proceedings and may thus be encouraged to offer testimony against the public official. By proceeding in this fashion, a magistrate has at least enough evidence to secure a conviction against the official for concussione, rather than see both the individual and the official be acquitted of bribery. Another defence counsel believed that the seriousness of an offence may also play a role. The more serious an offence, the greater the pressure on magistrates to solve the case, and the stronger the temptation to characterise the case as concussione in order to obtain testimony from a private individual for use against an official*» (puntos 135 y 136, pág. 35).

³⁰ Véase FORTI, G.: «L'insostenibile pesantezza della «tangente ambientale»: in-attualità della disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concusione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, págs. 477 y ss.; SESA, A.: «Corruzione e concussione – Dall'esperienza di tangentopoli rinnovate esigenze di riforma», en *Indice penale*, 2001, págs. 29 y ss. Véase también PALIERO, C. E.: «Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto» en BARILLARO, M. (A CURA DI): *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, 2004, págs. 144 y ss. quien observa que la concusión ambiental se distingue por la «ambientalidad y la consolidación cultural de modelos de ilegalismo sistematizado en materia político-económica» y, si puesta en relación con el modelo de organización criminal de tipo mafioso, revela un común ADN. Ambos fenómenos se caracterizan por la «creación de

La segunda cuestión crítica atañe a la relevancia penal de supuestos de cohecho de facilitación. En el sistema tradicional italiano, no solo no existía una norma penal que se ocupara de este tipo de corrupción, sino que el tenor literal del Código penal de 1930 sugería que, para que hubiera corrupción, era preciso que se individualizara 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 vendedor³¹.

Ahora bien, ya se ha señalado que cuestiones de tipo probatorio sugirieron al legislador italiano de 1990 atemperar las diferencias en el más grave supuesto de corrupción propia en el que, en definitiva, ya daba igual que se tratara de corrupción antecedente o subsiguiente.

un clima cultural y de reglas antagónica (respecto de las legales) y de un sistema de valores heterónimo (típicos *ab origine* de la criminalidad organizada) que a través de una sistémica limitación de las elecciones individuales libres produce en secuencia las violaciones más graves y progresivas de bienes jurídicos, en un general clima de confianza en la impunidad por parte de sus autores, garantizado por la aquiescencia, también cultural, de las víctimas». Puede también recordarse que el Proyecto «Pagliaro» de reforma del Código penal incluía la tipificación de un delito de concusión ambiental que consistía en «el hecho del público agente que recibe o retiene indebidamente, para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad patrimonial, aprovechando la convicción ajena, determinada por situaciones ambientales, reales o supuestas, de no poder de otra manera confiar en un trato imparcial» (véase el artículo 138 de la propuesta que puede consultarse en la web <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/articolatopagliaro.htm>). En doctrina, también se ha subrayado como, una vez finalizado el periodo de *Tangentopoli*, la propia jurisprudencia ha, en cierto modo, limitado el recurso a la categoría «concusión ambiental», habiéndose llegado a afirmar que «para la configuración del delito de concusión así llamada ‘ambiental’ es de todas formas necesario que se presente la prueba de la consumación por parte del público oficial de un específico comportamiento de constreñimiento o inducción y de la correspondiente situación de sujeción del particular» (véase PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 197 y la jurisprudencia ahí citada).

³¹ Como se ha observado, «hasta el 2012, Italia (caso, en verdad, más único que raro en derecho comparado) había permanecido firmemente anclada a» un modelo mercantil de la corrupción que pivotaba sobre la «determinabilidad, por lo menos por género del acto objeto de compraventa, la bilateralidad de las conductas, construidas (tanto la del corruptor como la del corrupto) como iniciativa a la que sigue una correspondiente aceptación o, viceversa, como una aceptación de una precedente iniciativa» (así SPENA, A.: «Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell’ennesima riforma della corruzione privata», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2017, págs. 648 a 649).

A lo anterior, puede añadirse la reacción de la jurisprudencia frente a supuestos 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 que venía sustancialmente «metido en nómina» por particulares con intereses (incluso solo eventualmente) relacionados con su función. El problema lo provocaban casos cada vez más numerosos en los cuales sujetos públicos eran retribuidos periódicamente (como si se tratara de «nóminas») para que pusieran su función a disposición del pagador (quedando relegada la concreción de los actos concretos a realizar en su interés a un momento eventual y futuro)³². En estos supuestos, la jurisprudencia aplicó el artículo 319 del Código penal, considerando (de acuerdo con posturas más moderadas) que, a fin de cuentas, para que pudiera hablarse de co-

³² Véase MONGILLO, V.: «La legge ‘spazzacorrotti’: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione», en *Diritto penale contemporaneo*, 2019: pág. 8 quien, con carácter general, observa que la evolución fenomenológica de la corrupción ha atenuado los contornos del intercambio ilícito a menudo desdibujando la utilidad objeto de intercambio y complicando, por lo tanto, la actividad probatoria. En términos parecidos, PELLISERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 248; LEOTTA, C. D.: «La corruzione...», cit., págs. 223 y ss. quien observa que «el fenómeno de la corrupción está marcado ya desde hace tiempo, a decir de los estudiosos, del paso desde una dimensión burocrática (o mercantil) a una dimensión negocial [lit. *affaristica*] que tiene su fulcro no ya tanto en el acuerdo dirigido a la realización de un acto administrativo sino más bien en una mezcla a largo plazo de intereses e influencias entre política, empresarios y administración pública». En cambio, debería leerse con cautela la referencia realizada por algunos a la «corrupción sistémica» (así BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 265 pero también LEOTTA, C. D.: «La corruzione...», cit., pág. 224 y MANNA, A.: «I delitti...», cit., pág. 176) respecto de este tipo de supuestos. Aquí se prefiere entender que la corrupción deviene endémica o sistémica cuando se generaliza el *pactum sceleris* como herramienta sobre la que se construye la relación Administración-administrados (cosa distinta de la remuneración periódica de un funcionario por parte de un particular que, aun reprochable, no tiene por qué ser generalizada). Sobre el aumento de este tipo de supuestos véase, entre muchos, GAROFALI, R.: «Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie», en *Diritto penale contemporaneo*, 2013, pág. 5; véanse también SPENA, A.: *Il turpe...*, cit., págs. 48 a 49 y la bibliografía ahí referenciada; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 17 (de la *addenda*).

rrupción propia, era suficiente con acotar el *genus* de los actos futuros (y eventuales)³³ o que, en buena sustancia, (de acuerdo con una interpretación más decidida) bastaba que promesas y dádivas se llevaran a cabo «en razón de las funciones ejercidas por el sujeto público»³⁴; a fin de cuentas, se decía, el *intraneus* que pone a disposición del particular su función para asegurar «una amplia y general actitud de favor»³⁵, actúa en violación de sus deberes³⁶.

³³ Entre otras, véase Cass. Pen. Sez. VI, de 20 de octubre de 1985, Paolacci, C.E.D. 170893, citada por DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 158. Con carácter general, sobre la tendencia jurisprudencial en materia de cohecho de facilitación antes de la reforma del año 2012, véase GARGANI, A.: «La fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il ‘sentiero interrotto’ della tipicità del fatto», en *Diritto penale e processo*, 2014, págs. 1031 a 1032.

³⁴ Así, por ejemplo, Cass. Pen. Sez. VI, de 3 de noviembre de 1998, en *Rivista penale*, 1998, pág. 48.

³⁵ Así, por ejemplo, Cass. Pen. Sez. VI, de 30 de noviembre de 1995, en *Foro Italiano*, 1996, pt. I, págs. 414 y ss.

³⁶ Aunque, en el artículo 319, la *litera legis* parece requerir la individualización de un concreto y determinado acto del cargo. Sobre la dudosa compatibilidad de la tendencia jurisprudencial reseñada con el principio de estricta legalidad, véanse DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 158; PICOTTI, L.: «L’evoluzione...», cit., pág. 150; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 284 y ss.; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 265 quien subraya la «divergencia entre derecho vivo y dato normativo»; PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3389; GARGANI, A.: «La fattispecie...», cit., pág. 1032; CUDIA, C.: «L’atto amministrativo contrario ai doveri d’ufficio nel reato di corruzione propria. Verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo», en *Diritto pubblico*, 2017, vol. 23, n. 3, págs. 696 a 697 y *passim*; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 243 a 245; SPENA, A.: «‘Chi lascia la strada vecchia per la nuova, ...’. Perché una riforma dei delitti di corruzione non dovrebbe abbandonare il modello mercantile», en CASTALDO, A.; DE FRANCESCO, V.; DEL TUFO, M. ET ALT.: *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pág. 1084 quien subraya como «la jurisprudencia se haya sentido autorizada a producirse en una serie de impulsos interpretativos (siempre extensivos, cuando no analógicos) dirigidos en la sustancia a permitir una incriminación incluso en hipótesis a las que, en rigor, las normas existentes no serían aplicables»; DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma in cantiere nei delitti di corruzione», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012, pág. 5.

2.2.3.2. Un breve apunte sobre las instancias supra e internacionales

Una vez 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 corrupción³⁷. Por mencionar a los principales, recuérdese la Convención penal contra la Corrupción³⁸ y la Convención de derecho civil contra la corrupción del Consejo de Europa, ambas de 1999³⁹; en el marco de las Naciones Unidas, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del

³⁷ Para una panorámica sobre el contenido de los principales tratados internacionales en la materia, véase ACALE SÁNCHEZ, M.: «La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español», en PUENTE ABA, L. M. (ED.): *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del congreso hispano-italiano de Derecho penal económico. Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014*, Universidad de La Coruña, 2015, págs. 11 a 54.

³⁸ BOE n. 182 de 28 de julio de 2010, Sec. I.: págs. 65780 a 65812, consultado en la url https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135. 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. 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>.

³⁹ 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 Estrasburgo el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve» se publicó en el BOE núm. 78 del 31 de marzo de 2010 (Sec. I, pág. 29967) y puede consultarse en la web <https://www.boe.es/boe/dias/2010/03/31/pdfs/BOE-A-2010-5259.pdf>. 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 y ratificaba el Convenio de Derecho Civil del Consejo de Europa. La norma puede consultarse en la web <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012;112>

año 2000⁴⁰ y la Convención contra la Corrupción del año 2003⁴¹; el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997⁴².

También se ponían en marcha los mecanismos de seguimiento previstos por estos instrumentos internacionales que, con carácter general, se basan en un sistema de *peer review* en virtud del cual observadores de otros Estados parte examinan el cumplimiento de los requerimientos del Convenio por el país examinado, interactuando con actores institucionales y sociedad civil. El examen termina, en su caso, con la formulación de recomendaciones cuya implementación es, a su vez, objeto de seguimiento⁴³.

⁴⁰ Véase BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, páginas 35280 a 35297 consultado en el siguiente *link*: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18040>. En Italia, la ratificación se llevó a cabo mediante Ley de 16 de marzo de 2006 n. 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?attoDataPubblicazioneGazzetta=2006-04-11&atto.codiceRedazionale=006G0168>

⁴¹ Véase BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, páginas 27132 a 27153, consultado en el siguiente *link*: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012. Por lo que respecta a Italia, véase la Ley de 3 de agosto de 2009 n. 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>.

⁴² BOE núm. 46 de 22 de febrero de 2002, sección I, págs. 7155 a 7159 consultable en la página web https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-3593. 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 hecha en Bruselas el 26 de julio de 1995 y sus protocolos y también la Convención relativa a la lucha contra la Corrupción en la que 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.

⁴³ Sobre la influencia de los instrumentos jurídicos internacionales en la reforma del Código penal italiano del año 2012 en materia de corrupción, véase, entre muchos, VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre 2012...», cit., págs. 17 a 18; DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 157; PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 189; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 199 a 204; DOLCINI, E. y

Sin ánimo de agotar el listado de forma exhaustiva, no puede olvidarse el ahínco con el que la Unión Europea ha abordado la cuestión⁴⁴: 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 1995⁴⁵ y sus Protocolos (recientemente sustituidos por la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017⁴⁶ «sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal») y al Convenio 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, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997⁴⁷.

VIGANÒ, F.: «Sulla riforma...», cit., págs. 4. y ss.; PALAZZO, F.: «Gli effetti 'pre-terintenzionali' delle nuove norme penali contro la corruzione», en MATTARELLA, B. G. y PELLISSERO, M.: *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, págs. 16 a 17; MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 5 y ss. quien subraya como los principales instrumentos internacionales hayan contribuido a crear un clima de emergencia alrededor del fenómeno corruptivo. Respecto de los informes consecuencias de las *peer reviews*, el autor observa que no se trata de una actividad meramente «notarial», sino que se termina por «dictar (...) la agenda de sucesivas reformas nacionales» marcando las coordenadas político-criminales llenando los espacios de indeterminación dejados abiertos por los tratados. Véanse también las consideraciones de FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 3 a 4 y 8 a 9 (de la *addenda*) quienes acertadamente subrayan que los resultados de las *peer review* son mecanismos de *soft law*. Por último, conviene retener que las similitudes entre la solución italiana y la española (aparte de apoyarse en una tradición ciertamente no demasiado lejana), se explican también teniendo en cuenta que las obligaciones internacionales en la materia contraídas por ambos países son sustancialmente las mismas (así, acertadamente ACALE SÁNCHEZ, M.: «La lucha...», cit., pág. 13).

⁴⁴ Sobre la lucha contra la corrupción en el marco de la Unión Europea, véase BENITO SÁNCHEZ, C. D.: «*The European Union Criminal Policy against corruption: two Decades of Efforts*», en *Política Criminal*, 2019, págs. 520 y ss.; también se remite a CRESPO NAVARRO, E.: «Mecanismos internacionales de lucha contra la corrupción: la lucha contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea», en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Aranzadi, 2016, págs. 183 y ss.

⁴⁵ Para España, véase BOE núm. 180 de 29 de julio de 2003 y BOE núm. 233 de 29 de septiembre de 2003.

⁴⁶ DOUE L 198/29 del 28 de julio de 2017, que se puede consultar en la web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32017L1371>.

⁴⁷ En España, véase BOE núm. 74 de 28 de marzo de 2006, págs. 11804 a 11809.

Pues bien, no sorprende demasiado que, a la hora de enfrentarse a la normativa italiana, 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) nebulosos⁴⁸. 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 delictivos 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 terminara dejando impunes a auténticos corruptores⁴⁹.

⁴⁸ Sobre la originalidad del ordenamiento italiano a la hora de tipificar el delito de concusión, véase PELLISERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 246 y 253; FIAN-DACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 9 (de la *addenda*); MANNA, A.: «I delitti...», cit., pág. 168; PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., págs. 193 a 194 quien subraya la diferente relevancia y alcance de la norma italiana frente a preceptos penales presentes en el Derecho penal comparado (la referencia va en particular a las exacciones ilegales, pero también a normas que, aun rubricadas como concusión, presentan en realidad una estructura y contenido más parecido a las exacciones ilegales). Véase también PALAZZO, F.: «Gli effetti...», cit., pág. 21 quien subraya que lo que los observadores internacionales apuntaban a eliminar eran las «argucias» jurisprudenciales que, aprovechando la complejidad de la *actio finium regundorum* entre corrupción y concusión, convertían al *extraneus* ora en víctima ora en reo.

⁴⁹ De hecho el GRECO, en el punto 129 del informe de evaluación relativo a la tercera ronda (el informe del mes de marzo de 2012 puede consultarse en el enlace web <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDC TMContent?documentId=09000016806c6954>), informaba que «*The possibility provided by the offence of concussione to exempt from punishment the individual who bribes a public official when she/he has been compelled or induced to do so should be reconsidered and appropriate action taken, as necessary, in order to reduce its potential for possible misuse*» y recomendaba (recomendación viii) «*to examine in depth the practical application of the offence of concussione, as established in Article 317 of the Criminal Code, in order to ascertain its potential misuse in the investigation and prosecution of corruption; (ii) in the light of such examination, to take concrete measures to review and clarify the scope of the offence, as necessary*» (como consta, por otra parte, hasta en la jurisprudencia (véase la ya citada Sentencia *Cassazione, Sezioni Unite* de 24 de octubre de 2013). Por su parte, la OCDE ya en la Fase 1 (<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2019055.pdf>) de la revisión de la implementación y ejecución del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales señalaba

2.2.3.3. La respuesta del legislador: la ley 6 de noviembre de 2012 n. 190 (ley «Severino»)

En el año 2012, entra 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 consideraciones⁵⁰.

que «*the concept of "concussione" might weaken the effective application of the Convention in cases of international bribery*» (págs. 3 y 34). En el informe ya citado relativo a la fase 2 (*Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions* adoptado el 29 de noviembre de 2004 y accesible en la web <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33995536.pdf>) los evaluadores insistieron en que «*The scope of the defence of concussione appears to be broad in scope and not clearly limited. The policy reasons which underpin the defence in domestic bribery do not apply in the same manner in the foreign bribery context. Furthermore, if the defence is available for foreign bribery, it may be inconsistent with Commentary 7 of the Convention. Accordingly, the lead examiners recommend that Italy amend its legislation to exclude the defence of concussione from the offence of foreign bribery*» (pág. 36). La recomendación era reiterada en la fase 3 de la evaluación (véase el *Report on implementing the OECD anti-bribery convention in Italy* del mes de diciembre de 2011, págs. 13 a 14). En doctrina, véase INFANTINI, F.: *La nuova tutela penale della pubblica amministrazione*, IUS Pisa University Press, 2018, Pisa, págs. 50 y ss.; PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., págs. 193 a 195; BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 55; SPENA, A.: «Induzione indebita a dare o promettere utilità», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G.: *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2015, pág. 205; MANNA, A.: «I delitti...», cit., págs. 168 a 169; DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma...», cit., pág. 13; VIGANÒ, F.: «I delitti...», cit., págs. 10 a 11; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 4 y 9 (de la *addenda*).

⁵⁰ Ley de 20 de diciembre de 2012, n. 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.datapublicazioneGazzetta=2012-11-13&atto.codiceRedazionale=012G0213&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D11%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D190%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2012%26giornoProvvedimento%3D6¤tPage=1. El contenido de la ley va más allá de la intervención sobre los delitos de corrupción que ahora interesa. Sobre la reforma del año 2012, entre muchos, véase RINALDI, F. V.: «Concussione e induzione indebita: la linea di demarcazione tracciata dalle Sezioni Unite», en *Diritto & Diritti*, (disponible

Para nuestros efectos, resulta seguramente relevante, en primer lugar, la redefinición de los límites entre corrupción y concusión⁵¹: recibiendo (paralelamente⁵²) las sugerencias procedentes de las mencionadas *peer review*, el legislador se mueve ampliando el espectro de conductas «de competencia» de los delitos de corrupción, limitando el alcance de la concusión a los supuestos en los que el funcionario público, abusando de su *calidad* o de sus poderes, «constríne» a alguien a dar o prometer. Los supuestos de «inducción con abuso de *calidad* o poderes» pasan a integrar el nuevo delito rubricado «inducción indebida a dar o prometer utilidad» (art. 319-*quater*)⁵³. La nueva norma se ubica sistemáticamente dentro de los delitos de corrupción y contempla una pena no solo para el sujeto público que «induce» sino también para quien se deja inducir y «da o promete dinero u otra utilidad» dejando «de ser la impotente víctima de la prevaricación»⁵⁴. La configuración

en el enlace <http://www.diritto.it/docs/36365-concussione-e-induzione-indebita-la-linea-di-demarcazione-tracciata-dalle-sezioni-unite-cass-sez-un-14-marzo-2014-n-12228>, 24/6/2014; BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 52 y ss. SPENA, A.: «'Chi lascia...», cit., págs. 1083 y ss.; INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 71 y ss.; PULITANÓ, F.: «La novella...», cit., págs. 3 y ss. y *passim*.

⁵¹ Según algunos, el verdadero «corazón» de la reforma (así VIGLIETTA, G.: «La l. 6 novembre...», cit., pág. 21).

⁵² Véase PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 219. Como se ha observado (VIGANÒ, F.: «I delitti...», cit., pág. 11) la elección del legislador ha representado, por así decirlo, un «compromiso» entre la tradición italiana y las recomendaciones internacionales. El autor observa también como el hecho de que el ex primer ministro Berlusconi se enfrentara en aquel momento a acusaciones relacionadas con el delito *de quo* probablemente influyera en la elección de no eliminar *tout court* el delito de concusión.

⁵³ Según ha refrendado la jurisprudencia, se trata sustancialmente de una transposición del tipo penal de un lugar a otro del Código, tanto que se ha excluido que el legislador haya llevado a cabo una *abolitio criminis*. Sobre el punto, véase Fux, A.: «La natura propedeutica del reato di cui all'art. 346-bis C.P. rispetto a quello di corruzione», en *Cassazione penale*, 2013, n. 07/08, pág. 2642.

⁵⁴ Así MANES, V.: «Corruzione senza tipicità», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 61, n. 3, págs. 1133 a 1134 quien señala que la nueva norma introduce en el ámbito de la corrupción el concepto de «abuso de la *calidad*» que tiene contornos mucho más difuminados del tradicional «abuso de las funciones o de los poderes» a cuyo alrededor se habían construido los delitos contra la Administración pública en el Código de 1930 (el abuso de la *calidad* se limitaba al delito de concusión y a la revelación de secretos). Véase también MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 3 quien, a propósito de la innovación, habla de la elimi-

penológica del nuevo delito, no obstante, más allá de su sistemática formal, parece colocarlo en un camino intermedio entre la corrupción y la concusión⁵⁵: 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)⁵⁶, mientras que el inducido a dar o prometer es sancionado de 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 ½ sobre la pena prevista para el delito consumado).

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 función⁵⁷. Para ello, el legislador procede de manera singular y, en lugar que introducir un precepto *ad hoc*, modifica la norma que sancionaba la corrupción impropia, sustituyendo el «acto propio del cargo» con la «función». El nuevo artículo 318 pasa así a sancionar al público oficial 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, con este nuevo inciso, se sancio-

nación de un *tabù*. Sobre el tema de la inducción indebida, aunque brevemente, se volverá *infra* en el apartado 3.5.2.

⁵⁵ Véase PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 248 quien observa que, en los acuerdos corruptos que se desarrollan «en un marco de continuidad temporal», termina modificándose «el significado y el desvalor de la conducta prevaricadora del público funcionario, dispuesto a abusar del oficio desempeñado con tal de adquirir prestaciones indebidas, y aquella del particular —a menudo poderoso empresario— que se mueve en un plano de sustancial paridad» con el primero. Y, en estos contextos, añade el autor, «distinguir en concreto los hechos de corrupción de los de concusión» deviene incluso más difícil por efecto, si se quiere, de «la propia ambigüedad de los registros comunicativos entre las partes». Véase también LEOTTA, C. D.: «La corruzione...», cit., págs. 196 a 197; SPENA, A.: «Induzione...», cit., págs. 205 a 206.

⁵⁶ Pero naturalmente inferior a la prevista para el autor de concusión (véanse FIAN-DACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 10 (de la *addenda*).

⁵⁷ Véase SPENA, A.: «Oltre...», cit., pág. 649 quien habla de adopción de un modelo clientelar (también *Idem: Il turpe...*, cit., págs. 20 y 173 y ss.). Se muestra muy favorable a la introducción de esta nuevo delito PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., pág. 228.

nan hipótesis de corrupción impropia (antecedente y subsiguiente) y «de facilitación»⁵⁸: esta forma de proceder, a la vez que ha sido saludada por algunos destacados juristas italianos como «sabiamente simplificadora», no ha dejado de despertar críticas debido a la homologación en una única horquilla sancionadora de comportamientos con desvalores (por lo menos aparentemente) muy distintos⁵⁹. En este mismo marco, no puede ahora dejar de observarse 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, quedaba impune), pocas dudas caben que, con la nueva redacción, todo comportamiento penalmente relevante del lado pasivo, también lo es del lado activo (con el obligado matiz al que obliga el nuevo tipo de inducción a dar o prometer del que ya se ha dicho)⁶⁰. De la misma manera, si, tradicionalmente, las conductas de ofrecimiento, solicitud o promesa no aceptadas por la otra parte no se consideraban sancionables cuando se dirigían a recompensar un acto ya realizado, las cosas parecen haber cambiado con la reforma del año 2012, ya que el actual artículo 322.1 (y, por lo tanto, también 322.3) utiliza la misma preposición «*per*» del artículo 318 y, por lo tanto, comparte la amplitud con el precepto al que remite⁶¹.

Como acontece a menudo, la técnica escogida por el legislador, (por lo menos en parte) ha alejado los resultados de las intenciones⁶².

⁵⁸ Para una breve referencia a los problemas interpretativos ocasionados por la norma, se remite a *infra*, apartado 3.5.1.

⁵⁹ Para argumentos en ambos sentidos, se remite ahora a PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., págs. 228 a 229. Por razones de comodidad expositiva, volveremos más adelante sobre la cuestión (véase *infra*, los apartados 3.5., 3.5.1. y 5.5.4.).

⁶⁰ Véase *infra*, apartado 3.5.1. y, en particular, nota 263.

⁶¹ Véase ROMANO, M.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, IV edición, Giuffré, Milano, 2019, pág. 171; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 337 de quienes siento discrepar por lo que concierne al artículo 322.3 que se refiere a las «finalidades del artículo 319» siendo posible limitar la proyección del sustantivo «finalidad» hacia al futuro. Con los mismos argumentos pero en sentido contrario (ya que entienden que la preposición «*per*» equivale a «para» y no incluye a «por») véase LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 276 y ss. Sobre los problemas que ello supone en términos de proporcionalidad, véase lo que se dirá *infra* en el apartado 5.5.3.

⁶² Significativamente, se ha hablado de efectos «preterintencionales» de la reforma (se remite a PALAZZO, F.: «Gli effetti...», cit., pág. 19).

En primer lugar, 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 problema⁶³, ya que ahora la *querelle* se sitúa alrededor de la diferenciación entre la corrupción (o la instigación a la corrupción) y la inducción indebida (sigue siendo necesario diferenciar entre «solicitar» e «inducir»)⁶⁴; además, es ahora

⁶³ No se trata ahora de proceder a un análisis profundo de las diferencias entre corrupción y concusión. Parece aquí suficiente remitir a la doctrina que, con carácter general, ha señalado (como se hace en el texto) como la reforma no haya simplificado la *actio finium regundorum*: véase BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 66 y ss. y la bibliografía citada; SPENA, A.: «Induzione...», cit., págs. 217 y ss.; VALENTINI, V.: «La controriforma...», cit., pág. 359; PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., pág. 171; MANNÀ, A.: «I delitti...», cit., pág. 171; VIGANÒ, F.: «I delitti...», cit., págs. 11. Reconoce una mejor definición de los límites entre corrupción y concusión INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 75 y ss. Para profundizar sobre los «nuevos» términos de la cuestión, se remite a FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione. Un dibattito sulle figure del concusso, dell'indotto punibile e del corruttore*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim* y también a cuanto diremos en el apartado 3.5.2.

⁶⁴ Véase VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre...», cit., págs. 22 y 23 quien subraya los problemas a la hora de acotar el ámbito de aplicación de la inducción indebida trazando una diferenciación clara con la corrupción propia; PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 215; PICOTTI, L.: «L'evoluzione...», cit., págs. 148 a 149. En jurisprudencia, véase la ya citada sentencia de la *Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, de 24 de octubre de 2013 (Maldera) que insiste sobre el hecho de que, en la corrupción, el acuerdo se sella de forma «libre y consciente» marcado por una relación sustancialmente paritaria y sinalagmática entre los dos sujetos que persiguen un común objetivo ilícito. En la inducción indebida, en cambio, el particular se halla en un estado de sujeción y su proceso volitivo «no es espontáneo sino provocado, en una secuencia causal, por el abuso del funcionario público, que dirige a su favor la posición de debilidad psicológica» del *extraneus*. Como índices sintomáticos de la presencia de corrupción, la Corte sigue admitiendo la utilización del criterio de la iniciativa. Reténgase además que el problema existe también cuando la instigación no consigue sus finalidades en cuyo caso la problemática se cifrará en diferenciar inducción indebida de instigación a la corrupción. Aquí también la Corte recuerda que el «el concepto de 'inducción' presupone un *quid pluris* respecto de la 'solicitud' (...) y tiene que ser individualizado en el carácter perentorio y ultimativo de la petición, en su naturaleza reiterada e insistente»; la inducción, por su parte, «debe conjugarse de forma dinámica con el abuso, de tal forma que se ejerce sobre el *extraneus* una presión superior respecto de la que es consecuencia de una mera solicitud»; la solicitud se distingue claramente cuando el «público agente propone al particular un simple intercambio de favores, sin recurrir a ningún tipo de prevaricación de tal forma que la relación entre los dos

preciso distinguir también 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 constriñe») ⁶⁵.

sujetos se coloca en una dimensión paritaria». La bibliografía sobre la sentencia es copiosa: como (se insiste) la diferenciación entre corrupción, concusión e inducción indebida no es el objeto de este escrito, conviene remitir, entre muchos a BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 68 y ss. y a las referencias bibliográficas ahí señaladas. Observa el autor que la reforma parece confiar la *actio finium regundorum* a criterios variables que precisan de un estudio de cada caso lo que, por otra parte, aumenta el «riesgo de divergencias aplicativas relevantes, si no de arbitrios» (*Ibidem*: pág. 69). Volvemos sobre la cuestión (también brevemente), en el apartado 3.5.2. de este trabajo.

⁶⁵ En doctrina, se ha hablado de «despedazamiento» de la concusión (entre muchos, véase recientemente LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 196). Sobre el problema de la *actio finium regundorum* entre los distintos delitos, véase DOLCINI, E.: «La legge...», cit., págs. 162 y ss. quien resume las posibilidades interpretativas de la siguiente manera: 1. según el tipo de conducta del *intra-neus* (amenazas en el caso de la concusión y sugestión, persuasión, engaño en la inducción); 2. según la finalidad que persigue el *extraneus*: en la concusión, el particular *certat de damno vitando*, mientras que, en la inducción, *certat de lucro captando*; 3. según el grado de libertad con el que el *extraneus* accede: en la concusión, la voluntad del particular se vería anulada, mientras que la inducción dejaría subsistir cierta capacidad de decidir. Concluye el autor que desde luego no se advertía la necesidad de que el legislador volviera a hacer hincapié en conceptos antiguos y desde hace tiempo al centro de interminables debates. Sobre la cuestión, véase también, breve pero claramente, PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3394; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 13 (de la *addenda*) quienes también subrayan que la reforma ha dificultado la labor del intérprete, ya que, ahora la cuestión de la diferenciación entre inducción y concusión es prácticamente mucho más acuciante. Para clarificar este asunto, en jurisprudencia, véase la ya citada *Cassazione, Sezioni Unite*, de 24 de octubre de 2013 (Maldera), en la que se lee textualmente que «la inducción indebida a dar o prometer utilidades se coloca figurativamente en una posición intermedia entre la conducta opresiva, propia de la concusión y el intercambio corruptivo, casi como superación del así llamado canon de la mutua exclusividad de estos dos ilícitos. El tipo penal del artículo 319-*quater*, en efecto, parecería configurarse, con respecto al sujeto público, como una ‘concusión atenuada’ y, con respecto al sujeto privado, como una ‘corrupción mitigada por la inducción’, aun sin traicionar su peculiar especificidad unitaria de delito plurisubjetivo a participación necesaria, a la vista de la previsión, para su consumación, de la combinación sinérgica de las conductas de las dos partes». Véanse también las consideraciones de MASULLO, M.: «L'emersione...», cit., pág. 1266, quien subraya que la zona gris entre corrupción y concusión sigue siendo bastante amplia, incluso después de la intervención de las *Sezioni Unite*. MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág.

La elección de sancionar (expresamente) la corrupción de facilitación junto con la corrupción impropia, por su parte, más allá de ocasionar algunos problemas interpretativos, ha encontrado cierta resistencia en la jurisprudencia que, en algunos casos, 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 un más grave delito de corrupción propia que, ya antes de la reforma, había servido para ello⁶⁶.

2.2.4. La reforma de 2015

La intervención del legislador del año 2015⁶⁷ aumenta todas las penas privativas de libertad⁶⁸. La corrupción de facilitación (e impropia)

243, quien observa que la excesiva fragmentación de la disciplina fruto de la intervención reformadora «colisiona con las instancias de racionalización del cuadro normativo»; MANNA, A.: «I delitti...», cit., págs. 172 y ss. quien concluye sustancialmente que ni siquiera la intervención de la Suprema Corte ha conseguido aclarar «de una vez por todas» la cuestión que, en el futuro como en el pasado, seguirá sujeta a las mismas discusiones entre acusación y defensa.

⁶⁶ Véase GARGANI, A.: «La fattispecie...», cit., págs. 1032 y ss.; MORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., págs. 112 a 113; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 290; BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 71 y ss., con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales; CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 683 y ss. PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., págs. 3395 a 3396; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 245; MANNA, A. y GAITO, A.: «L'estate sta finendo...», en *Archivio Penale*, 2018, n. 3, págs. 2 a 3; INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 174 y ss.

⁶⁷ Ley de 27 de mayo de 2015, n. 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.datapublicazioneGazzetta=2015-05-30&atto.codiceRedazionale=15G00083&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D05%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D69%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2015%26giornoProvvedimento%3D27¤tPage=1. Sobre el contenido de la reforma en la materia que interesa, véase INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 102 a 103; VALENTINI, V.: «La controriforma del sistema penale anticorruzione. Uno sguardo critico-costruttivo alla L. n. 69/2015», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (.): *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET giuridica, 2015, págs. 347 y ss.; MANNA, A.: «I delitti...», cit., págs. 183 a 184.

⁶⁸ Se ha dicho que las razones de este aumento deberían cifrarse no solo en exigencias político-criminales, sino también en la finalidad de aumentar los plazos de

pia) pasa a ser sancionada con una pena privativa de libertad 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 contempla para el inductor⁶⁹.

No obstante, la novedad más relevante⁷⁰ introducida por el legislador de 2015 en materia de corrupción es probablemente la circunstancia atenuante prevista por el artículo 323-*bis* que, en su nuevo párrafo dos, prevé 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 a dos tercios»⁷¹.

Desde un punto de vista político-criminal, el legislador italiano, probablemente consciente de haber limitado el incentivo a denunciar representado por la concusión siguiendo el camino indicado por los instrumentos jurídicos internacionales, compensa la pérdida de colaboración con la introducción de una atenuante⁷².

prescripción (así BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 261). Sugiere la influencia de ciertos escándalos mediáticos relacionados con la corrupción política INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 101 y ss.

⁶⁹ Sobre este punto, se volverá *infra*, en el apartado 3.5.2.

⁷⁰ Sobre la escasa relevancia en general de la reforma, véase PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3400.

⁷¹ Para una panorámica sobre la exégesis de esta norma, se remite a INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 125 a 131.

⁷² Acerca de la incidencia de la reforma del delito de concusión llevada a cabo en el año 2012 sobre el redimensionamiento del incentivo a la denuncia representado por el tradicional supuesto de concusión, véase GAROFALI, R.: «Il contrasto...», cit., pág. 6; DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 161. Véanse también las consideraciones de MASULLO, M.: «L'emersione...», cit., pág. 1266 quien observa que la introducción de premios para el arrepentido sigue chocando con la presencia en el sistema del delito de concusión. Véase también MONGILLO, V.: «La legge...»,

2.2.5. La reforma «spazzacorrotti» de 2019

En el año 2019, ha lugar otra intervención legislativa con cierta incidencia para nuestros fines. Por medio de la ley rubricada por miembros del ejecutivo promotor como «spazzacorrotti» («barre corruptos»)⁷³,

cit., pág. 263 quien subraya la escasa «apetecibilidad» para el aspirante denunciante de las ventajas que ofrece la norma. En este mismo sentido, VALENTINI, V.: «La controriforma...», cit., págs. 355 a 356; parecida la opinión de PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., pág. 230 quien observa que «la punibilidad también del particular inducido implica una reducción de las *chances* probatorias por el evidente interés de una de las fuentes de pruebas más relevantes (...) a mantener el silencio más absoluto».

⁷³ La referencia es a la Ley de 9 de enero de 2019, número 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 consultarse en la web de la *Gazzetta Ufficiale* en el enlace https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.data PubblicazioneGazzetta=2019-01-16&atto.codiceRedazionale=18G00170&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D01%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D3%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2019%26giornoProvvedimento%3D9¤tPage=1. Para consideraciones sobre la ley, véase DE VITA, A.: «La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3», en *Processo penale e giustizia*, 2019, págs. 947 a 969. Observa el autor 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, N.: «Il disegno di legge ‘spazza corrotti’: solo ombre», en *Cassazione penale*, n. 11, 2018, pág. 3589 y ss. quien achaca a la ley un evidente aumento de las sanciones que define como «ciego» y, por momentos, «no razonable». Véase también MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 247, quien, aparte de subrayar la constante pretendida emergencia en la que se inserta la norma, de cara a la utilización del eslogan «barre corruptos», observa que, «cuando se habla de corruptos que tienen que ser barridos, estamos ante un lenguaje que se acerca al que se esgrime en contra de los enemigos de la sociedad y del Estado, ergo evocador del así llamado Derecho penal del enemigo»: es decir, «la idea de que a los corruptos se le debe mover una guerra o, de todas maneras, una lucha sin cuartel». En términos igualmente *tranchant* MANES, V.: «L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale», en *Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 2, quien observa que «la idea de fondo que atraviesa la nueva ley es proclive a un modelo de ‘Derecho penal *no limits*’ —librado de todo criterio de razonabilidad y proporción así como de todo finalismo reeducativo constitucionalmente impuesto a la pena—. Sintomática de cierto desconcierto de la doctrina de cara a la manifestación «populística» del

aparte de relevantes modificaciones a la disciplina de la prescripción penal⁷⁴, del endurecimiento del régimen penitenciario de la privación de libertad consecuencia de la comisión de delitos de corrupción⁷⁵, de un aumento de las sanciones especialmente evidente en cuanto a penas accesorias se refiere (destacando sin duda la interdicción perpetua de cualquier empleo o cargo público y la prohibición igualmente perpetua para contratar con la Administración pública toda vez que la condena implica una pena superior a 2 años de reclusión)⁷⁶, de los medios de investigación utilizables en materia de corrupción (agente encubierto)⁷⁷ y del decomiso, el legislador trata de poner remedio a la tendencia de cierta jurisprudencia que, como hemos visto, había ignorado la indicación penológica del legislador del año 2012 respecto de la sanción de la corrupción de facilitación⁷⁸. Para incentivar la

ejecutivo, es también la opinión de BORSARI, R.: *La corruzione...*cit.; págs. 78 y ss. En el mismo sentido, CINGARI, F.: «Sull’ennesima riforma del sistema penale anticorruzione», en *La legislazione penale*, 2019, págs. 1 a 2 quien observa una «tendencia legislativa a la construcción de un sistema anticorrupción de ‘lucha’ a los fenómenos corruptivos cada vez más ‘diferenciado’ y ‘emergencial’».

⁷⁴ Se trata de uno de los ejes centrales de la reforma que, naturalmente, ha atraído la atención de gran parte de la doctrina por su carácter no solo innovador sino también problemático. Aunque sobre el argumento no conviene aquí entretenernos (baste la remisión a MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 293 y ss., a BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 81 y a la bibliografía ahí mencionada) conviene advertir que, mientras se terminan de redactar estas páginas, el Consejo de Ministros parece estar discutiendo justamente de una *reforma de la reforma* «spazzacorrotti» sobre la cuestión «prescripción» y que todo apunta a que la nueva norma contemplará un régimen excepcional en materia de corrupción y concusión (que, *ça va sans dire*, se acompañan a un listado que incluye los delitos de organización criminal de tipo mafioso, tráfico de drogas y violencia sexual).

⁷⁵ La referencia va naturalmente a la incorporación al artículo 4-*bis* de la ley 354/1995 de los principales delitos contra la Administración pública (sobre el punto, véase MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 281 y ss.).

⁷⁶ Siempre que no deba aplicarse la atenuante recogida en el artículo 323-*bis* que se ocupa de supuestos «de particular tenuidad». Se remite a MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 272 y ss. tanto para esta cuestión como, en general, para muy sugerentes consideraciones sobre la evolución penológica de la corrupción (*Ibidem*: págs. 241 y ss.).

⁷⁷ Véase, una vez más, MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 252 y ss. Sobre la inclusión de la corrupción entre los delitos para los que se permite la actuación de agentes encubiertos, véase (brevemente) *infra*, apartado 5.5.3.

⁷⁸ Véase, en clave problemática, PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 292 y ss.; también interesante la opinión de VALENTINI, V.: «La controriforma...», cit.,

jurisprudencia a aplicar el artículo 318 en lugar que el 319, se decide así incrementar las penas previstas para la corrupción impropia, pensando que, recortando las diferencias penológicas con la corrupción propia, la jurisprudencia ya no tendría reparos en aplicar el precepto escogido legalmente como idóneo para sancionar a la corrupción *per l'esercizio delle funzioni*⁷⁹.

La segunda novedad introducida en el año 2019 implicaba acompañar la atenuante introducida en el año 2015 con 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 cerrar el círculo dejado abierto por la reforma del año 2012 y se presentaba como un incentivo incluso más fuerte que la tradicional impunidad para la (supuesta) víctima de concusión⁸⁰. El nuevo artículo 323-ter reza ahora:

pág. 353 quien juzgaba insuficiente el aumento de sanción de la reforma del año 2015 para convencer a la jurisprudencia a aplicar esta norma a los supuestos de cohecho de facilitación en lugar que el más grave delito de corrupción propia.

⁷⁹ Véase CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 12 quien cita en este sentido el propio informe del Ministerio de Justicia presentado el día 24 de septiembre de 2018 que puede consultarse en la web <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1189.18PDL0029490.pdf> y que, a las páginas 6 y 7 efectivamente admite que esa es la intención subyacente al aumento de la sanción. Sobre la relación entre entidad de la pena y amplitud del delito tipificado por el artículo 318 después de la reforma del año 2012, véase MANNA, A.: «I delitti...», cit., pág. 176 cuya postura parece poderse compartir añadiendo que quizás no debería exagerarse el «peso» del elemento penológico a la hora de acotar el espectro de aplicación del tipo penal, máxime cuando tanto la *voluntas legis* como el tenor literal de la norma parecen suficientemente claros. Véase también MANNA, A. y GAITO, A.: «L'estate...», cit., págs. 2 a 3.

⁸⁰ Sobre la medida que excluye la punibilidad, véase, en doctrina, MASULLO, M.: «L'emersione...», cit., págs. 1257 y ss.; MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 262 y ss.; BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 100 y ss. Abogaba para la introducción de una «cláusula de no punibilidad» en una óptica *de iure condendo* ya PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 255. Para unas consideraciones críticas sobre la nueva norma, véase, en particular, CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., págs. 21 a 22; MANNA, A. y GAITO, A.: «L'estate...», cit., pág. 6. Obsérvese que, en Italia, el debate acerca de la oportunidad de introducir atenuantes o incluso eximentes relacionadas con la denuncia previa no es nuevo: véase ya BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 126 (nota 15).

«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. 146».

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


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 y 2010. Recordando la finalidad de este trabajo y antes de resumir brevemente la evolución que ha llevado hasta la disciplina vigente, conviene advertir que, a diferencia de lo 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 la técnica legislativa. Dicho ello, conviene señalar que aquí también los instrumentos jurídicos internacionales jugaron un papel impulsor de la actividad del legislador⁸¹.

⁸¹ 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 supranacional. «En los delitos de cohecho», aclaraba el legislador, «se han producido importantes cam-

En el Código penal español de 1995, el cohecho antecedente pasivo propio se encontraba tipificado en tres distintos artículos (419, 420 y 421) y se distinguía *quoad poenam*: el supuesto en el que el acto (acción u omisión) objeto del acuerdo fuese constitutivo de delito (art. 419) que representaba la hipótesis más grave (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»). Como supuesto alternativo (se trataba de tipos recíprocamente excluyentes) se tipificaba autónomamente (en el artículo 420, con penas inferiores a las contempladas en el artículo 419) el supuesto en el que el acto objeto del acuerdo fuese sí «injusto» pero no constitutivo de delito, distinguiéndose además (de forma algo extravagante) 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 aquel en el que no llegaba a ejecutarse (prisión de uno a dos años e inhabilitación especial

bios 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». Respecto de esta breve referencia, no puede sino manifestarse cierto estupor: en primer lugar, en efecto, 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 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”. Véanse las consideraciones de OLAIZOLA NOGALES, I.: «La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010», en MAQUEDA ABREU, M.; MARTÍN LORENZO, M.; VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.): *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, págs. 740 y ss.

para empleo o cargo público de tres a seis años), manteniéndose, en ambos casos, la pena de multa «del tanto al triplo de la dádiva».

Mucho menos detallada resultaba la sanción del cohecho subsiguiente (tanto propio como impropio) e impropio (tanto antecedente como subsiguiente) que se concentraba en el artículo 425: en su primer apartado  la norma sancionaba el impropio (pena de multa del tanto al triple del valor de la dádiva) y, en el segundo, el propio con acto recompensado constitutivo de delito (pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación de diez a quince años) sin mencionar al cohecho propio subsiguiente con recompensa por un acto injusto no constitutivo de delito que se reconducía en vía interpretativa al supuesto previsto por el primer párrafo que funcionaba así como tipo básico de cohecho subsiguiente.

Respecto del cohecho impropio antecedente, resultaba complicada 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); esta última norma, se ocupaba también del cohecho de facilitación (autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función y que contemplaba una pena de multa de tres a seis meses).

La descripción de la conducta típica de cohecho activo del artículo 423, finalmente («corromper o intentar corromper») daba pie a 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 sancionaban con la misma intensidad, salvo que la iniciativa procediera del *intraneus* en cuyo caso al *extraneus* se le conminaba una pena reducida en un grado.

2.3.1. *La reforma del año 2010*

La intervención legislativa del año 2010 apuntaba a resolver gran parte de las dudas interpretativas y, al neto de algunos retoques (de los que se dirá brevemente *infra*, en el apartado siguiente), ha plasmado la disciplina hoy vigente: 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 doce 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 a 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 se ocupa del cohecho activo antecedente, propio e impropio y del 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* (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)⁸².

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

⁸² Perdónese la remisión a CERINA, G. D. M.: «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español», en *Revista General de Derecho penal*, n. 33, 2020, págs. 20 a 22 y 27 a 28.

representare») toda vez que el acto objeto de acuerdo (sin distinguir aquí entre cohecho antecedente, subsiguiente, propio o impropio y equiparando expresamente el supuesto en el que el acto haya sido solo «pretendido» con aquel en el que haya sido efectivamente «conseguido») «tuviera relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocadas por la Administración o entes públicos».

2.3.2. Breves notas sobre las reformas de 2015 y de 2019

Para nuestros efectos, la intervención reformadora del año 2015 tiene relevancia debido a la modificación del artículo 445 del Código penal que reza hoy que

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados»

La norma extiende a los delitos contra la Administración pública la criminalización expresa de los actos preparatorios que el Código penal contempla expresamente para un abanico muy heterogéneos de tipos delictivos⁸³.

La novedad reúne cierto interés de cara al objeto de este trabajo, ya que aleja las conductas de cohecho punibles de la efectiva perturbación del bien jurídico protegido⁸⁴.

Más allá de esta modificación, en materia de cohecho, la reforma de 2015 se limita sustancialmente a retocar (naturalmente al alza) el marco sancionador. Así, en el artículo 419, se añade la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo por tiempo

⁸³ A saber: 1. Delitos contra el orden público (art. 548); 2. Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia (art. 553); 3. Terrorismo (art. 579); 4. Traición (art. 585); 5. Delitos contra la Comunidad Internacional (art. 615); 6. Asesinato (art. 141); 7. Lesiones (art. 151); 8. Tráfico de órganos humanos (art. 156-bis); 9. Detenciones ilegales y secuestros (art. 168); 10. Trata de seres humanos (art. 177-bis); 11. Robo, extorsión, estafa, apropiación indebida (art. 269); 12. Alteración de precios y manipulación de mercado (art. 285-quater); 13. blanqueo de capitales (art. 304); 14. tráfico de drogas (art. 373).

⁸⁴ Para algunas breves observaciones, se remite a *infra*, apartado 5.5.3.

de nueve a doce años y se aumenta 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 de «de tres a siete años» a «de cinco a nueve años»⁸⁵.

Por su parte, fuera de los casos del artículo 427 (relacionados con la sanción del cohecho de funcionario público extranjero), la reforma del año 2019 incide sobre el delito *de quo* limitadamente al actual artículo 423, norma que extiende el ámbito de aplicación del cohecho pasivo a sujetos distintos a los funcionarios públicos o autoridades⁸⁶.

⁸⁵ Véase VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «La natura giuridica del divieto agli enti collettivi di contrattare con il settore pubblico (art. 424.3 c. p. spagnolo)», en *Diritto Penale XXI secolo*, 2018, n. 3, pág. 253 con consideraciones críticas respecto de la falta de proporcionalidad de las penas accesorias. En general, sobre el contenido de la reforma de 2015, véase NOGUERA CALATAYUD, J.: «El delito de cohecho. Especial referencia al delito de cohecho pasivo», en MUÑOZ CUESTA, J. (COORD.): *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Cosital, 2015, págs. 270 y ss.; PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*, Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 123 y ss.

⁸⁶ Sobre la reforma del artículo 423, se perdona, una vez más, la remisión a CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., págs. 40 y ss.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE COHECHO: DEBATE DOCTRINAL Y POSTURAS DE LA JURISPRUDENCIA EN ITALIA

3.1. PREMISAS

En doctrina, se ha dicho recientemente que el esqueleto de la reglamentación de 1930 sigue rigiendo la disciplina vigente, no habiendo resultado significativamente alterado por las intervenciones del legislador post-constitucional⁸⁷. Con independencia del alcance de las modificaciones intervenidas, lo cierto es que la anterior anotación no debe hacer pensar en una «inmovilidad» de las normas que ahora se analizan. Más allá de la complejidad que entrañan cuestiones puntuales inherentes a la interpretación de las figuras *de quibus* y que, desde siempre, han suscitado discusiones entre los operadores del derecho, en vía interpretativa, la doctrina y la jurisprudencia se han hecho cargo de moldear la disciplina de los delitos en objeto, ajustándola a las exigencias procedentes del nuevo ordenamiento constitucional y, en particular, a la idea de Administración pública subyacente al mismo⁸⁸. Amén de ello, no pueden no tenerse en cuenta los retos planteados por la sociedad post-industrial contemporánea que se presenta como muy distinta, incluso respecto a la *Weltanschauung* que mantenían los padres constituyentes al terminar la segunda guerra mundial: ello se ha indudablemente reflejado sobre la interpretación del tipo penal en cuestión, a veces incluso empujando la doctrina, pero sobre todo la jurisprudencia a ir demasiado lejos, ahí donde la literalidad de las normas y con ella la seguridad jurídica y el principio de legalidad, dejan de asistir al intérprete, ansioso en demasía de que el precepto disponga lo que, en su opinión, debería disponer.

⁸⁷ Véase, entre otros, PARADISO, F: *La nuova...*, cit., pág. 31.

⁸⁸ Pero véanse las consideraciones de VINCIGUERRA, S.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2008, págs. 3 y ss.

La evolución interpretativa se aprecia también a la hora de enfrentarnos con las problemáticas inherentes al análisis del objeto jurídico⁸⁹ de los delitos de corrupción, cuyo resultado, hoy día, parece «todo menos descontado, en doctrina como en jurisprudencia», debido a sus connotaciones absolutamente «inciertas» que han sido acotadas «en modo preocupadamente diáfano, ahora incongruente y torpe, ahora constitucionalmente tranquilizador, ahora como temible residuo de tiempos pasados»⁹⁰.

Y, en efecto, la complejidad del panorama doctrinal y jurisprudencial es extraordinaria. Si se quisiera realmente dar cuenta de forma fiel de todo el debate que se ha producido en doctrina y en jurisprudencia en Italia, la única opción sería mencionar uno por uno todos los planteamientos: salvo raras excepciones, es extremadamente difícil encontrar en doctrina (pero también en jurisprudencia) dos reconstrucciones de la objetividad jurídica del delito que nos atañe que sean completamente superponibles. Y el dato no puede no tenerse en cuenta, por lo menos, en forma de advertencia para el lector. Por otra parte, se impone aquí una simplificación y una síntesis de las principales posiciones que conviene dividir en grupos.

1. Las posturas «tradicionales». El primer conjunto de autores cuyas tesis se analizarán, emprende el análisis del bien jurídico protegido por los delitos de cohecho en una perspectiva preconstitucional, ligada, por lo tanto, a una idea de Administración pública típica de un contexto autoritario en el que prima la visión de un Derecho penal guardián del correcto desempeño de los deberes que la misma impone a sus servidores. En este marco, los conceptos aludidos se cifran en amplias formulaciones de principios vagamente éticos que suenan como «prestigio» de la Administración pública, «probidad», «no venalidad»

⁸⁹ «Objeto jurídico del delito» (en el sentido de «objeto sustancial específico») se utiliza como expresión sinónima a «bien jurídico protegido por el delito» (véase MARINI, G.: *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, págs. 251 a 252).

⁹⁰ Así, BALBI, G.: *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Jovene, Napoli, 2003, pág. 2. En términos parecidos, véase FIANDACA, G.: «Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussioni», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pág. 886; LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171.

de los servidores públicos o «fidelidad» de los mismos hacia la Administración. Junto con posturas elaboradas en tiempos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, se analizarán otras que, aun posteriores, han utilizado conceptos similares⁹¹.

2. Las posturas «constitucionales». El segundo grupo incluye, en primer lugar, aquellos juristas que han afirmado la necesidad de que los bienes jurídicos protegidos o a protegerse por el legislador penal tengan relevancia constitucional. Los preceptos de la Constitución de 1948 en materia de Administración pública son diversos. De ellos, se han extraído las ideas de «buen funcionamiento» y de «imparcialidad» como principios rectores de la actividad de la Administración que conformarían el objeto jurídico de los delitos de corrupción. Es por ello que, con independencia de la adhesión o menos a la teoría constitucionalista del bien jurídico, se analizarán de forma conjunta las posturas más significativas que apuntan hacia el «buen funcionamiento» y/o la «imparcialidad» como bienes jurídicos protegidos por el delito de cohecho. Por otra parte, es en este marco conceptual en el que emerge la dificultad de conciliar la penalización de todas las vertientes de la corrupción con el principio de lesividad.
3. Las posturas «originales». En el tercer grupo, se mencionarán esencialmente las tesis de Carlo Federico Grosso y Antonio Paggiaro cuya original reconstrucción del objeto jurídico del delito presenta rasgos que aconsejan su examen separado. Tratamos

⁹¹ Los autores que incluimos en este grupo parten «de la consideración de que el Estado merece protección penal no solo como institución, sino como una persona actuante y, en una primera consecuencia, se estima necesario proteger tal actividad; ahora bien, esta actividad (funciones) es desempeñada por determinadas personas físicas: fundamentalmente los funcionarios públicos y, en vía de extensión, otras personas (encargados de servicios públicos y los que ejercen servicios de necesidad pública), las cuales, al no realizar correctamente las funciones que el Estado les encomendó, conculcan efectivamente el bien jurídico genéricamente señalado: alteran el normal desenvolvimiento de las actividades del Estado, pero, además, no actúan como *deben*, atendiendo a la relación jurídica que les une con el aparato burocrático del Estado, esto es, *violan su deber funcional, el decoro*, con los que tal actividad debe manifestarse» (así OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pág. 213).

aparte también la postura mantenida por Sergio Seminara cuyo planteamiento crítico presenta también rasgos originales.

3.2. LA DOCTRINA TRADICIONAL

Por lo general, en los años inmediatamente siguientes a la entrada en vigor del Código penal de 1930, los estudios desarrollados por la doctrina italiana acerca del bien jurídico protegido por el delito de corrupción solían apuntar al «prestigio y normal funcionamiento de la Administración Pública en sentido amplio»⁹². El delito de cohecho, se afirmaba, concierne

«a la probidad y a la legitimidad de la misma, y precisamente al interés en preservar el ejercicio de las públicas funciones y de los públicos servicios de los peligros y de los daños procedentes de las indebidas retribuciones de particulares para actos legítimos que no las implican, o de la venal traición de los públicos oficios o servicios, y de impedir la acción de las causas externas que concurren en determinar dichos efectos»⁹³.

En este marco, parecía claro que la objetividad jurídica del delito debía declinarse de forma distinta según se tratara de corrupción propia o impropia: en la primera hipótesis, la injusticia del acto objeto del acuerdo permitía anclar el desvalor al acto mismo, mientras que la legalidad del objeto del dolo que caracteriza la corrupción impropia suponía que toda la carga lesiva del delito debía soportarla el acuerdo. Así, en el segundo caso, se hablaba de «daño proporcionado por las indebidas retribuciones de particulares para actos legítimos», mientras que, en el primero, la atención se centraba en la traición de

⁹² Entre otros, véase MANZINI, V.: *Trattato di diritto penale*, UTET, Torino, 1981, Vol. V, § 1322; RICCIO S.: «Corruzione, delitti di», en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1957; *Idem*: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 1955; MAGGIORE, G.: *Principi di diritto penale*, vol. II, Zanichelli, Bologna, 1950; PANNAIN, R.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1966, no obstante la postura de este autor sea ciertamente más compleja; GRISPIGNI F.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Libreria Antiquaria Giulio Cesare, Roma, 1952, pág. 164; VENDITTI, R.: «Corruzione (delitti di)», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962, págs. 753 a 754.

⁹³ MANZINI, V.: *op. cit.*, *loc. cit.*

la función pública, motivada por la venalidad del servidor público⁹⁴. Por otra parte, si bien prestigio y buen funcionamiento de la Administración pública se advertían lesionados diversamente por los hechos de corrupción propia e impropia, su afectación parecía igualmente reprochable, ya que, se decía,

«es interés de la colectividad, organizada en Estado, preservar el ejercicio de cada función pública y de cada público servicio de toda desviación (...) y es por ello que, no solo en relación con la desviación de la función en consecuencia de un acto ilegítimo está puesta la hipótesis delictiva, sino también en relación con toda desviación de cualquier naturaleza»⁹⁵.

Según Pannain, el bien jurídico protegido por el delito se cifraba en la desviación de la actividad pública. Dicho bien sería puesto en peligro en las hipótesis de corrupción propia que supondrían el quebrantamiento de dos deberes: el de no aceptar retribuciones indebidas y de actuar conforme a los deberes de la función pública⁹⁶. En el caso de la corrupción impropia, la lesividad habría de limitarse a una afectación del principio de «gratuidad de la función pública»⁹⁷.

En términos parecidos, según Gianniti,

«en la corrupción impropia el *intraneus* viola solo el deber del desinterés funcional, y precisamente el deber de no venalidad de las prestaciones del oficio o del servicio, o, en determinados casos, el deber de no recibir una retribución superior a aquella prescrita por la ley (...) mientras que, en la corrupción propia, el *intraneus* viola los deberes funcionales de fidelidad y de imparcialidad»⁹⁸.

Antolisei comparte sustancialmente que, en la corrupción impropia, si bien no existen daños patrimoniales, el prestigio y la dignidad de la Administración son lesionados por la «venalidad» de los sujetos públicos. Sin embargo, añade que, en el caso de la corrupción propia, la misma venalidad lleva al sujeto público a la violación de un ulte-

⁹⁴ En este sentido, no puede compartirse el análisis de estas posturas desarrolladas por BALBI, G.: *I delitti...*, cit., pág. 30.

⁹⁵ RICCIO, S.: *I delitti...*, cit., pág. 358.

⁹⁶ MANZINI, V.: *op. cit.*, § 1334.

⁹⁷ PANNAIN, R.: *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁸ GIANNITI, F.: *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Giuffré, Milano, 1970, págs. 75 a 76.

rior deber de fidelidad hacia la Administración, de tal forma que su conducta termina prejuzgando el normal funcionamiento de ésta⁹⁹.

Se perfila aquí un interesante punto de vista que será objeto de ulteriores profundizaciones. El planteamiento es el siguiente: la corrupción propia e impropia tienen en común el hecho de ser corrupción, esto es, un acuerdo en cuyo marco, a cambio de una retribución, se vende un acto conforme o contrario a los deberes del funcionario público. Los elementos generadores del desvalor de resultado son, en suma, el pacto y el acto objeto del mismo. Y bien: la conformidad del acto con los deberes de quien lo realiza no parece, de por sí, añadir desvalor alguno, de tal manera que, en la corrupción impropia, deberá asumirse que el desvalor se cifra en el propio pacto. Pero, en la vertiente propia, al bien jurídico menoscabado por la celebración del pacto (el mismo que subyace a la tipificación de la corrupción impropia), se añade el que resulta ofendido por la ilicitud del acto¹⁰⁰. Y si, en opinión de Antolisei, el buen funcionamiento de la Administración pública se vería afectado tan solo en el caso de corrupción propia, puede entonces asociarse la lesión de este bien jurídico a la injusticia del acto objeto del acuerdo (que no del pacto mismo).

Parecida la idea de Manzini que, por su parte, permanece vinculado a la utilización de expresiones altisonantes cargadas de connotaciones éticas. Según este autor, en la corrupción propia,

«objeto específico de la tutela penal es el interés inherente al normal funcionamiento y al prestigio de la Administración pública en sentido amplio, en tanto que se atenta contra la probidad de la misma, y precisamente contra el interés en asegurar la regularidad y la rectitud en el ejercicio de las públicas funciones y de los públicos servicios, contra el daño y el peligro inherentes a la venalidad de los públicos oficiales o de los encar-

⁹⁹ ANTOLISEI F.: *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XIII ed.: Giuffrè, Milano, 2000, vol. II, págs. 320 a 323.

¹⁰⁰ *Mutatis mutandis*, obsérvese que esta reconstrucción de la lesividad de la corrupción propia compuesta por el mismo bien jurídico lesionado en el caso de la corrupción impropia más un bien ulterior anclado al objeto ilícito del acuerdo sigue siendo muy utilizada (y, en definitiva, será la que aquí se propondrá). Véase, entre muchos, PICOTTI, L.: «L'evoluzione...», cit., pág. 150 quien habla de «doble injusticia» de la corrupción propia en la que «amén de la ilicitud del *pactum sceleris*, también está la ilegitimidad del acto realizado u omitido».

gados de un público servicio, en cuanto ésta los determine a traicionar sus deberes funcionales»¹⁰¹.

Según el célebre jurista, no debe apuntarse tanto a la «venalidad» de los servidores públicos¹⁰², sino que se trataría de combatir «la codicia» humillante de éstos. Traduciendo las elucubraciones moralistas, aclara Manzini que la corrupción propia e impropia comparten la afectación a un mismo bien jurídico, debiéndose sumar, en el caso de la primera, la lesión de otro deber, por decirlo de alguna forma, suplementario. Así, en el cohecho impropio, «no existe traición funcional», de tal manera que se sanciona tan solo la violación del deber de no aceptar retribuciones indebidas. En la corrupción propia, por otra parte, existiría una doble violación de los deberes de dependencia del funcionario que consistiría, por un lado, en la aceptación de una retribución indebida, y, por otro, en la violación o promesa de violación del deber funcional.

«En el primer caso, en suma, se incrimina solo una grave infracción del deber de desinterés funcional; en el segundo, se incrimina, amén de dicha violación disciplinaria, también el hecho de haber violado o de violar el deber de fidelidad funcional. Existe, por tanto, una infracción, no solo de los deberes externos, sino también de los deberes internos del sujeto»¹⁰³.

Todos estos autores, con importantes matices y diferencias que aquí no es posible reproducir de forma pormenorizada, consideran sustancialmente equivalente el bien jurídico protegido por la vertiente activa y la pasiva del delito de cohecho. No así otros que, como consecuencia de una construcción autónoma del delito de corrupción activa respecto de la pasiva, se han esforzado en diferenciar el objeto de protección penal.

¹⁰¹ MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 236. Sustancialmente coincidente la opinión de SPINELLI, G.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 603 y ss. quien, sin embargo, distingue entre corrupción activa y pasiva aun considerando que se trata de un delito plurisubjetivo.

¹⁰² Venalidad que habría de entenderse como «el hecho del público oficial o del empleado o encargado de un público servicio de dejarse comprar para violar sus deberes funcionales» (MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 236).

¹⁰³ MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., págs. 236 a 237.

Entre ellos, se encuentra Levi¹⁰⁴. En la construcción de este autor, en materia de interés protegido por el delito de corrupción pasiva propia, la clave está en el «normal desempeño de los deberes funcionales» por parte de los públicos oficiales o encargados de un público servicio. Este interés se encontraría puesto en peligro «por utilidades dadas o prometidas para hacer omitir o retrasar un acto del oficio o para hacer realizar un acto contrario a los deberes del oficio» (en el caso de corrupción pasiva propia antecedente)¹⁰⁵ y por actos ya realizados (en la corrupción pasiva propia subsiguiente)¹⁰⁶. Por lo que respecta a la vertiente pasiva impropia, tanto antecedente como subsiguiente, este autor cifra el interés protegido en el decoro y orden de la Administración pública que se verían afectados por toda actuación contraria al interés a la «gratuidad (o a la legalidad de la retribución) de las prestaciones de oficio hacia los particulares»¹⁰⁷.

Por otra parte, Levi defiende la autonomía de los delitos de corrupción activa y, respecto de la vertiente propia antecedente, cifra el bien jurídico protegido en la normal persecución de los fines de la pública Administración y en el prestigio de la misma. Ambos intereses, según el jurista, «pueden ser puestos en peligro por dádivas¹⁰⁸ o promesas hechas al público oficial o a la persona encargada de un público servicio (...)»¹⁰⁹. En el caso de la corrupción activa propia subsiguiente y de la corrupción activa impropia antecedente, según el autor, la tutela ha de considerarse limitada al prestigio de la Administración pública.

Se distingue de todas las anteriores la postura defendida, entre otros, por Venditti. Este autor también comienza observando que las normas sobre la corrupción de los funcionarios públicos apuntan a proteger el deber de «fidelidad y honestidad» de los mismos. Pero su lesión sería relevante no en sí misma, sino en cuanto «difunde

¹⁰⁴ Distingue minuciosamente también RICCIO, S.: *I delitti...*, cit., loc. cit., quien, sin embargo, se limita a explicar como en todas las hipótesis, resultan lesionados, si bien de forma diferente, los mismos intereses.

¹⁰⁵ LEVI, N.: *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Vallardi, Milano, 1935 pág. 271.

¹⁰⁶ LEVI, N.: *Delitti...*, cit., pág. 295.

¹⁰⁷ LEVI, N.: *Delitti...*, cit., pág. 298.

¹⁰⁸ En italiano, «*dazione*».

¹⁰⁹ LEVI, N.: *Delitti...*, cit., pág. 303. En el mismo sentido SPINELLI, G.: *I delitti...*, cit., pág. 612.

entre los ciudadanos desconfianza en los poderes públicos, disminuyendo su [de la Administración] prestigio, amén (a menudo) su recto funcionamiento»¹¹⁰. Una corriente doctrinal más reciente, en esta misma óptica, ha defendido que el bien jurídico protegido por todos los delitos de cohecho debe identificarse precisamente con la confianza de los ciudadanos hacia la Administración pública¹¹¹.

3.2.1. Críticas

Las posturas mencionadas comparten el recurso a conceptos como «prestigio» de la Administración, «probidad» de los servidores públicos o «venalidad» de los mismos que contrastarían con su «deber de fidelidad» hacia el Estado. Estos intereses constituirían los bienes jurídicos protegidos por los delitos de cohecho y, alrededor de su concreción, se ha articulado una crítica muy contundente.

En particular, se ha dicho, el «deber de fidelidad» es un «deber» puesto a defensa de un bien jurídico, de tal manera que no puede ser identificado con éste¹¹². Amén de ello, se ha observado que las fórmulas «deber de fidelidad» o «confianza en la Administración pública» son «vacías y genéricas e incapaces de constituir un autónomo objeto de agresión»¹¹³ y podrían revelarse en sintonía con un Derecho penal

¹¹⁰ VENDITTI, R.: *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹¹ Véase FERRANTE, M. L.: «Le fattispecie di corruzione», en FORTUNA, F. S. (A CURA DI), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2002, pág. 79; ROMANO, M.: *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, Milano 2019, pág. 157. Nótese que, en términos parecido, se ha expresado también ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General, Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 410 que habla de «confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo».

¹¹² PAGLIARO A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2008, pág. 175; SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 274; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 225; MASSI, S.: «*Qui en corruptione versatur etiam pro licito tenetur*». «*Offesa*» e «*infedeltà*» nella struttura della corruzione propria, Giappichelli, Torino, 2004, pág. 6; BENUSSI, C.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2001, pág. 414; *Idem: Diritto...*, cit., pág. 237; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 262.

¹¹³ BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 141; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 225; En el mismo sentido, BEVILACQUA, B.: *I reati dei pubblici ufficiali*

éticamente marcado o con un Derecho penal del autor infiel, pero no con los principios de un Derecho penal que mira a los hechos¹¹⁴.

El «prestigio» de la Administración pública, por otra parte, sería concepto genérico en demasía que «funciona como fórmula nebulosa sustituyéndose a una objetividad indefinida»¹¹⁵ en cuanto «cada mal comportamiento del público oficial», y no específicamente la corrupción, «lesiona o pone en peligro al prestigio de la Administración pública»¹¹⁶. Además, se insiste, solo la violación de otro bien jurídico puede afectar al prestigio de o a la confianza en la Administración que, por lo tanto, podrán, como mucho, ser objetos mediatos de tutela¹¹⁷. Por último, se ha también observado que la alusión al prestigio de la Administración pública como bien jurídico a protegerse por el Derecho penal se inserta en el marco de los valores propios de un régimen autoritario y es difícilmente compatible con los principios del sistema constitucional actual, de tal manera que su mención resultaría hoy anacrónica, aparte de arbitraria¹¹⁸.

Por lo que respecta, finalmente, al concepto de «venalidad», se ha dicho que no sería capaz de ir más allá de una descripción del fenómeno «corrupción» que precisamente en ello consiste e implica-

contro la pubblica amministrazione», CEDAM, Padova, 2003, vol. I.: pág. 708; BALBI, G.: *I delitti...*, cit., pág. 31 y ss.; INFANTE, E.: «Corruzione per l'esercizio della funzione», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (DIR.): *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET giuridica, 2015, pág. 221.

¹¹⁴ En estos términos, MASSI, S.: *Qui...*, cit., *loc. cit.*; también INFANTE, E.: «Corruzione...», cit., pág. 222.

¹¹⁵ Así literalmente ya BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 141.

¹¹⁶ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINIO, M.: *Principi...*, cit., *loc. cit.*; FIANDACA G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., *loc. cit.*; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 262 a 263; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 3; INFANTE, E.: «Corruzione...», cit., pág. 221.

¹¹⁷ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINIO, M.: *Principi...*, cit., pág. 176. BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 237.

¹¹⁸ Entre muchos, véase BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 141; FURGIUELE, G.: «I limiti di tipicità della fattispecie di corruzione propria», en *Cassazione penale*, 2002, pág. 3919; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 263; ROMANO, B.: «Note introduttive», en ROMANO, B. y MIRANDOLA, A.: *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2020, págs. 12 a 13.

ría una vaga referencia al buen funcionamiento de la Administración pública¹¹⁹.

Estas observaciones críticas, por lo general, pueden compartirse.

Permítase tan solo apuntar algunas dudas respecto de las consideraciones quizás excesivamente tajantes que ha suscitado la referencia a la «violación de los deberes» de la función como núcleo de la protección penal. En particular, se ha observado que considerar al «deber» como la finalidad de la tutela penal implicaría desnaturalizar la propia noción de bien jurídico que tiene que ser considerado en su naturaleza de entidad «empírico-efectual», pre-dada a la norma que se distingue de la conducta debida y se contrapone a la criminal¹²⁰.

A este respecto, reténgase que, en primer lugar, tanto la normativa de origen internacional como el tenor literal del artículo 319 del Código penal italiano (y, ahora, también el artículo 419 del Código penal español) se refieren directamente a la violación de los deberes (la realización de un «acto contrario a los deberes» es el objeto del dolo específico¹²¹). En segundo lugar, la crítica con apoyo en la cual la violación de un deber subyace a la lesión de un bien jurídico protegido, pero no ha de identificarse con ello tiene su revés en la observación con apoyo en la cual la protección de todo bien jurídico implica un deber de no lesionarlo o ponerlo en peligro¹²². Si protegemos la vida,

¹¹⁹ SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., págs. 268 a 269. Véase también INFANTE, E.: «Corruzione...», cit., pág. 222. Con respecto al concepto de «gratuidad» utilizado por ejemplo por Manzini, objeta Gianniti que muchas veces los actos administrativos suponen el pago de una tasa. Según este autor, sería incorrecto hablar de «pureza» en el ejercicio de las públicas funciones porque la misma no resulta afectada solo por los delitos de corrupción, sino, en general, por todo crimen contra la Administración pública (GIANNITI, F.: *Studi...*, cit., pág. 167; véase también SEMINARA S.: «Gli interessi tutelati nei reati di corruzione», en *Scritti in onore di Renato Dell'Andro*, Cacucci, Bari, 1994, págs. 817 y ss.). Para consideraciones críticas sobre la posibilidad de cifrar el bien jurídico protegido en la «no venalidad», véase *infra*, apartados 4.7. y 5.2.1.6.

¹²⁰ Así textualmente MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 7.

¹²¹ Parte de la doctrina española utiliza la expresión «delitos incongruentes por exceso subjetivo».

¹²² De ahí que, al igual que la doctrina mayoritaria, no se acepta aquí la teoría formulada antaño con apoyo en la cual el Derecho penal había de construirse sobre la violación de deberes que un determinado sujeto guarda hacia la sociedad más que sobre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (la teoría fue sosteni-

establecemos también un «deber de no quitar la vida». De ahí que, fundamentar la sanción en la lesión del bien jurídico o en el deber de no lesionarlo, desde un punto de vista lógico, parece lo mismo¹²³. Bien podría decirse, en efecto, que el quebrantamiento del deber de fidelidad del funcionario frente a la Administración pública puede leerse como identificación del bien jurídico protegido con la «fidelidad» del sujeto público hacia la Administración¹²⁴.

da, entre otros, por SCHAFFENSTEIN, F.: «Das Verbrechen als Pflichtverletzung», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, págs. 114 y ss.). Para una crítica (que aquí se comparte) hacia la misma así como para una exposición resumida de sus caracteres generales, se remite a ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, págs. 118 y ss. Sin embargo, a diferencia de este autor, se considera aquí posible seguir manteniendo un concepto de bien jurídico en sentido material y crítico sin necesidad de expulsar la dicción «violación del deber» si la misma se entiende correctamente (en sentido, si se quiere, tautológico) como deber de no lesionar (o poner en peligro) el bien jurídico mismo. Véanse también las consideraciones de RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 39 y ss. sobre las posibles justificaciones de los *mala prohibita*.

¹²³ Véase MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. II, Universidad de Valencia, Instituto de Criminología, Valencia, 1997, pág. 360. La autora evidencia que existen distintas formas de entender un delito como «violación de un deber». Entre ellas, también podría entenderse que «se infringe un deber genéricamente cuando se comete un delito en el ejercicio del cargo, estimando que la comisión del delito lleva aparejada automáticamente la infracción de un deber».

¹²⁴ Con todo, no parece, en cambio, deberse compartir la postura de algunos autores que han sostenido que «el núcleo de lesividad, cuando un sujeto público se ve involucrado en hechos de corrupción, se centra también sobre la violación del deber de fidelidad», ya que «los bienes jurídicos protegidos por las normas sobre la corrupción son los valores constitucionales referidos en las disposiciones de los artículos 87 y 54.2 de la Constitución (buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración y deberes de los ciudadanos de desempeñar con disciplina y honor las funciones públicas a ellos confiadas)» (así CACCIAVILLANI, I. y CALDERONE, C. R.: *I delitti dei pubblici ufficiali nell'attività amministrativa*, CEDAM, Padova, 2001, pág. 140). Los autores parecen convencidos de que: 1) existe un deber de fidelidad de los funcionarios públicos hacia la Administración. 2) la violación del deber de fidelidad implica una violación de los principios constitucionales que regulan el funcionamiento de la Administración. Ambas afirmaciones, por otra parte, necesitarían ser comprobadas: ¿por qué, si es que existe un deber de fidelidad de los funcionarios hacia la Administración, el mismo ha de ser objeto de atención por parte del legislador penal? ¿De qué manera la violación del

Frente a estas opiniones, no bastará objetar que se refieren a un deber instrumental para la lesión del bien jurídico protegido, sino que será preciso indagar (caso por caso) si el bien jurídico que expresan (y no suponen), tiene (o debe tener) relevancia penal¹²⁵.

Distinto será, evidentemente, el caso en que se asuma como objeto de la sanción penal la infracción *tout court* de un (cualquier) deber impuesto al funcionario público por el derecho administrativo. Frente a esta postura, bien podrá decirse que no es suficiente individualizar el deber quebrantado para fundamentar la sanción penal, sino que deberá comprobarse caso por caso la efectiva instrumentalidad de este deber para la integridad de un bien jurídico digno de protección penal¹²⁶.

Por otra parte, frente a la idea de que el interés protegido pre-existe al deber cuya violación implica la lesión del primero, sea suficiente oponer la definición de bien jurídico proporcionada por reconocida

deber de fidelidad supone una lesión para la imparcialidad de la Administración pública? Y, *last but not least*, ¿qué se entiende por «fidelidad»? Como se afirma en el texto, ninguna de las respuestas proporcionadas parece satisfactoria.

¹²⁵ Véase, una vez más, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 40.

¹²⁶ Como se ha observado, el trasfondo de la cuestión reside «en el sentido de que el análisis de tal deber pondrá en evidencia que su existencia está originada por la presencia de un bien jurídico protegido, en relación al que, inexorablemente tiene que estar aquel, o este deber no puede considerarse desde el punto de vista jurídico-penal» (así OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 229). Véase también MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Sobre...», cit., págs. 357 y ss. quien afirma que, de todas formas, no es este el procedimiento que sigue el legislador. En el mismo sentido, entre muchos, KUHLEN, L.: «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. M. (COORDS.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 242; CUGAT MAURI, M.: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Codecs, Barcelona, 1997, págs. 99 a 100. Afirman literalmente que el «bien viene antes del deber, que instrumentalmente lo tutela» SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., pág. 273. En términos parecidos, con carácter general, también ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 63 y ss. Afirma el autor que «es también verdad que no parece razonable atribuir directamente a la vigencia de una o más normas el carácter de bien jurídico, ya que la vigencia de algo es una entidad neutra que adquiere valor solo si el 'algo' a lo que se refiere es positivamente valorado. Entonces no la vigencia en sí, sino el *quid bonum* que es el objeto y el producto de la regulación normativa (la propiedad, el matrimonio monogámico, etc.) es el verdadero término destinatario de la protección legal».

doctrina que se halla fuera de cualquier sospecha de autoritarismo o funcionalismo extremo y según la cual

«el concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados solo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa»¹²⁷.

El mismo Roxin, de hecho, se refiere a los delitos de los funcionarios públicos como a «delitos de infracción del deber»¹²⁸.

Expresada esta opinión, conviene adherirse a todas aquellas críticas que han insistido en la inconsistencia, tautología, falta de concreción e indeterminación de conceptos como «probidad», «lealtad», «fidelidad», «traición»...¹²⁹ y que, en una lógica compatible con el ordenamiento constitucional vigente, han subrayado la necesidad de expulsar el «prestigio de la Administración pública» del abanico de los bienes jurídicos a protegerse por medio del Derecho penal. A estas consideraciones, conviene añadir que, en las construcciones teóricas expuestas, se echa en falta una investigación más profunda sobre la relación existente entre la violación del deber del cargo y el bien jurídico protegido: ¿estamos realmente convencidos de que el «deber de no aceptar retribuciones más allá de las legalmente establecidas» implique un mal funcionamiento de la Administración pública? ¿Qué

¹²⁷ Así literalmente ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 56. Sobre el planteamiento de Roxin, véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., págs. 228 a 229; ANGIÓN, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 87 a 88 quien, como posible síntesis, observa que el bien jurídico «pre-positivo», en tanto en cuanto es protegido por el derecho positivo, deja de ser «pre»-positivo. De acuerdo con Roxin, entiende que tutela penal de bienes jurídicos puede también significar tutela penal de «bienes creados por el derecho», subrayando además que «este segundo significado es literalmente más fiel al enunciado de partida (al *definiendum*) (en la lengua alemana la expresión es *Rechtsgüterschutz* y no *Güterrechtsschutz*, es decir, tutela de bienes jurídico y no tutela jurídica de bienes)» (*Ibidem*: pág. 95).

¹²⁸ Véase ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 338.

¹²⁹ Así PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., *loc. cit.* Sobre los problemas que entraña la referencia a la «lealtad» (o también, entiendo, a la «fidelidad»), véanse también las sugerentes consideraciones de RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 60 a 66.

ha de entenderse exactamente por buen funcionamiento de la Administración pública:¹³⁰

A estas como a otras cuestiones han tratado de contestar autores cuyas posturas analizaremos en los siguientes apartados.

3.3. LA NECESARIA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL BIEN JURÍDICO: EL BUEN FUNCIONAMIENTO Y LA IMPARCIALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.3.1. *Constitución, imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública*

Para introducir al segundo grupo de autores del que nos ocupamos, conviene hacer mención de la llamada teoría de la «necesaria relevancia constitucional del bien jurídico» cuya idea rectora radica en la necesidad de deducir de la norma fundamental los objetos de tutela del ordenamiento penal¹³¹. En este marco, adquieren especial

¹³⁰ Está claro que, si por buen funcionamiento de la Administración pública entendemos el respecto de toda normativa administrativa, incluyendo aquellos preceptos que prohíben la percepción de retribuciones extra a los funcionarios, entrariamos en un razonamiento peligrosamente circular. Sobre el concepto de buen funcionamiento de la Administración pública véase *infra* los apartados 3.3.1 y 5.6.

¹³¹ El éxito de esta teoría se encuentra, en cierta medida, ligado a la evolución de la interpretación de las normas constitucionales. En la doctrina constitucionalista, en efecto, desde siempre, uno de los interrogantes clave ha concernido a la posibilidad de que los preceptos constitucionales contengan auténticas normas jurídicas o bien sean meros manifiestos políticos (véase, sobre este punto, PALADIN, L.: *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova, 1998, págs. 155 y ss.). La propia *Corte di Cassazione*, en un primer momento, había mantenido que «algunas normas [constitucionales] son de inmediata aplicación, mientras otras no» (entre otras, véase *Cassazione Sezioni Unite Penali* de 7 febrero de 1948). Estas últimas eran las llamadas normas programáticas y, para poder ser aplicadas por los tribunales, precisaban de un desarrollo legislativo. A lo largo de los años, sin embargo, se ha asistido a un paulatino abandono de dicha postura que, hoy en día, puede considerarse superada (en la doctrina española, véase, por ejemplo PEDRAZ PENALVA, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 343 y *passim*). A dicho replanteamiento de la cuestión, también en el ámbito de la

relevancia los preceptos de la Constitución italiana que se ocupan de Administración pública y que, como veremos, devienen la fuente desde la que hay que extraer el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración pública, entre los que se encuentra la corrupción. En especial,

- Artículo 97:
 1. «Los públicos oficiales son organizados según disposiciones de ley, de tal manera que sean asegurados el buen anidamiento y la imparcialidad de la administración.
 2. En la ordenación de los oficios son determinadas las esferas de las competencias, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios.
 3. A los empleos en las administraciones pública se accede mediante concurso, salvo los casos previstos por la ley».
- Artículo 98:
 1. «Los públicos empleados están al servicio exclusivo de la nación.
 2. Si son miembros del Parlamento, no pueden conseguir ascensos por antigüedad.
 3. Se pueden, por ley, establecer limitaciones al derecho de inscribirse a los partidos políticos para magistrados, los militares de carrera en servicio activo, los funcionarios y agentes de policía, los representantes diplomáticos y consulares en el extranjero».

ciencia penal, ha seguido una reconsideración de la importancia incluso práctica e inmediata de las normas constitucionales. Y, en este marco, empieza a abrirse camino la idea de la «necesaria relevancia constitucional del bien jurídico», ya que algunos autores empiezan a reconocer a los preceptos constitucionales la función práctica de límite a la acción del legislador penal, argumentando que los intereses susceptibles de ser protegidos ^{en} el Derecho penal solo serían aquellos que tienen relevancia constitucional (y todos, véase BRICOLA, F.: «Teoría general del reato», en *Novissimo Digesto*, vol. XIX, 1973, págs. 15 y ss.). Sobre postulados y críticas de esta teoría, volveremos más adelante (véase *infra*, apartado 5.1.6.). De momento, recordando que, en Italia, la Constitución republicana no implicó una derogación del Código penal fascista, sea suficiente añadir que los partidarios de este planteamiento han contribuido a una reinterpretación en clave constitucional del derecho penal vigente (Código penal de 1929) lo que, a todas luces, ha permitido su supervivencia hasta nuestros días. Sobre la relevancia de la aportación de la doctrina italiana a la construcción teórica, véase FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., págs. 49 y ss.

- El artículo 54:
 1. «todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar su Constitución y sus leyes.
 2. Los ciudadanos a los que son confiadas funciones públicas tienen el deber de cumplirlas con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley».

Siguiendo el tenor literal de la última de las normas en cuestión, *prima facie*, parecería encontrar amparo constitucional la posible protección penal de la «fidelidad» hacia la pública Administración y, si se quiere, del «prestigio» de la misma. El artículo 54 de la Constitución italiana, en efecto, parecería configurar un *status* particular de los públicos empleados que tendrían hacia la Administración deberes distintos de aquellos que incumben a los ciudadanos *extranei*. Según la opinión expresada por destacada doctrina administravista, «disciplina» sería un concepto coincidente con el de «legalidad y rectitud», mientras que el «honor» sería el reflejo de la confianza que surge en el ciudadano toda vez que entra en contacto con la Administración pública¹³². Siguiendo esta reconstrucción, al amparo del texto constitucional, parecerían recobrar relevancia aquellas posturas que, a la hora de individualizar el objeto jurídico del delito de cohecho, se apoyaban en el quebrantamiento de deberes sustancialmente éticos de los servidores públicos (piénsese en la «fidelidad» o en el «decoro»)¹³³.

¹³² SANDULLI, A. M.: *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed.: Napoli, 1989, pág. 181.

¹³³ Sobre la virtualidad del artículo 54 de la Constitución italiana a la hora de aprehender el significado de la tipificación penal de los delitos de corrupción, véase, MORMANDO, V.: «Appunti...», cit., pág. 254 y, recientemente, SCEVI, P.: «Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione», en *Archivio Penale*, 2019, pág. 7. Según la autora, en la estrategia político-criminal de represión de la corrupción, el legislador se habría movido a lo largo de dos perspectivas: una «economicista» (que hace hincapié en las «alteraciones de las que puede obtener alguna ventaja la parte más cínica de la clase empresarial») y otra «ético-social» que, en cambio, pivotaría sobre «el deteriorarse de la función pública y su contaminación con intereses privados». Todo lo anterior, sigue la autora, tendría «importantes reflejos en la anticipación de la tutela» (sobre la que diremos difusamente a lo largo de este trabajo) haciendo bascular la tutela penal casi más hacia la «disciplina y el honor» a los que se refiere el artículo 54 de la Constitución que (añadiríamos nosotros) hacia la imparcialidad o el buen funcionamiento de la misma del artículo 97. Véanse

Esta lectura del artículo 54 de la Constitución italiana ha sido objeto de crítica por parte del que quizá fuera el mayor teórico de la idea de la necesaria correspondencia constitucional del bien jurídico. Afirmo Bricola que, en primer lugar, el artículo 54 de la Constitución pone en relación el deber de fidelidad con el juramento y que el mero hecho de jurar no es suficiente para diferenciar el deber del servidor público que «jura» del deber que le incumbe a todo ciudadano, sino que, todo lo más, lo convierte en más intenso¹³⁴. Además, según el insigne jurista, la norma que se examina «tiene un contenido demasiado genérico para permitir que el deber de fidelidad se convierta en objetividad jurídica de todos o de algunos de los delitos contra la Administración Pública»¹³⁵. Por lo tanto, siempre según el autor, el artículo 54

también las consideraciones de ROMANO B.: «Note...», cit., págs. 13 a 14 quien concluye que «abandonar la referencia al prestigio de la Administración pública sería una opción que no puede compartirse del todo». En el mismo sentido, nótese también que la jurisprudencia más reciente, a la hora de buscar un camino «constitucional» para fundamentar el reproche de la corrupción del parlamentario ha virado hacia el artículo 54 de la Constitución (sobre esta cuestión relacionada con la operatividad del principio de imparcialidad incluso en ese ámbito, se volverá *infra*, en el apartado 5.5.5.2. en el que se incluirán las referencias concretas a la jurisprudencia *de quo*). En este mismo marco, en mi opinión, recientes opiniones que han hecho pivotar el «peligro» de la corrupción en la idea de «confianza» o «docilidad» encontrarían mejor acomodo al amparo de esta norma constitucional italiana. Por último, obsérvese que, en la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la Constitución no han faltado resoluciones de la *Corte di Cassazione* que, a la hora referirse a los bienes jurídicos protegidos por el delito de corrupción, han traído a colación los deberes de «fidelidad, imparcialidad, honestidad que deben insistir sobre cualquiera que ejerza funciones públicas» (así, por ejemplo, Cass. Sez. VI 31/3/1960 e 7/6/1969 publicadas respectivamente en *Giustizia Penale*, 1961, II, col. 147 m. 144, y, en la misma revista, 1970, II, col. 523; Cass. Sez. VI, 12/1/1990, en *Massimario delle decisioni penali*: m. 184394; cfr. Cass. Sez. VI, 24/5/1990, en *Massimario delle decisioni penali*: m. 184397).

¹³⁴ BRICOLA F.: «Tutela penale...», cit., págs. 142 a 143; en el mismo sentido, DUPUIS, M. B.: *La corruzione*, CEDAM, Padova, 1995, pág. 2.

¹³⁵ BRICOLA F.: «Tutela penale...», cit., pág. 143 que añade que su alcance está «limitado a los ciudadanos a los cuales les son confiadas funciones públicas» prestando un juramento; por consiguiente, siempre según Bricola, la norma no se refiere ni a los particulares que ejercen funciones públicas ni a los encargados de un público servicio que, aun sin prestar juramento, en el delito que aquí estudiamos, son equiparados por el legislador a los funcionarios públicos (Revengase que, de acuerdo con el Código penal italiano vigente, son sujetos activos de cor-

de la Constitución se limitaría a legitimar códigos deontológicos que establezcan criterios «no jurídicos, sino éticos de comportamiento»¹³⁶ pero en ningún caso puede representar la base sobre la que reconstruir la objetividad jurídica del delito de cohecho¹³⁷.

Una vez descartado que la individualización de los intereses protegidos por los delitos de corrupción y, más en general, contra la Admi-

rupción pasiva «*il pubblico ufficiale*» y el «*incaricato de un pubblico servizio*». Las categorías son definidas, a efectos penales, por los artículos 357 y 358 del Código penal); véase también PALADIN, L.: *Diritto...cit.*, págs. 593 y ss.

¹³⁶ BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 143. Con observaciones no del todo coincidentes, véase también TAGLIARINI, F.: *Il concetto di Pubblica amministrazione nel codice penale*, Giuffrè, Milano, 1973, págs. 136 y ss. El autor extrae del artículo 54 principios como el «respecto de la legalidad y práctica de la rectitud por parte de los órganos públicos», principios que son «valores-fines constitucionalmente relevantes y, a la vez constituyen intereses penalmente tutelados a través de la posición de aquellas normas que reprimen los abusos y las desviaciones de los públicos funcionarios respecto a tales deberes fundamentales» (*Ibidem*: pág. 138). El concepto de «honor», por otra parte, debe de ser entendido, según Tagliarini, como «conexión existente entre el correcto desempeño de cualquier iniciativa (...) y el reflejo respeto y confianza que tiene necesariamente que surgir en los sujetos que de dicha iniciativa sean los destinatarios» (*Ibidem*: pág. 139). En sentido abiertamente contrario, por otra parte, extrayendo de la norma un mayor desvalor para la conducta del funcionario público en el pacto corrupto, se ha expresado el ex procurador del grupo *Mani Pulite* D'Ambrosio en una intervención en el programa televisivo «Blu Notte» retransmitido en el día 12 de septiembre de 2008 (se remite al video en www.youtube.com). Finalmente, obsérvese que el *Decreto del Presidente della Repubblica* de 16 de abril de 2013 n. 62 ha aprobado el «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165» y que este texto, en su artículo 1, cifra los deberes «mínimos» que le incumben a los empleados públicos en la «diligencia, lealtad, imparcialidad y buena conducta».

¹³⁷ Obsérvese que, a pesar de la contribución a la tematización de la problemática del ya mencionado Código de comportamiento de los dependientes públicos (que se construye sobre los principios de buen funcionamiento, integridad, buena fe, proporcionalidad, objetividad, transparencia, equidad, razonabilidad, independencia, imparcialidad, igualdad de trato en igualdad de condiciones), la doctrina no ha dudado en reiterar que «no tienen relevancia ni las manifestaciones de infidelidad en cuanto tales ni las meras lesiones de valores 'estéticos' de la Administración pública, como el prestigio, el decoro, la imagen» sino que el «epicentro de la tutela [penal] es representado por las condiciones de ejercicio de las funciones que garantizan la imparcialidad de la acción administrativa» (así, LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., págs. 170 a 171).

nistración pública pueda encontrar fundamento en lo dispuesto por el artículo 54 de la Constitución, la doctrina ha dirigido su atención hacia artículo 97¹³⁸, del que se han extraído las ideas de «imparcialidad» y «buen funcionamiento» de la Administración pública a cuyo alrededor se ha reconstruido la lesividad de los delitos de corrupción¹³⁹.

Por lo que respecta al alcance de los dos principios (imparcialidad y buen funcionamiento), es realmente chocante la variedad de definiciones que de los mismos han sido proporcionadas¹⁴⁰.

Con respecto al «buen funcionamiento», algunos lo han identificado con el funcionamiento «regular» de la Administración pública. Frente a dicha equivalencia (que, según la doctrina más destacada, terminaría anulando la utilidad del concepto¹⁴¹), se ha objetado que el «buen funcionamiento» ha de ser entendido como sinónimo de efi-

¹³⁸ La norma ha sido objeto de una interpretación particularmente extensiva que ha llevado doctrina y jurisprudencia a afirmar la aplicabilidad directa de los principios en ella contenidos tanto a la organización como a la actividad administrativa. En doctrina, véanse CASSETTA, E.: *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, pág. 42; MIRRI, M.B.: *I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettive di riforma*, en *La Giustizia Penale*, 1987, pág. 130. En jurisprudencia, puede remitirse a la sentencia de la *Corte Costituzionale* n. 44 de 12 de marzo de 1962 en la que el Tribunal reafirmó que el artículo 97 de la Constitución no constituye una enunciación programática, sino, al contrario, «una obligación para el legislador y para la Administración pública de perseguir a través de la correcta distribución y del respecto de las competencias y de las atribuciones, los valores de imparcialidad y buen funcionamiento». Véase también Cass. Sez. I, 25/8/1991 publicada en *Cassazione penale* 1993, pág. 820 en la que se afirma que el bien jurídico protegido por los delitos de cohecho participa del principio fijado por el artículo 97 de la Constitución y Cass. Sez. VI, 7/10/92, publicada en la *Rivista penale*, 1992, pág. 855. En estos términos, entre muchos, véanse TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., pág. 141; PARADISO, F.: *La nuova...*, cit., pág. 26.

¹³⁹ Recuérdese que ya la doctrina tradicional había llegado a la individualización de dichos conceptos, sin que, por otra parte, los mismos hubieran sido objeto de particular profundización. En particular, si, como hemos visto, era muy común la referencia al «buen funcionamiento», algunos habían incluso nombrado a la «imparcialidad» de la Administración pública a la hora de argumentar alrededor del bien jurídico protegido por el delito de cohecho (entre otros, Gianniti para cuya postura se remite a *supra* apartado 3.2.).

¹⁴⁰ PALADIN, L.: *Diritto...*, cit., pág. 588.

¹⁴¹ Así BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 134 quien habla de *vanificazione* del concepto y que argumenta que el «regular» funcionamiento es «presupuesto insti-

ciencia que impone a la Administración pública actuar «de la forma más adecuada y conveniente» respecto del interés público¹⁴². Estrictamente ligados al «buen funcionamiento», serían, por lo tanto, los principios de «eficacia» y de «economía»¹⁴³, que vincularían el poder administrativo discrecional¹⁴⁴. Inherente al propio principio así entendido sería, por tanto, «el vínculo de cada entidad a poseer una organización y obrar de tal manera que sea posible realizar su fin institucional, tal siendo, en general, la condición indispensable para la eficiencia de toda la Administración»¹⁴⁵ a la que se exige la «máxima capacidad de adecuarse a sus finalidades»¹⁴⁶.

Según parte de la doctrina, el concepto de «imparcialidad» sería un principio básico del ordenamiento al que acudir toda vez que se pretenden configurar los deberes de la Administración pública¹⁴⁷ y estaría íntimamente ligado a la idea de «buen funcionamiento»¹⁴⁸.

«Imparcialidad», por otro lado, tendría un sentido «pasivo», con apoyo en el cual la Administración pública tendría el deber de «no discriminar la posición de los sujetos involucrados en su acción en la búsqueda de los intereses confiados a su atención»¹⁴⁹, y uno «activo»,

tucional» no solo de la Administración, sino de cualquier otra organización, pública o privada que sea.

¹⁴² En este mismo sentido, véanse MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 17; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 4; BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 134; MORMANDO, V.: «Appunti...», cit., pág. 255.

¹⁴³ Principios a los que se refiere la l. 241/1990 sobre el procedimiento administrativo.

¹⁴⁴ BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 134.

¹⁴⁵ BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 134; en el mismo sentido, CASSETTA, E.: *Manuale...*, cit., págs. 44 a 45. En materia de buen funcionamiento de la Administración pública, véanse también las consideraciones de BALBI, G.: *I delitti...*, cit., pág. 39 y de TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 157 y ss.

¹⁴⁶ BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., págs. 135 y 136 a 137.

¹⁴⁷ VASSALLI, G.: «Corruzione propria e corruzione impropria», en *La Giustizia Penale*, 1979 págs. 326 a 327.

¹⁴⁸ Sin embargo, en sentido opuesto, CASSETTA, E.: *Manuale...*, cit., págs. 44 a 45.

¹⁴⁹ CASSETTA, E.: *Manuale...*, cit., págs. 44 a 45. Sobre la relación entre la imparcialidad y el principio de igualdad, véase también PARADISO, F.: *La nuova...*, cit., pág. 26 quien afirma que los conceptos constitucionales recogidos en el artículo 97 son «directa consecuencia del principio fundamental de igualdad entre seres humanos establecido por el artículo 3 de la constitución italiana y, por tanto, se traducirían en el deber del público oficial de permitir a todos los demandantes, en

según el cual la misma Administración pública tiene que «perseguir aquellos intereses públicos que la ley determina y define y que deberían hacer que su acción coincida con la realización del bien público en sentido general y global en el cual se combinan y sintetizan los fines y los intereses públicos específicos»¹⁵⁰. Para dar cumplimiento a estos deberes, la Administración pública estaría vinculada, por un lado, a obrar «en el respeto de una sustancial extraneidad respecto de las preferencias de grupos de presión, de las fuerzas políticas y de los mismos intereses personales de los funcionarios, y, por otro, a actuar de tal forma que las utilidades y los sacrificios causados por la acción administrativa sean distribuidos de forma equa respetando los intereses de los ciudadanos»¹⁵¹. Según dicha interpretación, evidentemente, el «buen funcionamiento» sería la forma más eficiente con la cual realizar la «imparcialidad»¹⁵².

Para otros autores, el concepto de imparcialidad debería definirse de forma menos idealista, como «deber de la Administración de no alterar la igual posición de partida de los ciudadanos frente a la misma

un plano de perfecta paridad, el acceso a los recursos públicos y en el someterlos todos en igual modo a los deberes previstos por las públicas administraciones». En términos parecidos, véase BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 4 quien define la imparcialidad como «por un lado, la extraneidad a toda interferencia y, por otro, el deber de tratar en modo igual a supuestos iguales, en modo afín, supuestos afines, en modo igualmente diferente a supuestos diferentes, resolviéndose en un corolario del principio de igualdad». No se olvide, no obstante la advertencia de Bricola (BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 135) quien aclara que, mientras la «igualdad» es una «condición general, afirmada, puede decirse exclusivamente, respecto de la Ley», la imparcialidad es «requisito no ya de la ley, sino del actuar concreto».

¹⁵⁰ CASSETTA, E.: *Manuale...cit.*, págs. 44 a 45. La distinción no deja de representar un convincente *pendant* del desdoblamiento de las finalidades de la Administración en el Estado de derecho que, desde un punto de vista más bien sociológico, se han cifrado en «estabilización de expectativas» y «realización de fines colectivos» (así, por ejemplo, HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005, pág. 245).

¹⁵¹ MIRRI, M. B.: «La corruzione dopo la riforma», en COPPI, F.: (A CURA DI) *I reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1993, pág. 87; Cass. 4 novembre 1982, Desiderio, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, pág. 498; Cass. 26 enero de 1982, Alavau y otros, en *Giustizia Penale*, 1982, col. 551.

¹⁵² Así Cass. 4/11/1982 en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, pág. 1265.

respecto del ejercicio de su poder de participación política, económica y social»¹⁵³. Desde esta perspectiva, no del todo incompatible con la precedente, la relación entre imparcialidad y buen funcionamiento casi se invierte, convirtiéndose la segunda en un límite a la eficiente realización de los intereses públicos específicos¹⁵⁴, debiéndose tener presente que, así razonando, se coloca acertadamente la una «por encima» del otro: la vulneración de la imparcialidad es por tanto posible incluso cuando entraña un «beneficio de la eficiencia interna de la administración»¹⁵⁵.

Aparte del «buen funcionamiento» y de la «imparcialidad», del artículo 97 de la Constitución se hace descender el «interés a la legal distribución y ejercicio de las funciones según competencia en las relaciones externas entre Administración pública y ciudadanos»¹⁵⁶, interés que tiene una evidente derivación del principio de legalidad.

3.3.2. *Imparcialidad y buen funcionamiento como bienes jurídicos afectados por la corrupción*

Llegados a este punto, no puede sorprender que la mayor parte de la doctrina (y parte de la jurisprudencia¹⁵⁷) identifique los intereses

¹⁵³ BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 136.

¹⁵⁴ Así, por ejemplo, BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., págs. 135 a 136.

¹⁵⁵ En este sentido, BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 136. Sobre la cuestión volveremos *infra*, en el apartado 5.6. Adelanto desde ya que la postura que se mantiene en este trabajo es justamente la que se acaba de exponer en el texto.

¹⁵⁶ MIRRI M.B.: «La corruzione...», cit., *loc. cit.*; TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., pág. 76; VASSALLI, G.: «Corruzione propria...», cit., pág. 328; SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., pág. 271.

¹⁵⁷ La jurisprudencia italiana también parece haberse inclinado mayoritariamente hacia el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración pública. Así, la Suprema Corte ha observado que «las normas penales que disciplinan los delitos de corrupción del público oficial y asimilables tienen la finalidad de proteger el bien jurídico constituido por el principio dictado por el artículo 97 de la Constitución; las mencionadas hipótesis de delito, en efecto, integran una de las manifestaciones en conflicto con la exigencia de que sea asegurado el buen andamiento y la imparcialidad de la administración de la cosa pública» (Cass. 12/11/1969, Barone, en *Giustizia Penale*, 1970, II, col. 674 y ss.; Cass. 13/2/1995, Provini, en *Cassazione penale*, 1995, pág. 2129; Cass. 17/12/1996, Malossini, en *Rivista Penale*, 1997, pág. 31; Cass, sez. I, 15/8/1991, en *Cassazione penale*, 1993, pág. 820; Cass. 9/12/1968 en *Cassazione penale Massimario*

protegidos por los delitos de corrupción con el buen funcionamiento, la imparcialidad y (en menor medida) la legal distribución y ejercicio de las funciones según competencia¹⁵⁸.

Por otra parte, mientras que, al neto de los matices a los que se ha aludido, reina sustancial acuerdo sobre el contenido de los intereses protegidos, lo mismo no puede decirse respecto de la modalidad con la cual dichos bienes jurídicos serían lesionados por quien comete un delito de corrupción o, lo que es lo mismo, sobre la relación existente entre las vertientes de la corrupción penalmente relevantes y los intereses protegidos así definidos.

Según Tagliarini, la corrupción propia, tanto antecedente como subsiguiente¹⁵⁹, lesionaría el buen funcionamiento de la Administración pública, el deber de imparcialidad de la misma y el «interés a la legal distribución y al legal ejercicio de las funciones según competencia»¹⁶⁰. La corrupción impropia, en cambio, en sus dos ver-

Annotato, 1970, pág. 14. Afirman que el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Cass. Sez. VI, 29/4/1977, en *Massimario delle decisioni penali 1977*, n. 136835. Sobre este punto, véase también VINCIGUERRA, S.: *La corruzione nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2004, pág. 30.

¹⁵⁸ Se ha argumentado que los tres valores descendientes del artículo 97 de la Constitución «se han convertido en parámetros operativos fijados por la ley de 7 de agosto de 1990, n. 241» (así, SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., pág. 271). En sentido contrario, CASETTA, E.: *Manuale...*, cit., loc. cit. recuerda que, en la ley, no se hace referencia al deber de imparcialidad de la Administración pública. Véase también la postura de ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., pág. 157 quien parece afirmar que el hecho de que el objeto de tutela de los delitos de corrupción abarque a buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública no excluye que también se deba reconocer que «el riesgo de negociaciones que registren una mezcla impropia de intereses privados y públicos» afecte al prestigio de la Administración.

¹⁵⁹ «Aquí también», afirma el autor, «se ha una retribución por un acto realizado, es decir, la relación de prestación y contraprestación expresada de hecho incluso por la letra de la ley...» (TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., pág. 153).

¹⁶⁰ Bien jurídico que descendería del propio artículo 97 de la Constitución. A este respecto, argumenta el autor que, desde el punto de vista del Derecho penal, el interés a la legal distribución y al legal ejercicio de las funciones según competencia no releva respecto de su aspecto interno (distribución de las funciones y respectivas competencias entre los órganos administrativos, respecto del ordenamiento jerárquico) sino más bien en su vertiente externa, es decir, «del respecto por parte de los titulares de los órganos administrativos de la esfera de funciones y de competencias (...) en el marco de las relaciones con los ciudadanos y, por lo

tientes, se caracterizaría por la violación exclusiva de la imparcialidad¹⁶¹. En ambas formas de corrupción, observa el autor, se crea o recrea «un nexo de connivencia interesada entre órganos de la Administración pública e intereses particulares»¹⁶²; y, en el Estado de Derecho, «debe tenderse a la represión de toda connivencia entre órganos públicos y centros de interés privado, ya que el fundamento de una democracia se halla en la preeminencia de la esfera pública respecto de la privada», constituyendo la corrupción «el acto más grave de improbidad y parcialidad que pueda ser cometido por un público oficial del orden administrativo»¹⁶³. Añade el autor que, puesto que, desde un punto de vista «más político que jurídico», el bien de la imparcialidad (ofendido tanto por la corrupción propia como por la impropia) tiene, en el ordenamiento, una importancia mayor respecto

tanto, del uso legítimo de este abanico de funciones y competencias en los actos que tienen eficacia externa a la pública administración». En otras palabras, se trata del «interés del Estado a que los poderes conexos con toda función no se utilicen de forma arbitraria y abusiva o por fines diversos de aquellos típicos asignados por la ley a cada órgano u oficio» (así TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 143 a 144).

¹⁶¹ En este mismo sentido, VINCIGUERRA, S.: *I delitti...*, cit., pág. 221.

¹⁶² TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 189 y ss.

¹⁶³ *Ibidem*. En este sentido, en la jurisprudencia, se ha defendido que «el interés protegido por las normas en materia de corrupción es constituido por la imparcialidad, considerado como deber del público funcionario de actuar en posición de extraneidad respecto de los intereses particulares de personas o grupos y a los suyos propios; incluso en la hipótesis de corrupción impropia disciplinada por el artículo 318 del Código Penal, el acto del público oficial no es realizado con la distancia que debería subyacer a su conducta» (así, Cass. 17/11/1994, en *Cassazione penale*, 1995, pág. 2129 citada por BEVILACQUA, B.: *I reati...*, cit., pág. 710). En el mismo sentido, se ha afirmado que, en este caso, la relación con el particular determinada por el *pactum sceleris*, implica una violación del principio de rectitud y, en cierto modo, del principio abstracto de la imparcialidad, sin que la parcialidad se transfiera al acto que sigue siendo el único posible para accionar intereses exclusivamente públicos; en el caso de corrupción propia, en cambio, la parcialidad se revela en el acto marcándolo como ilícito y contrario a los deberes del oficio (Cass. 21/1/1982, Albertini, en *Cassazione penale*, 1983, pág. 1966; Cass. 14/6/1984, Mazzone, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, n. 584; Cass. 13/12/1989, Zampini, en *C.E.D. Corte di Cassazione* m. 184110).

de los otros dos, los autores de ambas formas de cohecho (propia e impropia) deberían ser sancionados con la misma pena¹⁶⁴.

De opinión parcialmente distinta y, en todo caso, con diverso fundamento, Giuliano Vassalli. El que fuera *Guardasigilli* observa que, tanto en materia de corrupción propia como impropia, la sanción penal presupone la violación de un deber de no lesionar un bien jurídico protegido. Este deber (o, lo que es lo mismo, el revés del bien jurídico protegido) ha de identificarse con algo distinto respecto de los deberes funcionales cuyo quebrantamiento por parte del acto objeto del acuerdo califica el hecho como corrupción propia¹⁶⁵. Dicho con otras palabras y como ya había observado la anterior doctrina, en ambas vertientes de la corrupción, resulta quebrantado un deber común (externo), mientras que el cohecho propio se caracteriza respecto del impropio por el quebrantamiento de un deber añadido (interno) que ha de postularse como necesariamente diferente respecto del primero: «nace de esta consideración», observa el autor, «la necesidad de interpretar rigurosamente, es decir, restrictivamente la noción del deber funcional¹⁶⁶ [violado en la corrupción propia], refiriendo la noción a deberes específicos del todo diversos del deber genérico o general violado por» ambos tipos de cohecho (propio e impropio). Añade Vassalli que «este último deber [genérico], cuya violación caracteriza más delitos, es un deber que concierne al modo de desempeñar [la] propia función; es un deber, por así decirlo, externo y no interno como, en cambio, es el deber de oficio [al que hace referencia el artículo 319]. Alguien», concluye el autor a propósito del deber genérico que sería quebrantado en todos los supuestos de cohecho, «en el pasado, habría preferido hablar de fidelidad. Nosotros consideramos con la mayor parte de la doctrina más apropiado referirnos al término imparcialidad»¹⁶⁷. Este deber de imparcialidad, advierte el autor, no implica un «abstracto obsequio al Estado», sino que se cifra en el «deber de tener un comportamiento imparcial», deber que resulta

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Así también RAMPIONI, R.: *Bene giuridico e delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 304.

¹⁶⁶ Literalmente, «*Dovere d'ufficio*».

¹⁶⁷ VASSALLI, G.: «Corruzione propria...», cit., pág. 324. En términos parecidos, véase LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171.

violado toda vez que «el público oficial o el encargado de un público servicio actúan en razón de una utilidad»¹⁶⁸.

Así reconstruido el bien jurídico protegido por ambas vertientes del delito, queda por acotar el bien jurídico adicional lesionado en el caso de corrupción propia: el autor cifra este segundo interés en la legalidad de la actuación de la Administración pública, es decir en el «deber específico de uniformar los actos del oficio o del servicio a las normas de ley o a las demás directivas de la Administración pública»¹⁶⁹.

La construcción parecería ya perfectamente acabada: cohecho propio e impropio lesionan el bien jurídico «imparcialidad de la Administración pública». La vertiente propia del cohecho se caracteriza además por la ulterior vulneración de la «legalidad de la acción administrativa»¹⁷⁰. Sin embargo, llegado a este punto, Vassalli reconoce que la imparcialidad de la Administración pública, así como él la entiende, es bien jurídico lesionado por todos los delitos incluidos en el Título II del Libro II del Código penal, de tal manera que la lesividad del cohecho precisa de ulteriores especificaciones o, por decirlo con sus palabras, de la individualización, al lado de este objeto genérico de tutela, de un objeto específico¹⁷¹. En materia de corrupción propia, la respuesta parece fácil: en todas las hipótesis subsumibles en el artículo 319 del Código penal italiano, resultaría lesionado «aquel específico deber funcional interno, o prevalentemente interno, aquel específico interés colectivo, al buen funcionamiento y a la eficiencia de la administración en un determinado sector o en una determinada relación, interés que, en vez de ser servido, se falsea y traiciona»¹⁷². Junto con ello y compartiendo la construcción de Tagliarini, el delito

¹⁶⁸ VASSALLI, G.: «Corruzione propria...», cit., pág. 324.

¹⁶⁹ VASSALLI, G.: «Corruzione propria...», cit., pág. 324.

¹⁷⁰ De hecho, en este sentido, BENUSSI, C.: *I delitti...*, cit., pág. 430; en términos parecidos, también MORRA, M.: *Corruzione e concussione. Nuovi problemi e questioni controverse*, Giappichelli, Torino, 2004 (para el bien jurídico de la corrupción propia véase pág. 103; para el bien jurídico protegido por la corrupción impropia, véase págs. 133 a 134).

¹⁷¹ VASSALLI, G.: «Corruzione propria...», cit., pág. 328.

¹⁷² VASSALLI, G.: «Corruzione propria...», cit., pág. 327. En el mismo sentido, FIAN-DACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 226; RAMPIONI, R.: *Bene...*, cit., págs. 304 a 305.

de cohecho propio también implicaría una lesión del interés a la legal distribución y al legal ejercicio de las funciones según competencia.

Más problemática resulta, en cambio, la acotación del objeto específico de lesión de la corrupción impropia: para justificar la lesividad de esta hipótesis, el autor se ve abocado a volver a utilizar el término «venalidad»¹⁷³.

3.3.3. *La corrupción impropia frente a la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública*

3.3.3.1. **La problemática lesividad de la corrupción impropia subsiguiente frente a la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública**

Respecto de la lesividad de la corrupción propia, las conclusiones a las que se ha hecho referencia en el anterior acápite son compartidas por muchos autores y puede decirse que, *mutatis mutandis*, en doctrina, hay cierto acuerdo respecto de la individualización de la imparcialidad y del buen funcionamiento como parámetros de referencia para la acotación del bien jurídico protegido por el delito¹⁷⁴.

El consenso desaparece en materia de corrupción impropia, sobre todo en su vertiente subsiguiente¹⁷⁵: para las posturas que ahora estudiamos, la posibilidad de justificar al amparo de imparcialidad y

¹⁷³ VASSALLI, G.: «Corruzione propia...», cit., pág. 328. Véanse también PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3397; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 264 quien, sin embargo, es a la vez crítico de cara a la idoneidad de la «no venalidad» para funcionar como bien jurídico.

¹⁷⁴ Véase, recientemente, LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171 quien, sin embargo, defiende que, en la corrupción propia antecedente, se produce una vulneración del bien jurídico «imparcialidad» mientras que, en la vertiente subsiguiente, del buen funcionamiento de la Administración pública.

¹⁷⁵ No nota particulares problemas Vassalli que observa que, en los casos subsiguientes, existe la misma relación sinalagmática presente en los antecedentes de tal manera que el autor no cree necesario postular una diferencia en la identificación del bien jurídico protegido por las hipótesis de cohecho subsiguiente: la vertiente propia compartirá la lesividad del cohecho antecedente por un acto contrario a los deberes oficiales, mientras que la impropia compartirá la objetividad jurídica de la relativa vertiente antecedente (VASSALLI, G.: «Corruzione propria...», cit., págs. 328 a 329).

buen funcionamiento de la Administración pública la sanción penal de la recompensa de un acto legítimo se convierte en un auténtico rompecabezas. De ahí que más de un autor se ve obligado a recurrir a conceptos que parecían ya definitivamente descartados como el de «venalidad»¹⁷⁶ que, como ya hemos visto, parecen en algunos casos operar como auténticos «salvavidas» toda vez que la elección del legislador resulta, si no inexplicable, por lo menos, muy difícilmente compatible con los cánones de la lesividad, fragmentariedad y *extrema ratio* del Derecho penal.

Y suena casi descontada la conclusión de quienes abogan para un traslado de la sanción de la corrupción impropia en su vertiente subsiguiente al ámbito del ilícito administrativo, debido a su ofensividad mínima¹⁷⁷ y, en todo caso, demasiado reducida como para merecer una protección penal sin que con ello se quebrante la naturaleza de *ultima ratio* de esta rama del ordenamiento jurídico¹⁷⁸.

Así, se ha sostenido que «si no se quiere estirar la imparcialidad, superando *contra legem* el dato normativo»¹⁷⁹, en los casos de corrupción impropia subsiguiente, la ofensa no podría ir más allá del decoro y prestigio de la burocracia¹⁸⁰; en efecto, «la actividad del oficio, habiéndose ya desarrollado regularmente, no puede ser perturbada por la entrega – no pactada [anteriormente] - de la retribución», de

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, FORNASARI, G.: «Delitti di corruzione», en BONDI, A.; DI MARTINO, A.; FORNASARI, G.: *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giapichelli, Torino, 2008, pág. 196; ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., pág. 159.

¹⁷⁷ MIRRI, M.B.: «La corruzione...», cit., *loc. cit.*; BRICOLA, E.: «Tutela...», cit., págs. 148 a 149; RAMPIONI, R.: *Bene...*, cit., págs. 74 a 75; ZANOTTI, M.: *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 144; MORMANDO, V.: «Appunti in tema di corruzione impropria», en *La Giustizia Penale*, 1989, pt. II: págs. 255 a 256; FURGUELE, G.: «I limiti...», cit., *loc. cit.*; En este sentido, también INFANTE, E.: «Corruzione...», cit., pág. 223; TORRE, V.: «Corruzione in atti giudiziari», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (DIR.): *Trattato...*, cit., pág. 239 con referencias bibliográficas a propósito de la sanción penal de la corrupción impropia en actos judiciales. Aboga para la abrogación de esta norma también MORRA, M.: *Corruzione...*, cit., pág. 135.

¹⁷⁸ Así FORNASARI, G.: «Delitti...», cit., *loc. cit.*; RAMPIONI, R.: *Bene...*, cit., pág. 313.

¹⁷⁹ RAMPIONI, R.: *Bene...*, cit., págs. 311 a 312.

¹⁸⁰ MIRRI, M.B.: «La corruzione...», cit., pág. 88; ZANOTTI, M.: *Profili...*, cit., pág. 144.

tal manera que no queda otra opción que concluir que «el interés protegido por la norma es tan solo el del decoro de la clase burocrática, lesionado por el comportamiento del público oficial que (...) recibe una propina»¹⁸¹.

Otros autores, queriendo mantener la derivación del bien jurídico protegido por todas las vertientes del cohecho en el artículo 97 de la Constitución, se han referido a la corrupción propia como a un delito que supondría una lesión del bien jurídico protegido, mientras que han «salvado» la sanción penal de la corrupción impropia subsiguiente calificándola como delito de peligro (para el bien jurídico lesionado por la corrupción propia)¹⁸².

En este sentido y de forma crítica hacia aquellos que excluyen la imparcialidad del espectro de lesividad del delito de corrupción impropia subsiguiente, se ha dicho que el público oficial y el encargado de un público servicio tienen la obligación de permanecer siempre ajenos a los intereses de los sujetos hacia los cuales se dirige su actividad y que esta obligación descendería siempre y en todo caso del deber de imparcialidad¹⁸³. Y, si se comparte que «la conducta del público oficial que acepta una retribución sucesivamente a la realización de

¹⁸¹ TRIMARCHI, F.: «La tutela della burocrazia», en *La burocrazia statale in Italia*, Giuffré, Milano, 1965, págs. 233 y ss. *apud* BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 148. Este último autor defiende que, incluso en el supuesto de corrupción subsiguiente, «el legislador quiere golpear, aparte de la ofensa al decoro, la ilegalidad del funcionario que recibe una retribución y no una simple propina por el acto debido por él realizado. Solo que, siendo el momento de ilegalidad más tenue respecto de otras hipótesis de corrupción, el primer aspecto toma la delantera». Véase también MORRA, M.: *Corruzione...*, cit., pág. 134 quien habla de interés en «asegurar una moralidad superior de los públicos agentes»; ARDENGHI, C. A.: «Corruzione per l'esercizio della funzione», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G. (A CURA DI): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Il Mulino, Bologna, 2015.: pág. 145.


¹⁸² Entre otros, LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 257.

¹⁸³ Así SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., págs. 276 a 277. En la jurisprudencia de legitimidad, no han faltado resoluciones que han recalcado que, en la corrupción impropia, el contenido del acto sería precisamente aquel que habría tenido que ser en ausencia de retribución; existiría, sin embargo, un interés del particular a la emanación del mismo y, normalmente, un culpable retraso del público oficial, mientras que, en la corrupción propia, si el acto se forma en el exclusivo interés del particular corruptor, existe contraste con los deberes de imparcialidad, diligencia, escrupulosidad y rectitud requeridos en el desarrollo

un acto de su oficio, realiza, ante todo, una violación de su deber funcional de garantizar que el acto sea realizado en cuanto debido», no se comprende cómo dicha violación pueda calificarse como una «ofensa al decoro de la Administración pública»¹⁸⁴ cuando se sustancie «en la aprehensión de una utilidad ilegal por parte del público oficial»¹⁸⁵. Incluso en este segundo caso, se afirma, el deber funcional que se quebranta es el de ser imparcial. En la hipótesis de corrupción impropia subsiguiente, por lo tanto, si bien *ex post*, «el sujeto ha aceptado crear una relación sinalagmática entre el acto realizado y la retribución y demuestra que está dispuesto a realizar actos de su oficio por retribución; demuestra, en una palabra, que no es imparcial»¹⁸⁶. Aceptando estas premisas, la *ratio* de la penalización de la corrupción impropia subsiguiente «tiene que deducirse de la exigencia de impedir la producción de una especie de progresión criminosa desde la recepción de dinero para una actividad lícita hasta la retribución por ilícitas interferencias. En suma, la corrupción impropia subsiguiente desarrollaría una función en todo parecida a aquella de los así llamados delitos de obstáculo¹⁸⁷ en cuanto entendida como mecanismo de prevención de la comisión de delitos más graves»¹⁸⁸ (en el caso *de quo*, la corrupción propia).

3.3.3.2. La corrupción impropia antecedente frente a la imparcialidad y el buen funcionamiento

Llegados a este punto, la complejidad del panorama impone una breve recapitulación.

Hemos partido de una crítica a aquellas posturas que, a la hora de reconstruir la lesividad del delito de cohecho, enfatizaban la violación de un deber: aclarado que ndo una norma penal configura una

de funciones atribuidas para la realización de intereses estatales y no particulares (así, Cass. 27/9/1984, Tana, en *Giustizia Penale*, 1985, II, n. 622).

¹⁸⁴ Véase MORMANDO, V.: «Appunti...», cit., pág. 256.

¹⁸⁵ SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., *loc. cit.*

¹⁸⁶ SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., *loc. cit.*

¹⁸⁷ En el texto se habla de «*delitti ostativi*».

¹⁸⁸ FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 234; TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., ya citado en precedencia. En el mismo sentido véase también BEVILACQUA, B.: *I reati...*, cit., pág. 710.

prohibición o, si se prefiere, un deber de «no hacer algo» (de tal forma que, quien la quebranta, viola una deber) las posturas tradicionales se limitaban a preocuparse por el contenido del deber. La referencia al «prestigio», la «fidelidad»..., aparte de no ser adecuadamente indagada y de resultar inidónea para desempeñar cualquier función crítica, acercaba peligrosamente y de una forma un tanto tautológica el objeto de protección a la (posible) *ratio* o incluso (piénsese en la venalidad) al contenido de la prohibición.

Dicho ello, si proteger un bien jurídico implica un deber de no lesionarlo, no todo deber de no hacer algo implica la lesión de un bien jurídico a protegerse por medio del Derecho penal¹⁸⁹.

De forma correcta, la doctrina más reciente ha invertido el procedimiento lógico y, una vez deducido de la Constitución el bien jurídico a protegerse penalmente, se pregunta acerca de la lesividad de las conductas de cohecho tipificadas por el legislador (o, si se prefiere, acerca de los deberes de no hacer algo recogidos en los artículos 318 y ss. del Código penal italiano y su relación con el bien jurídico deducido de la Constitución). La modificación del *iter* lógico, por otra parte, no ha implicado un cambio relevante en la individualización de las prohibiciones: *mutatis mutandis*, las normas siguen siendo las mismas y, por lo tanto, siguen prohibiendo lo mismo. De tal manera que, en el delito de corrupción propia, persiste la tendencia a individualizar el quebrantamiento de dos deberes: por un lado, el de no aceptar (u otorgar) remuneración para la función pública (más allá de la prevista por la ley); y por otro, el de no realizar actos funcionales contrarios a los deberes de la función. El cohecho impropio, por otra parte, supondría el quebrantamiento tan solo del primero de ellos.

Ahora bien, planteada la discusión en estos términos, la construcción lógica de la lesividad del delito tambalea, pero no se quebranta. De cara a la imparcialidad o al buen funcionamiento de la Administración pública (bienes jurídicos deducidos del dictado constitucional), la práctica totalidad de los autores comparte la idea de que el deber de no realizar actos funcionales contrarios a los deberes de la

¹⁸⁹ Se remite a cuanto dicho *supra* en relación con los deberes recogidos en el Código de comportamiento de dependientes de las administraciones públicas en Italia y, en doctrina, a LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 170.

función, si se junta con del deber de no aceptar (u otorgar) remuneración para la función, representa una lesión del bien jurídico protegido susceptible de ser sancionada penalmente.

Las discusiones empiezan a la hora de individualizar los perfiles de lesividad del segundo deber (de no aceptar remuneraciones), aisladamente considerado y, por lo tanto, de justificar la sanción penal de la corrupción impropia. En este marco, **la mayoría de los autores hasta ahora mencionados sigue manteniendo (no sin dificultad)** una lesión o puesta en peligro del bien jurídico «imparcialidad» de la Administración pública, **inclu** en la hipótesis **más probl**ica de la corrupción impropia subsiguiente **e** que tan solo se quebranta el deber de no recibir remuneraciones¹.

Ahora bien, la doctrina, cada vez más atenta al respeto del principio de lesividad, no ha tardado en encontrar problemas incluso en lo referente a la vertiente antecedente de la corrupción impropia¹⁹¹: y de hecho, se ha afirmado que, en realidad, en todas las hipótesis de corrupción impropia, lo único que ocurre es «una violación del deber funcional de garantizar que el acto administrativo sea realizado en

¹⁹⁰ Se remite a ARDENGI, C. A.: «Corruzione...», cit., pág. 145 (con amplias referencias jurisprudenciales) quien recuerda que «difícilmente el sujeto público que acepta dinero o la promesa de una retribución para realizar un acto, aun conforme con los deberes del oficio, puede considerarse verdaderamente imparcial, tanto respecto al propio corruptor como respecto de terceros eventualmente interesados».

¹⁹¹ Véase MORM, V.: «Appunti...», cit., pág. 256. En términos parecidos, subrayando **cor** la corrupción impropia, no puede hablarse de afectación ni de la imparcialidad ni del buen funcionamiento de la Administración pública, véase FERRANTE, M. L.: «Le fattispecie...», cit., págs. 78 a 79 quien observa que «no es posible mantener como bien jurídico el buen funcionamiento de la Administración pública, que no es configurable ni siquiera en abstracto como *Rechtsgut* en las hipótesis de corrupción impropia, en cuanto estas últimas se centran en la realización del acto del oficio que el funcionario público o el encargado de un público servicio tienen que realizar de tal manera que dicho acto no perjudica el buen funcionamiento de la Administración, sino que lo favorece. Ni la imparcialidad puede constituir el común denominador de los tipos *de quibus*, puesto que en las hipótesis de corrupción impropia subsiguiente el acto de oficio ya ha sido realizado, de tal manera que la relativa conducta no puede ofender dicho bien».

cuanto debido», violación que, por sí sola, implicaría, como mucho, cierto menoscabo para el «decoro» de la Administración pública¹⁹².

Aquí también la alternativa a la exhumación de conceptos con tintes éticos o morales (como el «decoro»), es la configuración del delito como «de peligro» de cara al bien jurídico protegido «imparcialidad». En este último sentido, se ha observado que, si es cierto que dinero y otra utilidad son correspondidos a cambio de una actuación «debida», el delito «llega», de todas formas, «a involucrar al órgano público en la persecución de fines extraños a la utilidad pública, convirtiéndolo no ya en órgano ajeno a los destinos de los intereses particulares, sino en una parte parcial; tal vez no para la realización de aquel acto que», en el caso de la corrupción impropia, «podía todavía ser indiferente respecto de tales intereses, sino para la realización de actos futuros, que, evidentemente, no podrán mantener aquel tinte de neutralidad que constituye el contenido [redacted] de cada administración realmente imparcial»¹⁹³. La sanción de corrupción impropia entonces, sirve para prevenir los casos en los que el [redacted] oficial antepone efectivamente al interés público el particular [redacted] como comportamiento sintomático de cierta predisposición futura a la comisión de «abusos» (léase, actos contrarios a los deberes) en el marco de supuestos de cohecho propio.

Siguiendo este razonamiento, se ha dicho que no queda sino admitir que la corrupción impropia antecedente es sancionada penalmente porque

«sobre la base del *id quod plerumque accidit*, la aceptación de una utilidad o de su promesa a la vista de un acto propio de la función, es conducta objetivamente idónea para generar una preocupante mezcla entre público y privado interés, insinuando la sospecha de posibles preferencias a la hora de realizar un acto debido»¹⁹⁵.

¹⁹² *Ibidem*. Para la identificación del bien jurídico [redacted] de la corrupción impropia (antecedente y subsiguiente) con el prestigio de la Administración pública, véase PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 219 quien naturalmente concluye para la necesaria migración del ilícito al derecho administrativo sancionador.

¹⁹³ Véase FURGIUELE, G.: «I limiti...», cit., pág. 3919.

¹⁹⁴ Véase MORMANDO, V.: «Appunti...», cit., pág. 256.

¹⁹⁵ FURGIUELE, G.: «I limiti...», cit., pág. 3926.

Resultaría de ello que, en el delito de corrupción impropia antecedente, la lesión del deber de imparcialidad de la Administración pública no sería cierta sino solo una posibilidad cualificada: y, si la conducta es simplemente un indicio de la disposición del autor de corrupción impropia para realizar actos de su oficio de forma parcial, entonces la misma no lesiona, sino que se limita a poner en peligro al bien jurídico «imparcialidad» que será eventualmente lesionado por la realización de un acto contrario a los deberes del oficio. Todo ello, en algunos casos, encomendando al juez la comprobación de la efectiva idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico (aplicándose los mismos criterios previstos en materia de tentativa¹⁹⁶); en otras palabras, habría que comprobar que el *pactum* que se sustancia en la venta del acto conforme a los deberes del oficio representa efectivamente un síntoma de la predisposición a una sucesiva conclusión de pactos que tengan como objeto la venta de actos contrarios a los mismos.

3.3.4. *La corrupción propia frente al buen funcionamiento y a la imparcialidad*

Argumentos parecidos han llevado a extender los problemas de compatibilidad entre el dictado normativo y la individualización del bien jurídico en la imparcialidad o buen funcionamiento de la Administración pública más allá de las hipótesis de corrupción impropia, sea solo subsiguiente, sea también antecedente.

Según cierta postura, en efecto, en el caso de corrupción propia subsiguiente, «puesto que el acto ya ha sido realizado en el momento de la remuneración o de la promesa no se puede hablar de actitud no imparcial del público agente»¹⁹⁷.

Por otra parte, estos entendimientos ya dejan ver el germen desde el cual la doctrina más reciente ha venido defendiendo opiniones que

¹⁹⁶ El de la prognosis póstuma sobre el cual se dirá brevemente *infra*, apartado 5.1.5.

¹⁹⁷ Así, por ejemplo, FORNASARI, G.: «Delitti...», cit., pág. 206; en el mismo sentido, BALBI, G.: *I delitti...*, cit., pág. 40; ZANOTTI, M.: *Profili...*: cit., págs. 144 y ss.; ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., pág. 158; LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171.

asestan el golpe final a la posibilidad de compatibilizar la disciplina vigente del cohecho con el principio de lesividad, por lo menos si se mantiene la identificación del bien jurídico protegido con el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración pública.

En primer lugar, en la corrupción propia, se ha empezado distinguiendo un deber de no aceptar remuneraciones para actos del cargo de un deber de no realizar actos contrarios de los deberes del cargo. Y, aislando el primero, se ha observado que, de por sí, la aceptación de una remuneración ilegal no implica en sí misma lesión alguna de los bienes jurídicos «buen funcionamiento» e «imparcialidad de la Administración pública»: que un alcalde reciba donativos de sus conciudadanos no implica necesariamente ni que su Administración funcione de forma menos eficiente ni que él tenga que otorgar un trato parcial a los mismos. En otras palabras, que el *intrañeus* sea remunerado más allá de lo permitido, si aisladamente considerado, es indiferente para la integridad del bien jurídico protegido¹⁹⁸.

Lo que realmente perjudica al buen funcionamiento y/o imparcialidad de la Administración pública parece, en cambio, el quebrantamiento del deber subyacente a la vertiente propia del cohecho, esto es, el deber de no actuar en detrimento de los deberes inherentes a la función pública vigentes para los *intrañei*¹⁹⁹.

Y, entre cifrar el *clou* del desvalor del cohecho en la venta de un acto contrario a los deberes del funcionario público y circunscribir la lesividad del delito justamente a esta contrariedad del acto, el paso es muy breve: aceptadas estas premisas, parece no quedar otra opción que la de situar la clave de bóveda de la lesividad del cohecho en la realización de un acto contrario a los deberes funcionales del sujeto público que, se ha observado, «representa en efecto un ele-

¹⁹⁸ Véase FURGIUELE, G.: «I limiti...», cit., pág. 3926 donde el autor observa que «la conducta de recibir o aceptar la promesa de dinero u otra utilidad no se presenta de forma unívoca como dirigida e intrínsecamente idónea para lesionar el bien jurídico objeto de tutela».

¹⁹⁹ Véase FURGIUELE, G.: «I limiti...», cit., págs. 3933 y ss. Parecida la postura de LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171.

mento de sustancial²⁰⁰ lesividad contra bienes jurídicos de seguro significado»²⁰¹.

Ahora bien, formuladas estas conclusiones, han de aceptarse todas sus consecuencias: una vez emprendido este camino, ya no hay vuelta atrás, de tal forma que habrá de incluir en el abanico de los «delitos de peligro» no solo a la corrupción impropia, antecedente y subsiguiente, sino también a la corrupción propia antecedente: en este último caso, el acto contrario a los deberes (lesivo del bien jurídico) no precisa ser efectivamente realizado para que el delito esté consumado²⁰².

Y, en efecto, en el caso del artículo 319 del Código penal italiano, el elemento de lesión, es decir, la realización de un acto contrario a los deberes del oficio, aparece solo como objeto de un dolo específico²⁰³. Ahora bien, tendremos dolo específico toda vez que el ordenamiento exige la representación por parte del sujeto activo de una finalidad cuyo objeto no debe necesariamente realizarse. De ahí que, si el elemento lesivo del interés protegido (el acto contrario a los deberes del oficio) está presente solo como objeto de un dolo específico, habrá de deducirse que, para la consumación del delito, simple y llanamente no es necesaria una lesión del bien jurídico, sino que es suficiente su mera representación (que, como mucho, puede declinarse entonces como «puesta en peligro»).

²⁰⁰ En el texto italiano, «*corposa*».

²⁰¹ Así FURNASARI, G.: «Delitti...», cit., pág. 205. En términos parecidos, ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., pág. 159; MANES V.: «L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pág. 924 y *passim*. Véase también LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171.

²⁰² Así FURGIUELE, G.: «I limiti...», cit., pág. 3928 y *passim* quien observa que «el legislador ha pretendido penar al administrador infiel y venal (quien recibe la dádiva o la promesa), incluso cuando su conducta se revele inocua» para los intereses constitucionalmente relevantes y susceptibles de protección penal (pág. 3928). En este sentido, limitadamente a la corrupción propia antecedente como delito de peligro (concreto), véase BALBI, G.: *I delitti...*, cit., págs. 36 y ss.; LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171. También ve en la corrupción propia antecedente un delito de peligro PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 263.

²⁰³ En verdad es aislada y aquí no se comparte la opinión de acuerdo con la cual el dolo en la corrupción antecedente (pasiva) es genérico y no específico. De cualquier manera, para argumentos en este sentido, se remite a LEOTTA, C. D.: «La corruzione», págs. 238 a 239.

Prescindiendo, de momento, de todo tipo de consideración sobre los delitos de peligro abstracto y su compatibilidad con los principios del ordenamiento jurídico penal²⁰⁴, lo que interesa destacar es que, cifrar la lesividad del delito en el abuso entendido como realización del acto contrario a los deberes del cargo, implica que el bien jurídico «imparcialidad de la Administración pública» resulta lesionado tan solo por casos de corrupción propia subsiguiente, en los que el acto efectivamente existe. La corrupción propia antecedente sería, en cambio, un delito de peligro (abstracto) en el que tan solo existe una posibilidad cualificada de que el acto contrario a los deberes del funcionario se realice. También sería delito de peligro abstracto la corrupción impropia antecedente, puesto que, a través de su tipificación, el legislador trataría de impedir la verificación de casos de corrupción propia²⁰⁵. Respecto de la corrupción impropia subsiguiente, en cambio, no queda sino concluir que «no se le puede reconocer otra objetividad jurídica distinta al prestigio y buen nombre de la Administración pública (entendida como conjunto de sujetos con la función de administración de la cosa pública), valores, éstos, desprovistos de relevancia constitucional»²⁰⁶ y, por lo tanto, no merecedores de atención por parte de la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico.

3.3.5. *La corrupción como delito que no lesiona ni la imparcialidad ni el buen funcionamiento de la Administración pública. La falta de lesividad de todas las hipótesis de cohecho*

Que se considere a la hipótesis que recibe el mayor reproche, (esto es, la corrupción propia antecedente) como un delito de peligro abstracto, trae a colación posturas más recientes que han llevado al extremo la idea de que el núcleo lesivo de la corrupción se halla en el objeto del dolo específico de la vertiente propia antecedente (esto es, el acto contrario a los deberes del oficio): lo que realmente importa (*rectius*: debe importar) al ordenamiento jurídico, se dice, son los bienes jurídicos de los que es titular el ciudadano que se relaciona con la

²⁰⁴ Véase *infra*, apartado 5.1.

²⁰⁵ Así FURGIUELE, G.: «I limiti...», cit., pág. 3920.

²⁰⁶ FURGIUELE, G.: «I limiti...», cit., pág. 3919.

Administración y que se quebrantan toda vez que el agente público actúa de forma contraria a sus deberes.

En este sentido, se ha observado que, afirmar que el artículo 97 de la Constitución justifica la intervención penal a tutela del buen funcionamiento y de la imparcialidad de la Administración pública, no implica que estos bienes jurídicos sean «bienes jurídicos finales» sino que deja abierta la posibilidad de que los mismos sean objetos de tutela instrumentales:

«la referencia legislativa a bienes que se pueden asumir como instrumentales a la tutela de otros bienes (los verdaderos bienes finales) se explica considerando que, al lado y más allá de los intereses finales, el ordenamiento puede valorizar y normalmente valoriza otros bienes, cuya tutela es justamente predispuesta para garantizar la tutela de los intereses más concretamente tomados en consideración. Así, el buen funcionamiento de la Administración pública es ciertamente bien cuya tutela sirve también para garantizar otros bienes, los más variados, propios del sujeto que, en el caso específico, utilice los servicios de la Administración pública»²⁰⁷.

Así las cosas, con específica referencia a la imparcialidad, partiendo de la idea de que aquí la víctima es el ciudadano que ve injustamente **atendida** su pretensión frente a la Administración que actúa en contra de sus deberes,

«el bien final protegido es el interés que, en el caso concreto, es tomado en consideración respecto del específico sujeto, mientras que el criterio del imparcial tratamiento del mismo se presenta como instrumental a la tutela de los (...) bienes implicados por el correcto desempeño del oficio»²⁰⁸.

En la corrupción, la razón que llevaría al legislador a elegir un bien jurídico instrumental para tutelar bienes finales, sería sustancialmente técnica y se hallaría en la imposibilidad material de enumerar, en vía abstracta y general, todos los bienes posiblemente lesionados, cuya afectación podrá variar según el caso concreto²⁰⁹.

²⁰⁷ MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 8.

²⁰⁸ MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 21.

²⁰⁹ En el delito de corrupción, se afirma (MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 23), «el bien instrumental (...) es de amplísimo espectro (potencialmente coordinándose con una serie muy extensa de intereses de los beneficiarios de los diversos servicios proporcionados por la Administración pública)». Pero *contra*, véase LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171, según el cual no tiene relevancia «la lesión

Así las cosas, según esta opinión, el verdadero objeto de tutela ha de cifrarse en un bien jurídico a determinarse caso por caso y no en la imparcialidad y/o el buen funcionamiento de la Administración pública. Y este bien jurídico sería el reflejo de los intereses del administrado que se relaciona con la Administración pública (en tanto que relevantes) y que se desatienden de forma ilegítima.

De ahí que, si se acepta que el deber no es sino el revés del bien jurídico protegido, también habrá que individualizarse caso por caso el deber infringido por el funcionario público, lo que además permitiría una ulterior selección de aquellas conductas realmente merecedoras de sanción penal: la corrupción propia se convierte en razonable «tan solo si expresión de una real distorsión del oficio, con recaídas o riesgos de recaídas perjudiciales para el particular»²¹⁰, es decir, tan solo en el caso en el cual el acto del oficio objeto del dolo específico «expone parcialidad hacia otros sujetos, con perjuicio de estos últimos, en contra de la ley»²¹¹.

Dicho de otra manera, so pena de entender el Derecho penal como funcional al mero respeto formal de los preceptos administrativos, el ordenamiento jurídico ha de preocuparse por los concretos intereses de los ciudadanos que se relacionan con la Administración y no tanto por los motivos subyacentes a la actuación ilegal de su agente (esto es, el *pactum sceleris*): la afectación al interés merecedor de tutela penal (el bien jurídico protegido final) se cifra entonces en la prohibición de dictar un acto administrativo contrario a los deberes inherentes a la función pública solo si el mismo resulta *concretamente* lesivo de una pretensión jurídica (de titularidad individual) merecedora de protección legal en cuanto legítima.

Por otra parte, se observa que el legislador ha adelantado la protección del bien jurídico al momento en el cual *intraneus* y *extraneus* alcanzan un acuerdo cuyo objeto es la realización de aquel acto con-

de bienes finales que las funciones públicas, cada vez, deben realizar; los fines de la acción administrativa», dice el autor, «(salvo que sean intrínsecamente delictivos) no son un factor decisivo». En el mismo sentido, CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 702 a 703.

²¹⁰ MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 97.

²¹¹ MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 17.

trario a los deberes funcionales, a su vez, susceptible de lesionar el bien jurídico final:

«dicho de otra forma, moviendo del presupuesto que los delitos de corrupción generan en la opinión pública una desconfianza generalizada hacia la Administración pública, la atención se ha tradicionalmente concentrado sobre la desobediencia en sí del público agente, terminando con poner decididamente en la sombra la ofensa típica del tipo de corrupción»²¹².

Más allá de los problemas inherentes a la efectiva comprobación del peligro, lo anterior sitúa al derecho vigente en contradicción con numerosos principios generales del ordenamiento penal. En primer lugar, si es cierto que *cogitationis poenam nemo patitur* y que el artículo 115 del Código penal italiano dispone que

«salvo que la ley disponga de forma diferente, cuando dos o más personas se acuerdan con la finalidad de cometer un delito y ello no sea cometido, ninguna de ellas es penada por el solo hecho del acuerdo»,

es muy dudoso que la sanción de la corrupción propia sea compatible con los principios generales del ordenamiento, ya que se termina penando al mero acuerdo para hacer algo que, *a lo mejor*, puede lesionar un bien jurídico susceptible de ser protegido penalmente²¹³. Y las dudas adquieren un peso insoportable en el caso de las conductas de instigación a la corrupción en las que se sancionaría una mera instigación para llegar al acuerdo²¹⁴.

Asumiendo esta reconstrucción, suena casi descontada la falta de lesividad de toda hipótesis de cohecho subsiguiente en la que la realización de un acto conforme o contrario a los deberes es mero presupuesto para que se sancione, en realidad, el deber de no aceptar retribuciones del funcionario público: en estos casos, «la ofensa al bien que se imputa al público agente está estrictamente ligada a la recepción sucesiva de la promesa o utilidad» de tal manera que «los bienes que asumen relevancia son el ‘prestigio de la Administración pública’ y bienes puramente ficticios que se ligan a la actitud del público agente, es decir, a su fidelidad o a su forma de ser o a su perso-

²¹² MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 96.

²¹³ MASSI, S.: *Qui...*, cit., págs. 71 y ss.

²¹⁴ MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 75.

nalidad peligrosa, en la óptica de una posible futura prosecución de actos de comercio de la función o del servicio público»²¹⁵.

Incluso en el caso de la corrupción propia subsiguiente, «el acto contrario a los deberes del oficio (...) no tiene efectivo peso en la definición de los desvalores del tipo. La ley no lo vincula a prueba ninguna que lo represente como acto condicionado a la perspectiva de un acuerdo de corruptela» y «la circunstancia que el público agente haga referencia al acto mismo para obtener sucesivamente una promesa o una utilidad nada añade en términos de desvalor». En esta perspectiva, a lo sumo, puede hablarse de la «venalidad» del funcionario público en un tipo que «prescinde radicalmente de la ofensa a un bien verdaderamente merecedor de ser definido como tal»²¹⁶.

Consideraciones parecidas merecería la sanción de la corrupción impropia antecedente en la cual el legislador no iría más allá de la protección de la «gratuidad» de la función pública, principio que tampoco parece guardar relación alguna con los intereses finales de los administrados, únicos en merecer la protección que proporciona la intervención del Derecho penal²¹⁷.


3.4. OTRAS PROPUESTAS

Otros autores han asumido posturas distintas de las anteriores: en este grupo, debe insertarse a Antonio Pagliaro cuya propuesta, *mutatis mutandis*, parece ser sustancialmente compartida por Carlo Federico Grosso.

El autor expresa su desacuerdo con los planteamientos expuestos en las páginas anteriores y su punto de partida es el mismo de aquellos juristas cuya opinión hemos examinado en la parte final del apartado

²¹⁵ MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 78.

²¹⁶ MASSI, S.: *Qui...*, cit., pág. 79.

²¹⁷ En términos parecidos que parecen sugerir que el  comparte la perspectiva que se acaba de exponer, véase BALBI, G.: *I delitti...*, cit., págs. 52 a 53. El autor niega que, aparte de la hipótesis de corrupción propia antecedente, las demás vertientes del cohecho tutelén un bien jurídico que «a la luz de los principios característicos de nuestro ordenamiento penal (...) resulte adecuado a justificar, a legitimar, la posición de una norma incriminatoria».

precedente: los principios de imparcialidad y de buen funcionamiento de la Administración pública se quebrantan solo en presencia de un acto contrario a los deberes del oficio efectivamente realizado²¹⁸. De ahí que, en el caso de la corrupción propia antecedente, no puede decirse que el bien jurídico resulta lesionado, sino solo puesto en peligro, puesto que, para que el delito se consuma «no es necesaria la efectiva realización del acto contrario a los deberes del oficio»²¹⁹. Por su parte, el cohecho propio subsiguiente «no solo no puede lesionar sino que tampoco puede constituir un peligro para el bien de la imparcialidad», puesto que «la ofensa a la imparcialidad es ya consumada en un momento anterior al producirse la conducta sancionada»²²⁰.

De ahí que, queriendo asumir que la corrupción impropia tutela el peligro de que el público oficial, partiendo de la venta de un acto conforme a sus deberes, llegue a realizar el más grave delito de corrupción propia, debería decirse que el resultado jurídico de esta vertiente del cohecho se cifra en el peligro-del-peligro²²¹. Con estas premisas, la instigación a la corrupción impropia protegería el peligro-del-peligro-del-peligro de la lesión del bien jurídico protegido, ya que sancionaría el peligro de que se cometa un delito de corrupción impropia, el cual, a su vez, tendría la función de sancionar el peligro de la realización de un delito de corrupción propia, el cual, finalmente, sancionaría el peligro de lesión de la imparcialidad de la Administración pública²²². En términos parecidos, la instigación a la corrupción propia estaría puesta a protección del peligro-de-un-peligro²²³.

²¹⁸ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 177 a 178. Según los autores, además, aceptar como bien jurídico protegido por la corrupción a la imparcialidad implicaría anular, bajo el prisma de la lesividad, toda diferencia con el *abuso d'ufficio*, ya que, en este delito, también existe una «desviación de la actividad pública hacia el beneficio injustificado o ventaja de alguien y, por lo tanto, la ofensa de la imparcialidad» (*Ibidem*: pág. 179). Para algunas observaciones en materia de *abuso d'ufficio*, véase el apartado 5.5.1.1.

²¹⁹ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 178 quienes consideran que «el delito se consuma en el momento en el cual el público oficial acepta la utilidad y su promesa».

²²⁰ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 178.

²²¹ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 178.

²²² PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 178 a 179.

²²³ Finalmente, observa Pagliaro, para «descartar definitivamente la idea de que en los delitos de corrupción el bien tutelado es constituido por la imparcialidad,

Ahora bien, puesto que es pacífico que la sanción del peligro-de-un-peligro de una lesión de un bien jurídico representa una anticipación excesiva de la punibilidad, el autor se encuentra delante de una disyuntiva: o, como hicieron otros²²⁴, limitarse a deducir la ilegitimidad de las normas sobre corrupción por su contrariedad al principio de lesividad y abogar para una radical reforma de las mismas; o bien buscar un camino distinto en la reconstrucción de la objetividad jurídica del delito.

Pagliario emprende una tercera vía y, en cierta medida, invierte el razonamiento: según este autor, los bienes jurídicos protegidos por el delito de cohecho son, sin dudas, la imparcialidad y el buen funcionamiento de la Administración pública, pero su menoscabo es solo mediato²²⁵ y pasa a través de la violación de la «prohibición de aceptar retribución particular por la realización de los actos del oficio» o, si se prefiere, busca proteger el interés «a que los actos del oficio (conforme o contrarios al deber) no sean objeto de una compraventa privada»: este último sería el bien jurídico inmediatamente protegido y se hallaría «a fundamento de todas las hipótesis de corrupción»²²⁶. Según el autor, la tipificación de los delitos de cohecho «supone que el público funcionario no tenga retribución alguna por la realización de sus actos; o bien, si retribución tiene que haber, que la misma proceda de la Administración pública»²²⁷. Por lo tanto, el reproche no debe-

es conveniente finalmente notar que ello podría llevar a una noción demasiado amplia de corrupción, en la que se comprenda también el abuso de oficio. En este delito, en efecto, se produce una desviación de la actividad pública hacia una injustificada desventaja o ventaja de alguien y, por tanto, la ofensa para la imparcialidad» (PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 179). Para algunas observaciones en materia de *abuso d'ufficio*, véase *infra* el apartado 5.5.1.

²²⁴ Véase, por ejemplo, la postura mantenida por Silvia Massi de la que ampliamente se ha dado cuenta en el apartado precedente.

²²⁵ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 181.

²²⁶ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 181. Véase también la postura de FORNASARI, G.: «Delitti...», cit., pág. 206, quien afirma que dicho bien jurídico es lesionado tan solo en el caso de corrupción propia subsiguiente.

²²⁷ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 181. Añade el autor que «incluso cuando las normas sobre el desarrollo de la pública función establecen que el particular, quien pide la realización del acto, tiene que retribuir directamente al funcionario, que retendrá la remuneración, se sigue fuera del esquema de la compraventa privada de un acto del oficio», ya que, «en este

rá basarse en la concreta realización o falta de realización del acto (objeto del dolo específico): que el acto propio del cargo se realice o no se realice, es y tiene que ser indiferente, ya que el desvalor, en realidad, no se cifra en el tipo de acto, sino en el tipo de pacto. En otras palabras, la corrupción propia será (más) grave no porque pretende evitar la realización de un acto contrario a los deberes del oficio, sino porque concierne a un pacto que tiene como objeto un acto contrario a los deberes del oficio.

Que el *intraneus* reciba una retribución privada²²⁸ tendría graves consecuencias:

«el funcionario, para realizar el acto, esperaría la retribución privada; y, en esta espera, podría retrasar la realización del interés público conexo al acto. Además, sería inducido a anteponer la realización de actos que interesan a particulares capaces de ofrecer remuneraciones mayores a la realización de actos que interesan a otros. Finalmente podría hasta realizar, si retribuidos de forma adecuada, actos contrarios a sus deberes»²²⁹.

Por último, observa el jurista (ya Presidente de una Comisión Parlamentaria para la reforma del Código penal) la reconstrucción en estos términos del objeto de tutela tendría la ventaja de permitir la individualización de un bien jurídico lesionado por todas las vertientes del cohecho, incluyendo a las subsiguientes:

caso, en efecto, el funcionario acepta la remuneración no como particular, sino como pública administración». En la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* con respecto a la corrupción impropia antecedente, se ha dicho que «el acto a la vista del cual el acuerdo criminal se estipula, tiene que ser conforme a los deberes del funcionario. Y el interés protegido por la norma en examen no es tanto el de la imparcialidad de la Administración pública, puesto que el acto a realizar es conforme a los criterios de sana y correcta administración, sino el de la rectitud y de buen funcionamiento de la Administración pública en el sentido que los actos (legítimos, correctos y debidos) no pueden ser objeto de un acuerdo privado entre un particular y la Administración pública, sino que tienen que ser realizados en el sentido de una sustancial y total extraneidad respecto de intereses particulares fuera de interferencias diversas de las que son [redacted] las de intereses generales de Estado» (así Cass. Sez. VI, 13/12/1989, en *Giul. Penale*, 1991, pt. II, pág. 43; conf. Cass. Sez. VI, 13/12/1989, en *Cassazione penale*, 1992, pág. 944; Cass. Sez. VI, 23/4/1990 en *Rivista Penale*, 1993, pág. 855).

²²⁸ Es decir, distinta a la que recibe conforme establece el derecho.

²²⁹ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 181. En el mismo sentido, VINCIGUERRA, S.: *I delitti...*, cit., pág. 216.

«en este caso el acto (conforme o contrario a los deberes del oficio) ya está realizado. Pero la retribución particular tiene, como contrapartida²³⁰, justo la realización del acto y el público oficial es retribuido por el particular porque ha realizado el acto. De esta forma, el particular ‘adquiere’ el acto ya realizado. El delito presenta, por tanto, si bien de forma más leve, el mismo contenido sustancial de ofensa que caracteriza la corrupción antecedente»²³¹.

Parecida la postura de Carlo Federico Grosso quien realiza una especie de síntesis de todos los planteamientos ya mencionados: prestigio, deber de fidelidad, buen funcionamiento, según este autor, ayudan «a integrar el espectro de tutela penal dispuesto por las normas incriminadoras de los delitos de corrupción»²³². En particular,

«imparcialidad y buen funcionamiento son lesionados, o por lo menos, amenazados, por los tipos de corrupción propia y por las corrupciones impropias antecedentes, el buen funcionamiento es ciertamente amenazado incluso en la corrupción impropia subsiguiente; prestigio (y deber de fidelidad) son siempre afectados cuando un sujeto público se involucra en acontecimientos corruptos»²³³.

Aparte de afectar a todos estos bienes jurídicos, los delitos de corrupción lesionarían un deber específico, es decir, el «interés a que los actos de los públicos oficiales o de los encargados de un público servicio no constituyan objeto de compraventa»²³⁴.

La reconstrucción del bien jurídico defendida por estos autores, ha sido objeto de críticas. En primer lugar, se ha dicho que, puesto que el objeto de tutela tiene que ser reconstruido de forma distinta en cada una de las vertientes de corrupción, la individualización de un bien

²³⁰ Literalmente «*come corrispettivo*».

²³¹ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 182.

²³² En el mismo sentido, VINCIGUERRA, S.: *I delitti...*, cit., pág. 216.

²³³ GROSSO, C. F.: «Commento agli Articoli 318 – 322», en PADOVANI, T. (COORD.): *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 1996, págs. 222 a 223. Véase también DOLCINI, E. y MARINUCCI, G.: *Codice penale commentato*, ed. IPSOA, 1999, págs. 1768 y ss.

²³⁴ GROSSO, C. F.: «*Commento...*», cit., págs. 223 a 223 quien excluye que el patrimonio de la Administración pueda hallarse entre los bienes jurídicos protegidos. Sobre la inidoneidad de imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública para desempeñar una función crítica que debería reconocerse al concepto de bien jurídico, véase ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., pág. 158.

jurídico unitario no proporciona las bases necesarias para deducir un criterio que permita distinguir el desvalor de corrupción propia e impropia. Además, se ha observado que, si se asume como objeto jurídico del delito la prohibición de venta privada de actos de servidores públicos, se obra una inaceptable inversión de perspectiva: se asume como interés protegido lo que, en realidad, no es sino el instrumento para su protección, ya que la prohibición de compraventa privada de actos públicos es, en todo caso, funcional a la vigencia de la imparcialidad y el buen funcionamiento de la Administración pública²³⁵.

Seminara sustancialmente comparte las críticas avanzadas por la doctrina hacia las tesis tradicionales que, en su opinión, son excesivamente genéricas²³⁶. Al igual que Grosso y Pagliaro, tampoco le convence la postura mantenida por la mayor parte de la doctrina que identifica el bien jurídico lesionado por todas las formas de corrupción con la imparcialidad de la Administración pública.

Según el autor, de dos una: o se postula que corrupción propia y corrupción impropia tienen una objetividad jurídica distinta o bien las dos figuras, como observaba Tagliarini²³⁷, deben sancionarse con la misma pena. Por otra parte, la adopción de esta segunda solución «parece remitir a una concepción estadolátrica en la que el bien protegido en realidad se identifica (más que con la imparcialidad) con el prestigio de la Administración pública y el deber de fidelidad de sus funcionarios». Aceptar, en cambio, la primera opción, es decir postular la necesidad de una diferencia significativa en la objetividad jurídica de la corrupción propia e impropia, implicaría reconocer que, si la primera vertiente del cohecho tiene como bien jurídico la imparcialidad, por simple deducción lógica, la segunda deberá afectar a un bien jurídico distinto a la imparcialidad²³⁸.

Por otra parte, según Seminara, son inaceptables todas aquellas soluciones doctrinales que, o bien ven el delito de corrupción impropia puesto a tutela del peligro de que empiece una progresión criminosa

²³⁵ MIRRI, M.B.: «I delitti...», cit., pág. 132; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 225; SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., pág. 273; BALBI, G.: *I delitti...*, cit., pág. 34; RAMPIONI, R.: *Bene...*, cit., pág. 297 a 298.

²³⁶ SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., pág. 829.

²³⁷ Se ha hecho referencia a la postura de Tagliarini en el apartado 3.3.2.

²³⁸ SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., págs. 830 a 831.

que lleve a la realización de tipos más graves, o bien recaen en el prestigio de la Administración pública. Si esta segunda solución no supera las críticas ya ampliamente expuestas, para el autor, ni siquiera la primera es aceptable.

Seminara critica también el concepto de «buen funcionamiento» y, con ello, aquella opinión que ve en la corrupción un abuso (realización de un acto ilícito) que se diferenciaría de otros delitos por tener su causa en un acuerdo venal. Según el autor, el menoscabo de la eficiencia de la Administración pública es posible solo en el momento en el cual se realiza el acto contrario a los deberes del oficio (o en la omisión o retraso del acto de oficio). Por lo tanto, afirmar que el interés lesionado es el buen funcionamiento de la Administración significaría cifrar el momento lesivo del delito en el abuso del público oficial (es decir, en la efectiva realización del acto) lo cual no parece poderse aceptar, puesto que llevaría a concluir que el ofrecimiento del particular es un intento de abuso y, por consiguiente, su punibilidad debería excluirse porque se trataría de una instigación de un actor no cualificado a cometer un delito especial propio.

Por último, parece difícil defender que la incriminación de la corrupción subsiguiente pretende evitar un abuso, ya que el delito se consuma cuando el mismo ya se ha producido. Además, como había observado Pagliaro²³⁹, incluso en la hipótesis propia antecedente, la realización del acto es irrelevante y prueba de ello es que la reserva mental del funcionario de no realizar el mismo, según la doctrina, no configura un delito de estafa, sino de corrupción, lo que demuestra que el desvalor del delito se cifra no en el acto sino en el pacto que tiene como objeto al acto.

Por otra parte, a Seminara tampoco le convence la tesis sostenida por Grosso y Pagliaro con apoyo en la cual la corrupción, en todas sus vertientes, apunta a impedir una compraventa privada de actos del oficio: según el jurista, no debería hablarse de compraventa en el caso de corrupción subsiguiente, ya que, en este supuesto, si bien es cierto que «el funcionario recibe un indebido provecho económico por el ejercicio de su función», no puede considerarse como objeto de una compraventa «algo que ya se ha realizado y ya no es susceptible

²³⁹ Véase PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 225.

de ser modificado»²⁴⁰. Y ni siquiera en los casos antecedentes debería hablarse de «venta de un acto»: el acto objeto de la corrupción impropia, en efecto, es «debido» y, en la corrupción propia, lo que se intercambia, no es tanto un acto, sino un abuso. Finalmente, según el autor, no se entiende por qué debería prohibirse a los públicos funcionarios la venta de actos y no también la aceptación de cualquier utilidad indebida.

Observa Seminara que, *de iure condito*, la corrupción no es delito de peligro en el cual, sancionando el *pactum*, se pretende, en realidad, evitar la realización del acto objeto de éste: la corrupción impropia no pretende la realización de actos ilícitos; en las hipótesis subsiguientes, el acto ya se ha realizado cuando interviene el pacto; y, en las antecedentes, el desvalor se cifra en el acuerdo y no en el acto. Además, si se optara por configurar el cohecho como delito de peligro, debería deducirse que, si el acto constituye delito, el mismo absorbería el desvalor de la corrupción, lo cual, *de iure condito*, no acontece. Por último, si se aceptara que, lo que se pretende impedir con el cohecho, es la realización de un acto indebido, no se entendería la postura del ordenamiento que considera los actos contrarios a los deberes de los funcionarios públicos como no constitutivos de delito o, cuando lo hace, conmina a sus autores sanciones mucho menores respecto de las previstas en el delito de cohecho. La «aporía», observa Seminara, «es, sin embargo, solo aparente: al contrario, la observación con apoyo en la cual el acto contrario a los deberes del oficio puede ser tanto el más grave como el más leve, demuestra, más allá de toda duda razonable, que el verdadero objeto de tutela tiene raíz (no en el buen funcionamiento de la Administración pública entendido como licitud²⁴¹ de todos los actos realizados por sus funcionarios) sino en el correcto ejercicio por parte de los públicos oficiales y de los encargados de un público servicio de sus deberes institucionales»²⁴².

Sin embargo, el valor de dicha conclusión parece dudoso. El mismo Seminara admite que el bien jurídico así identificado es excesivamente vago²⁴³ lo que le impide desempeñar las funciones críticas e

²⁴⁰ SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., *loc. cit.*

²⁴¹ En el texto «*correttezza*».

²⁴² SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., pág. 842.

²⁴³ SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., pág. 842.

interpretativas inherentes al propio concepto de bien jurídico. Y, en efecto, a la hora de profundizar en sus connotaciones interpretativas, el autor se ve obligado a utilizar categorías bien conocidas como la «venalidad» del público oficial²⁴⁴ o la «prohibición de aceptar retribuciones por actos del oficio»²⁴⁵ o la «pérdida de confianza hacia las elecciones realizadas por los aparatos administrativos»²⁴⁶.

Por misma admisión del jurista, por lo tanto, la propuesta parece agotar su fuerza en su *pars destruens*:

«la peculiaridad de las distintas formas de corrupción», afirma Seminara, «el concurso efectivo de la corrupción propia con el delito que constituye objeto del acuerdo²⁴⁷, la punibilidad de la corrupción subsiguiente, la irrelevancia de la reserva mental del funcionario público de no realizar el acto objeto del acuerdo, requieren una justificación que supere los esquemas conceptuales del mero peligro para el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración pública»²⁴⁸.

3.5. EL IMPACTO DE LAS RECIENTES MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL SOBRE EL DEBATE ACERCA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO

En las páginas anteriores, ha quedado suficientemente claro que el esfuerzo de la doctrina italiana en el análisis de los perfiles de lesividad de los delitos de corrupción ha discurrido a lo largo de un camino que parece tener una dirección unívoca e inequívoca: la búsqueda de bienes jurídicos con un sustrato material suficientemente concreto, actual y anclado a los parámetros constitucionales y que se preste a realizar no solo su función interpretativa en una perspectiva *de iure condito* sino también una función crítica en una óptica *de iure condendo*. En este último sentido, han ido aflorando opiniones que, apartándose sin miedo de los actuales clichés alrededor de la necesaria represión

²⁴⁴ SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., págs. 845 y 847.

²⁴⁵ SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., págs. 845 y 847.

²⁴⁶ SEMINARA, S.: «Gli interessi...», cit., pág. 848.

²⁴⁷ Es el caso contemplado por el artículo 318 del Código penal español.

²⁴⁸ SEMINARA, S.: sub art. 318, en CRESPI, [REDACTED] LA, ZUCCALÀ (a cura di): *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, pág. 831.

sin cuartel del cáncer de la democracia, han avanzado dudas fundadas sobre la lesividad de los tipos penales tradicionalmente utilizados en la encrucijada.

Y uno de los elementos que ha marcado el camino ha sido la puesta en valor del acto del cargo como dato que califica el desvalor. En este sentido, se recordará que la mayoría de la doctrina había considerado que la naturaleza «contraria a los deberes» del acto objeto del acuerdo era decisiva a la hora de justificar el mayor reproche de la corrupción propia respecto de la impropia porque enriquecía el bien jurídico protegido por el delito añadiendo un elemento ulterior que se cifraba ora en la legalidad de la Administración pública, ora en la legal división de competencias, ora en la imparcialidad, ora en el buen funcionamiento (según las distintas reconstrucciones de las que ya nos hemos ocupado). Y, pasando a través de la configuración de la corrupción propia como delito efectivamente de daño y de la corrupción impropia como delito de peligro, se ha llegado a posturas más recientes especialmente atentas a mantener el objeto jurídico del delito «bien pegado al suelo» para asegurar un efectivo valor crítico a un bien jurídico finalmente aprehensible; estas posturas han llegado a reconocer la contrariedad a los deberes del acto como el (único) elemento que permitía anclar la sanción penal de la corrupción a intereses mercedores de tutela penal y justamente alrededor de la misma proponen (re)construir los tipos penales de corrupción.

Pues bien, siguiendo a la jurisprudencia²⁴⁹, el legislador parece haber recorrido el camino en sentido contrario, introduciendo elementos que desdibujan la importancia del acto del cargo como elemento

²⁴⁹ Véase MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1138 quien observa que la jurisprudencia se había dejado guiar por «comprensibles exigencias de simplificación probatoria» y que señala como la reforma haya tenido como resultado un «producto legislativo *judge-made*». En el mismo sentido, DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 158 quien señala como la reforma del año 2012 haya unificado el derecho escrito con el derecho vigente. Véase también ARDENGHI, C. A.: «Corruzione...», cit., pág. 158; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 290 y ss. DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma...», cit., pág. 7; PULITANÓ, D.: «La novella...», cit., pág. 7 quien, respecto del nuevo artículo 318, subraya que, desde este punto de vista, no se trata de una ampliación del ámbito de lo penalmente relevante, sino de una «recolocación de la puesta en nómina a nivel de corrupción impropia».

esencial del pacto corrupto. Como veremos más adelante, tanto la migración de la concusión por inducción dentro de los delitos de corrupción como, sobre todo, la penalización de la corrupción de facilitación, son síntomas inequívocos de la creciente atención del legislador hacia la actitud interna de los dos protagonistas de la relación público/privada más que a las características objetivables del pacto que concluyen. Casi en un tránsito desde el *agere* hacia el *cogitare*; como si, lo que marcara el desvalor del injusto, fueran cada vez menos las características del pacto y cada vez más la forma mediante la cual los sujetos se relacionan²⁵⁰. Parece estar recorriéndose (o haberse recorrido) un camino que va desde la relevancia penal supeditada al pacto-para/por-la-realización-de-un-acto hacia la necesaria erradicación de todo contacto sospechoso...donde «sospechoso» es concepto cada vez más elástico que, según las circunstancias, debe poder ser presentado (a la opinión pública) como omnicompreensivo²⁵¹.

En doctrina, no han faltado voces críticas que han subrayado como la finalidad de dar cobertura al mayor espectro posible de conductas percibidas como cercanas a las tradicionales formas de corrupción haya marcado la evolución legislativa que parece haber prescindido de un análisis suficientemente atento a los perfiles de lesividad anclados al artículo 97 de la Constitución²⁵². En este sentido, se ha acerta-

²⁵⁰ Sobre el punto, resultan particularmente acertadas las consideraciones de MANES, V.: «Corruzione...», cit., págs. 1141 y ss. quien se refiere a una «línea evolutiva que va más allá del paso desde el *Tatbestand* hacia el *Tätertyp* y que refleja —paradójicamente— el dominio de la criminología (o de la sociología) sobre el Derecho penal».

²⁵¹ A este respecto, se ha dicho que, en el marco de una operación cultural marcada por eslóganes no siempre apoyados en datos empíricos fiables que ha subrayado sin demostrarlo que «la corrupción está en todas partes», se ha utilizado el instrumento represivo como «abre-camino», «doblegando progresivamente tipos *latu sensu* corruptivos (...) a la finalidad de una penalización «global», sin solución de continuidad ni espacios de fragmentariedad, con la finalidad de golpear toda síntoma o sospecha de posible contaminación (...) que termina por perfilar una configuración sistemática muy poco coherente, en un juego de llenos y vacíos en el que la respuesta penal a menudo se declina sobre la alternativa paradójica «*all or nothing*» - o corrupción o irrelevancia penal —, sin por lo tanto soluciones graduales en término de desvalor y sanciones» (MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1129).

²⁵² En este sentido, véase MANES, V.: «Corruzione...», cit., págs. 1126 y ss. Véanse también las consideraciones de MONGILLO, V.: «La legge...», cit., *passim*. En

damente puesto de manifiesto el diferente enfoque que se quiere centrar en la tipificación de la corrupción sobre el «abuso de la *carriera*» en lugar que sobre el «abuso de los poderes y de las funciones», haciendo hincapié en como el legislador se haya dejado guiar por exigencias pedagógicas o comunicativas más que por un atento análisis político-criminal e incluso dogmático²⁵³. La principal finalidad, se ha dicho, ha sido transmitir un mensaje: que «los particulares no deben dar (o prometer) dinero (u otra utilidad) a los agentes públicos (...), a menos que demuestren que han sido literalmente constreñidos»²⁵⁴.

Y el resultado repercute evidentemente sobre la lesividad del delito que se aparta cada vez más de bienes jurídicos «aprehensibles» y se orienta hacia la protección de la «imagen de incorruptibilidad de la Administración pública» y «la ausencia de toda sombra o toda sospecha de contaminación (...) según un preciso diseño de ‘moralización’ y de pedagogía de la sociedad»²⁵⁵. Casi como si, ampliando desmesuradamente el espectro de conductas subsumibles en los tipos penales, los legisladores hayan pretendido proteger un único interés: el suyo propio que se cifraría en demostrar a la ciudadanía su compromiso (por lo menos formal) en la lucha contra lo que es percibido como un mal endémico²⁵⁶.

sentido contrario, véase VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre 2012...», cit., pág. 18 quien defiende que el legislador habría formulado una disciplina orgánica tendente a la valorización de las normas constitucionales sobre la «imparcialidad, buen andamento de la pública administración y legalidad de su acción».

²⁵³ MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1132. Véase también CINGARI, F.: «Sull’ennesima...», cit., pág. 2.

²⁵⁴ Así PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 214.

²⁵⁵ MANES, V.: «Corruzione...», cit., págs. 1132 a 1133.

²⁵⁶ Véanse, entre muchos, PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 204; DE CARO, A.: «La legge c.d. spazzacorrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l’attuale politica criminale, i Principi costituzionali e le regole del giusto processo», en *Processo penale e giustizia*, n. 2, 2019, pág. 284 quien, con referencia a la reforma penal de 2019, observa como se haya querido «dar mayor espacio a las ‘instancias sociales’ de rigidez en la lucha contra la corrupción (...), antes que razonar según perspectivas meditadas de la cultura y de la técnica: pero es muy peligroso conceder demasiado espacio a las instancias sociales que, a veces, querrían ‘de modo no razonable’ tirar la llave de la prisión o someter los malhechores a la guillotina. Perspectivas que ciertamente no entusiasman en una democracia real». Véase también MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 4 quien subraya como en realidad todas las reformas del Estatuto penal de la Admini-

En esta óptica, las intervenciones legislativas parecen poderse explicar solo partiendo de reconstrucciones del bien jurídico que habían sido objeto de crítica por parte de la doctrina mayoritaria precisamente por su escasa capacidad de desempeñar cualquier tipo de función limitadora (o, si se prefiere, orientadora) de la discrecionalidad punitiva del legislador bien por su amplitud o vaguedad, bien por su tautología, bien por ambas: a fin de cuentas, si se pretende vender a la opinión pública una lucha sin cuartel contra el enriquecimiento injusto de los (privilegiados) funcionarios públicos²⁵⁷, parece que lo único que queda es el recurso a la «venalidad»²⁵⁸ que desemboca en la prohibición de cualquier contacto («venal») entre funcionario y particular.

3.5.1. *El cohecho de facilitación*

Ha llamado especialmente la atención de la doctrina la técnica utilizada a la hora de obliterar legalmente la tendencia jurisprudencial a sancionar como corrupción el supuesto de facilitación en el que, como ya se dijo, no se trata de un precio a cambio de un acto, sino de la puesta a disposición de la función²⁵⁹.

stración pública realizadas en este nuevo milenio hayan resultado marcadas por una tendencia hacia la «búsqueda de inmunización contra vicios aparentemente insanables» que ha tenido como resultado «la transfiguración del Estatuto penal de la Administración pública en un subsistema caracterizado por amplias excepciones a los principios generales, inspirado a lógicas de extrema disuasión y máxima eficiencia de la maquinaria punitiva».

²⁵⁷ Y, conviene que nos entendamos: «injusto» tiende a ser – por lo menos, *iuris tantum* - todo enriquecimiento «del otro» toda vez que no es también «mio» y desde luego mucho peor si el «otro» es «político» y no ha hecho compatible su enriquecimiento con el «mío» (y no deja de resultar especialmente eficaz la descripción de BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 28 quien habla de «doblepesismo»).

²⁵⁸ Véase BENUSSI, C.: *I delitti contro la pubblica amministrazione, Tomo I, I delitti dei pubblici ufficiali*, 2ª edición, CEDAM, Padova, 2013, pág. 592 quien considera que la reconstrucción del bien jurídico que pivota sobre la «no venalidad» es perfectamente adaptable al contexto normativo posterior a la reforma del año 2012.

²⁵⁹ Véanse ARDENGHI, C. A.: «Corruzione...», cit., pág. 150, con referencias jurisprudenciales; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 262 a 263; CONSULICH, F.: «Così è (se vi pare)», en *Sistema penale*, 2020, pág. 2 con interesantes considera-

Y si, antes del año 2012, el artículo 318 Código penal italiano tipificaba el hecho de:

«El público oficial que, por/para realizar un acto de su oficio, recibe, para sí o para un tercero, en dinero u otra utilidad, una retribución que no le es debida o acepta su promesa, es penado con la reclusión de seis meses a tres años. Si el público oficial recibe la retribución por un acto por él ya realizado, la pena es de reclusión hasta un año»,

en ese año, el legislador decidió incorporar la sanción del cohecho de facilitación, modificando la norma que, después de la reforma, rezaba:

«El público oficial que, para/por²⁶⁰ el ejercicio de sus funciones o de sus poderes, indebidamente recibe, para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o acepta su promesa es penado con la reclusión de uno a cinco años»

Y las cosas han empeorado cuando, en el año 2015, se ha aumentado el máximo de la pena a seis años y, en el año 2019, se ha elevado la privación de libertad a un mínimo de tres años y un máximo de ocho años.

Al neto de los problemas interpretativos de la nueva norma²⁶¹, llama sin duda la atención la unificación en una única horquilla penalológica de supuestos que parecen marcados por un desvalor muy diferente²⁶²: la corrupción impropia (según la doctrina mayoritaria, la norma abarcaría tanto la vertiente antecedente como la subsiguiente²⁶³) y el cohecho de facilitación se agrupan en un único precepto

ciones acerca de la problemática inherente a la creación jurisprudencial de tipos penales «paralelos» respecto de los legales.

²⁶⁰ El italiano *per* traduce ambas preposiciones.

²⁶¹ Véanse PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 291 y ss. y, en sentido muy crítico, LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 254 a 256.

²⁶² Véase, entre muchos, BENUSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 266 quien protesta una violación del principio de proporcionalidad, recordando que la norma además, no diferencia entre corrupción antecedente y subsiguiente. Críticos también LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 250; CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 12; PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3397; INFANTE, E.: «Corruzione...», cit., pág. 223 que, por esa razón excluye la punibilidad de la corrupción impropia subsiguiente.

²⁶³ Aunque conviene advertir que no ha faltado quien, al contrario, ha defendido que el nuevo precepto no sanciona hipótesis de corrupción impropia subsiguiente (entendiendo que, en este caso, «*per*» equivale al español «para»). En este

que sirve hoy como tipo base²⁶⁴ de corrupción, pero también como tipo residual que aspira indudablemente a «barrer» todo tipo de comportamiento «sensible», encomendando su sanción a una especie de «*catch-all provision*»²⁶⁵.

Incluso olvidando por un momento los casos de corrupción impropia y limitando la observación a la corrupción de facilitación, se ha puesto el acento sobre «el riesgo (...) de atraer en la severa horquilla sancionadora (...) no solo las graves hipótesis referibles a quien pone a disposición (no ya actos individualizados) entera y sistemáticamente la función desempeñada (...) sino también hipótesis bagatelares y *trivial cases*, o comportamientos moral y disciplinariamente censura-

último sentido, INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 183 y ss.; INFANTE, E.: «Corruzione...», cit., págs. 220 y ss. Sobre la cuestión, se remite a FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., págs. 110 y ss. con una opinión que aquí parece tener que preferirse. En el mismo sentido, PULITANÓ, D.: «La novella...», cit., págs. 7 a 8; BENUSSI, C.: *I delitti...*, cit., 2ª edición, pág. 653; PADOVANI, T.: «La messa...», cit., pág. IX; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 20 (de la *addenda*); PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 209 quien además subraya como la nueva norma, en combinación con el artículo 321 del Código penal, implique como novedad la sanción de la corrupción activa impropia subsiguiente que, en cambio, antes de 2012, debía considerarse impune. En el mismo sentido, BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 264; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 19 (de la *addenda*); ARDENGHI, C. A.: «Corruzione...», cit., pág. 157; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 250 y 252 quien, sin embargo, excluye expresamente la relevancia penal de la corrupción subsiguiente cuando el cohecho es «de facilitación» (porque sustancialmente inverosímil) mientras que sí la admite cuando se trate de cohecho impropio. Crítico sobre la penalización de la corrupción activa impropia subsiguiente (que desciende de la lectura de la nueva norma combinada con los artículos 320 y 321 del Código), también SPENA, A.: «Chi lascia...», cit., pág. 1095.

²⁶⁴ Véanse, entre muchos, DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 158 y ARDENGHI, C. A.: «Corruzione...», cit., pág. 157; PADOVANI, T.: «La messa...», cit., pág. X.

²⁶⁵ Así MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1139. Véanse también BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 263; DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 158 quien observa como le tocará al juez graduar la sanción de acuerdo con la gravedad del hecho, ya que la norma se refiere a supuestos de hecho «indudablemente marcados por un desvalor no homogéneo»; MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 242. Aunque, en sentido contrario, parece opinar VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre...», cit., págs. 23 y 24.

bles, con un evidente efecto de ‘sobre-extensión’ (*over-breadth*) del tipo penal»²⁶⁶.

En una óptica *de iure condendo*, no habían faltado sugerentes propuestas que, reconocida la preocupante incidencia de situaciones de *asservimento* (o, si se prefiere, puesta al servicio) de la función pública a intereses particulares, habían planteado la introducción de un tipo penal (sumado a, y no sustitutivo de los ya existentes) que balanceara la pérdida de determinación implícita en la desaparición del acto del cargo del dolo específico, con la mención expresa de aquellos índices que comúnmente se asocian al cohecho de facilitación: destaca, en particular, la referencia a la continuidad en el tiempo y relativa estabilidad de la relación de *asservimento* (que se sustancia en una pluralidad de pactos remunerativos o incluso en una pluralidad de remuneraciones en el marco de un mismo diseño criminal). Semejante conversión de la corrupción de facilitación en un «delito habitual propio»²⁶⁷, habría permitido dirigir la atención del intérprete de forma inequívoca hacia comportamientos penalmente merecedores de atención cuando a un lado aquellas conductas aisladas que, si individualmente consideradas, resultan «del todo inofensivas»²⁶⁸.

²⁶⁶ MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1139. Véase también SPENA, A.: «‘Chi lascia...», cit., pág. 1096. Sobre la ambigüedad de la norma volveremos en el apartado 5.5.4.

²⁶⁷ Así SPENA, A.: «‘Chi lascia...», cit., pág. 1096.

²⁶⁸ Así SPENA, A.: «‘Chi lascia...», cit., pág. 1096. En términos parecido, PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 218 quien defiende que el nuevo artículo 318 debería limitar su alcance al supuesto en el que se detecten relaciones continuadas en el tiempo entre sujeto público y particulares en las que efectivamente exista una «puesta al servicio» de particulares de la función pública. En sentido crítico, se observa que la norma prescinde de cualquier tipo de referencia a la habitualidad de la conducta e incluye la relevancia penal de la mera promesa. Y, en opinión de este autor, tiene sentido hablar de promesa solo si la misma va ligada a la realización de un acto individualizado, ya que la realidad criminológica demuestra que, en las hipótesis de corrupción por puesta al servicio de la función, se trata no de promesas sino de daciones de dinero o de utilidades. Véase también CINGARI, F.: «Sull’ennesima...», cit., págs. 13 a 14 quien aboga para la creación de un tipo penal *ad hoc* en el que se plasmen aquellos «elementos que permiten seleccionar la compraventa de funciones o *cali* habituales, continuativas, duraderas y realizadas en vista de una finalidad criminal suficientemente determinada».

Faltando en la norma hoy vigente todo tipo de referencia expresa a dichos índices, una vez advertido el peligro consustancial al condicionamiento de la amplitud del tipo penal a la extensión que la jurisprudencia quiera reconocer al adverbio «indebidamente», se ha señalado que la (nueva) prohibición parece responder a planteamientos más propios de un Derecho penal de autor porque su consumación se halla desligada de ambos los momentos que habíamos señalado como centrales para situar el menoscabo (lesión o peligro que sea) del bien jurídico: aquí ni hay acuerdo que tenga como objeto un acto ni tampoco se realiza acto alguno. Lo único que queda, es la «actitud» del sujeto público que se muestra proclive al clientelismo²⁶⁹.

Dicho ello, incluso la doctrina más crítica, reconociendo la importancia de la función hermenéutica de la jurisprudencia, en un ejercicio que, prescindiendo de la voluntad moralista del legislador, ponga en valor elementos típicos que coloquen la norma dentro de un esquema aprehensible. Así, a diferencia de lo que acontece en España, debe recordarse que, en Italia, incluso la corrupción de facilitación se regula poniendo en relación sinalagmática²⁷⁰ la remuneración con la función o los poderes (*per l'esercizio delle funzioni o poteri*) que, como se ha señalado, deben entenderse en sentido jurídico que no naturalístico²⁷¹, tanto finalístico como causal²⁷².

²⁶⁹ Así MANES, [redacted] «Corruzione...», cit., págs. 1139 a 1140 quien sugiere que no nos hallamos **hacia** una norma que pretende sancionar al cohecho de facilitación, sino a la «corrupción innominada» o «corrupción atípica». Véanse también las consideraciones de LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 255 quien observa que la «menor eficacia [lit. «pregnanza»] semántica de la noción *esercizio de las funciones o de los poderes* respecto al *acto*, convierte, en efecto, en concreta la posibilidad que el estigma penal – toda vez que la conducta se consume en la promesa y fuera de los casos en los que la *puesta a disposición* contemple el cumplimiento de actos contrarios – en lugar que dirigirse a un *hecho*, se repliegue hacia la mera *intención* de las partes. (...) El acto», añade el autor, «en dichas circunstancias, desempeñaba (y desempeña todavía en la corrupción propia) una función esencial de dar *cuero* a la *mente* corruptiva (es decir, al acuerdo), convirtiéndola en algo perceptible *ad extra*. El paso del acto a la función genera, por lo tanto, bajo este perfil, una radical criticidad».

²⁷⁰ Entre muchos, véase PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 297 y SPENA, A.: «Chi lascia...», cit., pág. 1093.

²⁷¹ Véase PICOTTI, L.: «L'evoluzione...», cit., pág. 150.

²⁷² ARDENGHI, C. A.: «Corruzione...», cit., págs. 158 a 159.

Y, una vez enfatizada la presencia (aquí también) de un *do ut des*, no ha faltado quien ha abogado por la necesidad de proceder, en el momento aplicativo, a una concreción no solo de la remuneración sino también de las funciones o poderes que se compran, concreción que bien podría desembocar en la exigencia de individualizar concretos actos del cargo²⁷³.

De todas formas, para mantener la debida distancia de lecturas apresuradas de la innovación legislativa, debe compartirse que la tipificación del cohecho de facilitación en Italia no ha supuesto un claro abandono del modelo de la corrupción entendida como compraventa, ya que el dato textual del actual artículo 318 del Código penal italiano se coloca en un plano distinto respecto de expresiones como «en relación con las funciones» o incluso «a causa de las funciones» o también «en consideración a la función»²⁷⁴.

3.5.2. *La inducción indebida a dar o prometer*

Como ya hemos dicho, la otra novedad de la reforma del año 2012 (relevante para nuestros efectos) ha sido la migración de determinados comportamientos previamente calificables como concusión al ámbito de la corrupción. Antes de la entrada en vigor de la reforma «Severino», el artículo 317 del Código penal sancionaba como concusión el supuesto en el que

«El público oficial o el encargado de un público servicio²⁷⁵ que, abusando de su **calific** de sus poderes, obliga o induce a alguien a dar o

²⁷³ Véase ARDENGI, C. A.: «Corruzione...», cit., pág. 158 quien defiende que, si se procediera de forma distinta, se terminaría por «atraer en el área de lo penalmente ilícito a conductas o promesas (...) sin relación causal con el ejercicio de la función por parte del *intraeus*», lo que supondría una «violación del principio de tipicidad».

²⁷⁴ Véase, en estos términos, PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., págs. 208 a 209 y 219 donde el autor, al igual que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia española, aboga para la exclusión en Italia también de la relevancia penal de las dádivas entregadas por amistad, generosidad y pone el acento sobre la necesidad de que exista cierta relación entre las competencias del sujeto público y la actividad del particular.

²⁷⁵ La referencia al encargado de un público servicio había sido introducida por medio de la Ley n. 86 de 26 de abril de 1990.

prometer indebidamente a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, es penado con la reclusión de cuatro a doce años».

A partir de 2012, las conductas relacionadas con la inducción miraban a un nuevo tipo penal (artículo 319-*quater*) que se ubicaba entre las normas que sancionaban a la corrupción y rezaba

«1. Salvo que el hecho constituya un delito más grave, el público oficial o el encargado de público servicio que, abusando de su **calificación** de sus poderes, induzca a alguien a dar o prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad es penado con la reclusión de tres a ocho años.

2. En los casos previstos por el apartado primero, quien da o promete dinero u otra utilidad es castigado con la reclusión de hasta tres años».

El artículo 317 quedaba entonces reducido a

«El público oficial que, abusando de su **calificación** de sus poderes, constriñe a alguien a dar o a prometer indebidamente a él o a un tercero dinero u otra utilidad es castigado con la reclusión de seis a doce años».

En el año 2015, entre los sujetos activos de concusión, se añadían los «encargados de un público servicio»²⁷⁶, mientras que, en el caso de la inducción indebida a dar o prometer, la pena se aumentaba hasta estar comprendida en una horquilla que va desde los seis hasta los diez años y seis meses. Y la modificación es reveladora, ya que convierte el nuevo delito tipificado por el artículo 319-*quater* en el más grave supuesto de corrupción punible (más que la corrupción propia antecedente cuya pena, hoy en día, va desde un mínimo de seis hasta un máximo de diez años)²⁷⁷.

Prima facie, la mayor sanción del *intraneus* y la diferencia de pena con el *extraneus* parecen responder a un enriquecimiento de la

²⁷⁶ Respondiendo así a aquella parte de la doctrina que había denunciado que suponía una evidente incoherencia alargar el abanico de sujetos activos de la menos grave hipótesis de inducción a dar o prometer a los encargados de un público servicio y limitar a los públicos oficiales el más grave delito de concusión (así, por ejemplo, VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre...», cit., pág. 22).

²⁷⁷ Hemos aquí prescindido de los supuestos agravados y de la corrupción en actos judiciales (artículo 319-*ter*). Sobre la entidad de la sanción en una perspectiva sistemática, véanse las consideraciones de PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., pág. 231.

objetividad jurídica del delito que, respecto de las demás hipótesis del corrupción, incorpora cierto prevalimiento (abuso) que implica el menoscabo de la libre formación de la voluntad del particular (inducido)²⁷⁸. Y, quien provoca dicho menoscabo, es merecedor de un reproche ulterior respecto a quien se limita a solicitar²⁷⁹; por su parte, quien accede porque inducido mediante abuso y, por tanto, de forma no completamente «libre», recibe un reproche menor del que merece quien accede libremente (corrupción) pero mayor del que corresponde a quien accede porque «constreñido»²⁸⁰.

²⁷⁸ Aunque véase SPENA, A.: «Induzione...», cit., pág. 206 quien argumenta que el particular ya no es aquí víctima, sino «corresponsable» (por decirlo con el autor, «*correoinducido*»).

²⁷⁹ En estos términos, VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre...», cit., págs. 22 y 23.

²⁸⁰ Como se ha dicho, aquí el *extraneus etiam coactus, tamen voluit*. Sobre este punto, véase DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 162. En sentido crítico, véase PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 214 quien sustancialmente defiende que, anclar la diferencia entre inducir y constreñir al grado de reducción de la libertad de autodeterminación del particular es un error, ya que, en la práctica, dicha diferenciación no existe. De la misma idea parece VALENTINI, V.: «La controriforma...», cit., págs. 359 a 360 quien considera que, así procediendo, se corre el riesgo de sancionar a las víctimas. Crítico también (por motivos similares) MANNA, A.: «I delitti...», cit., págs. 170 a 171. En sentido parcialmente contrario, véanse las dudas que sobre la cuestión arroja PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., págs. 3394 a 3395. Este mismo autor (*Idem*: «Concussione...», cit., pág. 230) había observado que la sanción del *extraneus* inducido parece transmitir una invitación a la resistencia del particular, descargando sobre él la tarea de impedir el pacto corrupto. Y (*Idem*: «Gli effetti...», cit., pág. 20), profundizando en su argumento, hace pivotar la exégesis de la nueva norma sobre esta «obligación de resistencia» del *extraneus* lo que, en su opinión, aleja el ámbito típico de la inducción a dar o prometer del que es propio de la corrupción. Afirma Palazzo que «el nuevo delito (...) pretende expresar un mensaje sociocultural de acuerdo con el cual le incumbe ante todo al ciudadano repeler los ataques del público agente, porque su integridad es la mejor garantía para la integridad también de los públicos agentes; y, en el fondo, es interés general de todos erradicar el fenómeno corruptivo». La observación hace *pendant* con la indiscutible crítica a todo tipo de Derecho penal que, en lugar que predisponerse a tutelar bienes jurídicos, se utiliza como herramienta promotora de comportamientos individuales considerados virtuosos (así, MANNA, A.: «I delitti...», cit., pág. 171). Aunque la anotación político-criminal extralimite el objeto de este trabajo, quizás no sobre observar que la idea con la que el legislador penal español se aproxima (desde un punto de vista político criminal) a la «lucha contra la corrupción» parece por lo menos acercarse a esta forma de entender el papel del *extraneus* (y, en este sentido, véase MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch,

Así procediendo, el legislador ha recibido aquellas instancias de la doctrina que habían criticado que se castigara de forma más leve (antes de 2015) a quien «inducía abusando de su función» respecto de quien «solicitaba retribución a cambio de un acto contrario a los deberes» (sin producir menoscabo alguno en la libre formación de la voluntad del particular)²⁸¹ pero ha definitivamente asumido como punto central del reproche la actitud anímica de los intervinientes, relegando a un segundo plano al acto del cargo que aquí (inducción a dar o prometer) brilla por su ausencia²⁸².

De hecho, la doctrina más atenta ha observado que el deslizamiento del supuesto de inducción con abuso al ámbito de la corrupción (procedente de la concusión) no se ha acompañado de la inclusión en el tipo penal abstracto de la exigencia de una contrapartida del dinero o la otra utilidad (es decir, el acto del cargo)²⁸³: mientras que, en el caso de la corrupción propia, el pacto objeto de reproche tiene como objeto la realización de un acto contrario a los deberes, en el caso de inducción para dar o prometer, nada se dice respecto de la actuación remunerada, cuya naturaleza, entidad y, por tanto, gravedad, parece quedar fuera del ámbito típico. El esquema punitivo, en suma, ha basculado hacia la idea de que no deben remunerarse los sujetos públicos sin más, con una clara deriva hacia el Derecho penal de autor²⁸⁴.

Así las cosas, no sorprende demasiado que la jurisprudencia, a la hora de acotar el ámbito aplicativo del artículo 319-*quater*, haya señalado la importancia del antiguo criterio de acuerdo con el cual comete inducción indebida el particular que *certat de lucro captan-*

Valencia, 2019, pág. 913). Como colofón, no sobra remitir ahora a la sugerente solución que se ha planteado en el plano exegético y que sustancialmente añade en vía interpretativa el requisito de la persecución de un beneficio indebido por parte del *extraneus* inducido (véase FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., págs. 135 a 137 quienes, de todas formas, reconocen que la conversión del *extraneus* en victimario responde a un «cambio cultural»).

²⁸¹ Véase VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre...», cit., pág. 23; DOLCINI, E.: «La legge...», cit., pág. 163; PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., págs. 205 y ss.; MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 233 y 273; PULITANÓ, D.: «La novela...», cit., págs. 10 a 11; PADOVANI, T.: «La messa...», cit., pág. XI.

²⁸² Véase, entre otros, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 55.

²⁸³ Véase MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1140.

²⁸⁴ PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 214.

do con evidente referencia al anclaje del reproche del *extraneus* a la persecución de una ventaja injusta²⁸⁵ y que además funcionaría como criterio privilegiado para distinguir la inducción indebida de la concusión por constricción en la que, en cambio, el particular *certat de damno vitando*²⁸⁶. La contrariedad a los deberes de la actuación remunerada vuelve así (por medio de la jurisprudencia) a desempeñar cierto papel a la hora de graduar el desvalor del injusto típico: cuando el particular da o promete para evitar la realización de un acto injusto (o, lo que es lo mismo, para que no se omita un acto debido) que le perjudique (concusión) es impune²⁸⁷; cuando, en cambio, da o promete para que se realice un acto injusto que le beneficie, es sancionado.

285 Ponen en valor este criterio para legitimar la tipificación de la inducción indebida FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., págs. 137 a 138 quienes explican que «no puede dudarse que el sujeto inducido merezca una reprobación toda vez que el impulso de su dádiva o promesa sea su ventaja particular».

286 En este sentido, *Cassazione Sezioni Unite* de 24 de octubre de 2013 (Maldera). Sobre este punto, véase FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., pág. 141 quienes subrayan el principio general del ordenamiento jurídico de acuerdo con el cual «el sujeto que sufra solo un daño y que actúe con el solo fin de evitarlo, por definición no realiza un ilícito, sino más bien es víctima de uno». Véase también PICOTTI, L.: «L'evoluzione...», cit., pág. 148 quien subraya como la construcción hermenéutica de la Cassazione sea *praeter legem*. Sobre la utilización de un criterio «economicista» (en contraposición a uno moralista-psicológico), véanse las sugerentes consideraciones de PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., págs. 3395 a 3396 quien explica y justifica la adopción de un criterio, en cierta medida, híbrido por parte de la jurisprudencia, observando que, quien aborde la corrupción con un enfoque más bien «moralista» tenderá a ver en la conducta del particular que da, algo, *como* muchas formas, reprochable; quien, al contrario, mire a la vicisitud corruptiva *como* un ojo «economicista», probablemente dará mayor peso a la «injusticia» o «justicia» de la «ventaja conseguida» o de la «desventaja evitada», trazando cierto paralelismo entre esas dicotomías y aquella otra que gradúa la sanción teniendo presente la paridad entre *intraneus* y *extraneus*. Véase también VIGANÒ, F.: «I delitti...», cit., págs. 12 a 13 quien *más* reseña criterios supletorios que la Corte sugiere aplicar a los supuestos *más* «border line».

287 Véase, por ejemplo, SPENA, A.: «Induzione...», cit., pág. 210. En estos casos, según algunos autores, seguiría existiendo cierto margen para la concusión ambiental que se verificaría en un «contexto en el que un *iter* administrativo, que interesa a un particular, se bloquea por un largo periodo, mientras otros análogos llegan a su fin. A este punto, después de meses de espera, y sin la necesidad de que el público agente responsable del procedimiento le haya dicho nada al respecto, el particular entendiende la antífona y, por tanto, es inducido mediante

En doctrina, también se ha llamado la atención sobre el peligro consustancial a un tipo penal demasiado «elástico» que pivota sobre una conducta (la inducción connotada por un «abuso») de difícil acotación. A este respecto, aparte de rechazar interpretaciones extensivas que terminen absorbiendo toda solicitud realizada por quien posea una calidad pública en la inducción con abuso de la función²⁸⁸, incluso en la jurisprudencia, se ha puesto el acento sobre la necesidad de que la petición tenga un «carácter perentorio y ultimativo»²⁸⁹, que resulte «reiterada e insistente» y que condicione *in concreto* la conducta del inducido, a la vista de una ventaja injusta para el *extraneus* (relacionada con el abuso de cualidades y poderes) que es, en definitiva, lo que le empuja a aceptar la «distorsión de la pública función y la parcial compresión de su libertad»²⁹⁰.

En el mismo sentido, se ha puesto el acento sobre la necesidad de que exista una relación causal entre el abuso y la conducta del *extraneus* que, entre otras cosas, excluiría la relevancia penal de aquellas dádivas que el particular ya estuviera determinado a dar u prometer antes de recibir la «inducción con abuso»; de lo anterior, también desciende la necesidad de que el funcionario público haya prospectado al particular una ventaja y que dicha prospección (y no la búsqueda de la ventaja libremente escogida por parte del particular que integraría el supuesto clásico de corrupción) haya sido determinante²⁹¹.

omisión a dar o prometer dinero u otra utilidad para que el *iter* administrativo que le interesa se desbloquee» (así PLANTAMURA, V.: «La progettata...», cit., pág. 216).

²⁸⁸ En este sentido, MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1140.

²⁸⁹ Véase la ya citada sentencia de Cas...ne *Sezioni Unite* de 24 de octubre de 2013 (Maldera).

²⁹⁰ Véase MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1151.

²⁹¹ Véase GATTA, G. L.: «La sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso Maroni (Malangone/Expo S.p.A.): esclusa l'induzione indebita», en *Diritto penale contemporaneo*, 12, 2017 y MANES, V.: «Corruzione...», cit., pág. 1152.

4. EL DEBATE EN ESPAÑA

4.1. PREMISAS: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL TÍTULO

Como la misma doctrina española ha subrayado, tradicionalmente, los penalistas de este país han preferido dirigir su atención hacia lugares de la parte especial distintos a los delitos de cohecho²⁹².

Por otra parte, si es realmente complicado localizar en una biblioteca universitaria española un estudio monográfico dedicado enteramente al delito *de quo* publicado antes de los años 90 del siglo pasado, sí pueden contarse diversos comentarios que se han ocupado del Título del Código penal que comprendía o comprende el delito de cohecho.

Reconocida la función sistemática del bien jurídico²⁹³, más o menos profundamente, estos análisis han insistido en la identificación del criterio seguido por el legislador a la hora de agrupar bajo una misma rúbrica diversos tipos penales, entre los cuales se halla el cohecho. La atención de la doctrina, en otras palabras, parece haber sido absorbida por cuestiones inherentes al objeto de tutela del Título del Código penal, con cierta tendencia a trasladar las conclusiones alcanzadas al examinar el conjunto de los delitos contra la Administración pública a los tipos individualmente considerados (y, por ende, al cohecho)²⁹⁴. Y es así entonces que, a la hora de reconstruir el estado de la cuestión en materia de bien jurídico, muchos de los estudios monográficos de-

²⁹² Se ha hablado de «desierto doctrinal» (así literalmente, VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario público: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996). En el mismo sentido, apunta a un escaso interés de la doctrina para el estudio de los delitos de los funcionarios en general CASABÓ RUIZ, J. R.: «Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en *Escritos Penales*, 1979, pág. 177.

²⁹³ Véase DELGADO GIL, A.: «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2009, págs. 357 y ss.

²⁹⁴ Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 41.

dicados al cohecho elaborados por juristas españoles suelen empezar su recorrido refiriendo posiciones mantenidas por autores cuya especulación se ha dirigido, en general, hacia la lesividad de los delitos de los funcionarios públicos²⁹⁵.

En este marco, el *Leitmotiv* se ha cifrado en la enfatización del papel que desempeñaría la rúbrica del Título del Código penal (actualmente el XIX) en la identificación del bien jurídico protegido por los delitos ubicados en su interior. Así que no extraña la importancia que se ha atribuido al cambio obrado por el legislador de 1995: el Título del Código penal en el que se inserta el ilícito del que ahora nos ocupamos, en efecto, pasaba a ser «delitos contra la Administración pública» (frente al anterior «de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo»). Con ello, se afirma comúnmente, el legislador

«recoge claramente la evolución doctrinal sobre el contenido de estos delitos, permitiendo huir de la concepción que los reduce a meras infracciones de las obligaciones de los funcionarios para con la Administración. No interesan las relaciones internas que se establezcan en ella, su estructuración orgánica y la vinculación del funcionario con la institución, sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige su acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan el correcto funcionamiento de la Administración y, sin duda, desde la consideración democrática y social del Estado al que sirva su aspecto prestacional»²⁹⁶.

²⁹⁵ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., págs. 25 a 41.

²⁹⁶ ASÍ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 17, 2006, pág. 100. En términos parecidos, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., págs. 35 a 41; ACALE SÁNCHEZ, M.: «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*, Comares, Granada, 2017, págs. 17 a 18; COMES RAGA, I.: *Delito de cohecho pasivo propio antecedente*, Juruá, Oporto, 2019, pág. 47. Véase también, ampliamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal», en *Diario La Ley*, 1996 (consultado en versión electrónica) quien, sin embargo, opina que «siendo criticable la anterior [rúbrica] del Título VII (y debiéndose modificar), era preferible a la actual, que no permite lo que aquella consentía: descubrir como objeto genérico de la tutela penal aquí deparada a las ‘funciones públicas’». En contra de la opinión mayoritaria, el autor defiende que la referencia a la Administración pública (con la «A» mayúscula), que termina necesariamente contraponiéndose a la Administración de justicia, apunta hacia un objeto

Antes de proceder a recapitular, con la obligada brevedad, algunas consideraciones respecto de dicho cambio, parece necesario aclarar que, en el marco de este trabajo, la individualización, si es que existe, del bien jurídico protegido por todos los delitos contra la Administración pública en el marco del Código penal español, sencillamente, no interesa²⁹⁷. Sin desconocer la importancia de contribuciones de autores que han insistido sobre aspectos más generales, lo que se pretende ahora es, más modestamente, reconstruir el estado de la cuestión, en el debate doctrinal español, sobre la objetividad jurídica específica del delito de cohecho²⁹⁸.

Ad abundantiam, en opinión de quien escribe, la rúbrica del Título, de por sí (y especialmente en el caso que nos interesa), no permite deducir guías precisas a lo largo de las cuales andar el camino que lleva a la acotación del bien jurídico protegido por los ilícitos en él contenidos²⁹⁹. Y, en efecto, (podría decirse... «para muestra de un bostón») el cambio supuesto por la entrada en vigor del Código penal de 1995 no ha resuelto ni mucho menos la cuestión que nos atañe que,

de tutela que se identifica más con la integridad del «conjunto de organismos encargados de cumplir esta función de administrar y no la función misma de ‘administración’» sugiriendo sin duda un enfoque más bien estático. Y, de hecho, de cara a la acotación del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación (que es lo que interesa al autor), reconoce que «la rúbrica del Título XIX del Libro II (...) no arroja más que una luz engañosa, que la hace prescindible».

²⁹⁷ Se remite a VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, págs. 51 y ss.

²⁹⁸ Véase SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Cohecho» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR.), MANJÓN-CABEZA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORDS.): *Tratado de Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 381 quien considera que «el debate sobre el bien jurídico protegido no debe mezclarse con el de la ubicación sistemática de los tipos penales» puesto que «el legislador, una vez tomada la decisión de tipificar penalmente una conducta, es libérrimo para establecer criterios de sistematización no vinculados con el bien jurídico, cualidad del sujeto activo o el del ámbito de actividad preponderante en que se produzca la fenomenología criminal a sancionar etc. — y de ello no cabe concluir, más allá de valoraciones de corrección de técnica legislativa, ninguna consecuencia».

²⁹⁹ Véase, en este mismo sentido y con carácter general, entre muchos, ANGIÓN, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 12 y ss. (en particular, para los delitos contra la Administración pública, véase pág. 13). De la misma opinión, me parece OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación...», cit. También, aunque con argumentos que aquí no necesariamente se comparten en su integridad, DELGADO GIL, A.: «Sobre...», cit., págs. 362 a 363.

tanto ahora como antes, parece hallarse lejos de encontrar un consenso, siquiera mínimo, entre penalistas y jueces³⁰⁰. De la misma manera,

³⁰⁰ En este sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Sobre...», cit., pág. 366 y ss.; se remite a las discusiones y las posturas concretas a las que se refiere VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 117 y ss. El mismo autor observa que «la necesaria modificación de la rúbrica del Título VII del Código penal de 1973 («de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos») por el actual del Título XIX («Delitos contra la Administración pública») no ha supuesto una mejora significativa en la titulación de este grupo de delitos (...)», ya que «la problemática de estos ilícitos no se resuelve con un mero cambio de rúbrica, un quitar de aquí esta figura y ponerla allá o con simples variaciones de matiz de alguno de los delitos». Sigue el jurista afirmando que «de nada serviría aventurar una nueva titulación si no va aunada a una minuciosa revisión de esos delitos» (*Ibidem*: págs. 198 a 199). La atención del intérprete, si entiendo correctamente, habría de fijarse, por lo tanto, sobre cada hipótesis delictiva así como actualmente tipificada. Para una crítica eficaz y muy contundente a la nueva rúbrica, véase también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. «Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en CEREZO MIR, J. ET ALT. (EDITORES), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, págs. 866 a 867. En términos parecidos, TORÍO LÓPEZ, A.: «Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales», en AA.VV. *Ensayos de Derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, Porrúa, México D.F.: 1985, págs. 424 y ss. (en particular, pág. 429, donde el autor afirma que «el abandono de la vieja denominación ‘delitos de los funcionarios’ y su sustitución por la de ‘delitos contra la función pública’ trata de evitar la referencia a un Derecho penal estamental o de clase, pero en nada modifica el contenido sustancial del grupo. Su situación base no experimenta transformación alguna con el cambio lingüístico. Por el contrario, se trata de un simple cambio de etiqueta, que deja intacta la cuestión de si los delitos clásicos de los funcionarios se presentan realmente como grupo de tipos penales constituido en atención a la infracción de deberes profesionales o a la lesión de un bien jurídico fundamentalmente unitario»). Véase también la opinión expresada por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Lección 1» en, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. ET ALT.: *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, 2016, pág. 11 en donde se afirma que la rúbrica «de los delitos contra la Administración pública» no hace referencia a un bien jurídico protegido por todos los delitos bajo ella recogidos, sino que se limita a agrupar ilícitos que tienen en común «la especial naturaleza del sujeto activo como criterio ordenador». Véase también ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 13 quien observa que sería necesario especificar qué es lo que se pretende tutelar de la Administración pública para que el título pueda mantener el valor interpretativo que muchos le atribuyen: así debería decirse «delitos contra la parcialidad de la Administración Pública» o «delitos contra el mal funcionamiento de la Administración pública»... Ahora bien, en

debe también admitirse que la rúbrica anterior a la reforma de 1995 no ha sido óbice para interpretar los delitos de los funcionarios públicos según paradigmas modernos y compatibles con los preceptos constitucionales³⁰¹.

Por otro lado, si, a toda costa, se quisiera reconocer una contribución del legislador en la evolución del debate en torno a la objetividad jurídica del delito de cohecho, debería admitirse que la misma tiene un contenido esencialmente negativo: la desaparición del Título de la referencia a los «deberes del cargo» puede leerse (y, normalmente, se lee) como un rechazo, *de iure condito*, de aquellas posturas tradicionales que, al igual que las mantenidas por autores italianos³⁰², habían insistido en proponer una reconstrucción del bien jurídico que se apoyara en la mera violación de deberes³⁰³. No obstante, el argumento anclado a la literalidad (de la rúbrica) podría resultar arrojadizo, ya que tiene su revés en la apuesta del legislador del año 2010 que, en un intento de mejora de la técnica legislativa (por cierto, saludado, por lo general, por *aplausos doctrinales*), reinsertaba la referencia a los

mi opinión, la referencia genérica a «Administración Pública» no aporta mucho pero tampoco resta nada: decir que, en los delitos incluidos en el título *de quo*, se tutela la Administración pública, sería lo mismo que argumentar que lesiones y homicidio tutelan el bien jurídico «persona humana». En este sentido, merecen quizás ser leídas críticamente (por lo menos, desde un punto de vista terminológico) las observaciones de CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*, Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., 2009, págs. 127 y ss.

³⁰¹ Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 143 quien afirma que «nada insuperable (...) impide que siga manteniéndose como hipótesis de trabajo que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el Título VII (...) es la función pública». Véase también *Idem*: «El delito de prevaricación...», cit. donde el autor confirma que la modificación de la rúbrica del Título en nada afecta a la acotación del bien jurídico de los delitos en él contenidos (con específica referencia al delito de prevaricación).

³⁰² Véase *supra* apartado 3.2.

³⁰³ En estos términos, aunque subrayando, en mi opinión, de forma excesiva, los efectos a atribuirse en vía interpretativa a la nueva rúbrica, REBOLLO VARGAS, R.: «Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II del Código penal español (Delitos contra la Administración pública)», en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (DIRS.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*», Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha - Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca-Salamanca, 2001, pág. 552.

«deberes del cargo» no ya en la rúbrica del Título, sino directamente en la descripción del objeto del dolo específico del delito de cohecho propio.

Aun así, quien quisiera marcar un antes y un después del año 1995 en los planteamientos doctrinales en materia de bien jurídico protegido por el delito *de quo*, quedará decepcionado al examinar aquellas posturas (posteriores) que, al igual que en Italia, de forma más o menos directa, siguen haciendo referencia a los deberes de la función como objeto de tutela. Y, honestamente, dicha continuidad no sorprende: el cambio de rúbrica en el Título no tiene que hacer perder de vista que la disciplina en materia de corrupción recogida en el Código penal español (incluso hoy) vigente no parece ni mucho menos revolucionaria en el marco de la tradición española y se coloca en una clara continuidad respecto de aquella dictada en 1944.

Si el cambio de rúbrica tiene una relevancia limitada, no puede decirse lo mismo del impacto sobre la exégesis de la legislación penal relacionada con la Administración pública (y, por ende, sobre nuestro delito), de la finalización del régimen franquista y de la entrada en vigor de la Constitución de 1978³⁰⁴. Y no ha de pasarse por alto la contribución de Octavio de Toledo (publicada en 1980) que, sin embargo, es dedicada no al cohecho sino a la «prevaricación del funcionario público»³⁰⁵. Convencido de que, «para determinar el bien jurídico protegido por la norma contenida en el artículo 358 del Código penal [entonces vigente], parece lo más correcto orientar la cuestión en primer término, desde el punto de vista sistemático, esto es, del Título en que está inscrito dicho artículo», el autor dedica buena parte de su análisis a confutar las tesis en aquel entonces mayoritarias que abogaban para una concepción eminentemente formal de los delitos

³⁰⁴ El propio **REBOLLO VAROAS, R.** («Notas...», cit., pág. 551 y *passim*) debe reconocer que lo que realmente ha de tenerse en cuenta a la hora de interpretar los preceptos contenidos en el Título, es la necesidad de orientar al intérprete «hacia los mandatos constitucionales»

³⁰⁵ La referencia va naturalmente a la monografía sobre «La prevaricación del funcionario público» ya repetidamente citada. Sobre la atención de la doctrina hacia la prevaricación, véanse las interesantes consideraciones de COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 28 y ss.

contenidos en el Título VII del Código penal español de 1944³⁰⁶. Utilizando sus palabras, puede decirse que la doctrina española,

«sobre el objeto de protección de los delitos contra la Administración pública, sustenta un concepto unitario de función pública; procede sintéticamente en la búsqueda de un bien jurídico común a todos esos delitos; como derivación produce fórmulas vagas y genéricas de tal objeto de protección que, sobre la indeterminación del bien jurídico que ello apareja, hace aparecer a todos los delitos contra la Administración pública como delitos de peligro y mantiene una configuración de tales delitos en torno a

³⁰⁶ El jurista menciona expresamente las posturas mantenidas por Groizard, según el cual «la sustancia primaria determinante de la configuración científica de esta clase de delitos es la desobediencia al Poder público, la rebelión contra sus órdenes, la violación de sus mandatos, el desprestigio de las leyes y de las autoridades» (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 218); por Antón y Jiménez de Asúa, según los cuales «para asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas, ha detallado el legislador las formas en que los funcionarios pueden faltar a sus específicos deberes» (*Ibidem*: pág. 219); por Castejón, para quien «en general los delitos de este Título son realizados a la vez contra lo dispuesto en la ley y contra la finalidad exigida al funcionario»; por López Rey que afirma que se trata de delitos «especialmente conexonados con la violación de las obligaciones del cargo que se ejerce»; por Jaso que opinaba que «lo que da unidad a estos delitos es la infracción del deber y solo en un segundo término, bien para establecer formas agravadas...o bien para configurar ciertas especies delictivas, el Código penal ha tomado en cuenta las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevan consigo»; por Ferrer que sostiene que se trata de delitos de atentado a la Administración pública; por Ortega que identifica los ilícitos *de quibus* como delitos contra la organización administrativa; por Quintano, según el cual el bien jurídico tutelado por el título VII es el servicio mismo, valor ideal de la cosa pública (según la fórmula francesa), la «pubblica amministrazione» (según la italiana) o simplemente el deber profesional (en la del código suizo); Márquez se referiría en cambio a la deslealtad o abuso del titular del oficio; por Puig Peña quien individualiza una nota común en todos estos delitos en la existencia de una «falta personal del funcionario»; por Muñoz Conde quien habla al respecto de «un vago quebrantamiento de deberes profesionales» o de la «pureza de la Administración pública»; por Cerezo quien observa que la finalidad de las normas es, al igual que en el derecho disciplinario, «la observancia de sus [de los funcionarios] deberes y el contribuir a la mejor organización del servicio pública»; y solo en parte por Rodríguez Devesa según el cual lo que hay en común entre todos los estos delitos es la infracción del «deber de servicio» pero también «un abuso de poder en relación con el bien jurídico lesionado» que sería distinto según cada delito que se quiera examinar.

la violación de los deberes de fidelidad, lealtad o servicio de los funcionarios respecto del Estado»³⁰⁷.

Poniendo el acento sobre la tendencia a identificar el objeto de protección con el deber del cargo, observa el autor que este planteamiento «ofrece una clara impronta de concepción totalitaria del delito, tanto por el carácter fundamentalmente subjetivo del deber que se destaca como único contenido de la antijuridicidad de los delitos de funcionarios, como porque expresa ideas de infidelidad o deslealtad hacia el Estado e indignificación de éste, cuanto, por último porque supone una completa desvirtuación del concepto de bien jurídico y de su función limitadora»³⁰⁸. Al contrario, según el jurista, para poder fundamentar la intervención del legislador penal, el «deber» ha de ser entendido como referido a la Administración pública, esto es, «el deber de ésta, y, por tanto, de las personas físicas que la componen (funcionarios) de servir a los que administran. Mas esto ya no es un deber en sentido técnico sino que se dibuja como el contenido esencial de la antijuridicidad de los tipos de referencia»³⁰⁹: el deber es relevante para el Derecho penal en tanto en cuanto su quebrantamiento suponga la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico merecedor de tutela³¹⁰, a menos que se diga que la infracción del deber radica en la misma afectación del objeto jurídico del delito (y que, entonces, el deber se considere como deber de no lesionar el bien jurídico protegido).

Ahora bien, la crítica del autor, que, *mutatis mutandis*, se ha convertido en *Leitmotiv* de todo texto que se aproxime a la objetividad jurídica del delito de corrupción, no presenta, a nuestros efectos, significativas diferencias respecto de aquellas observaciones que la propia doctrina italiana (citada por Octavio de Toledo) formulaba de cara las tesis «tradicionales» en materia de objeto jurídico del cohecho³¹¹. Y parece lógico: si se sostiene aquí que es bien jurídico protegido por todos los delitos contra la Administración pública (o de los

³⁰⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 237.

³⁰⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 237; en el mismo sentido, entre otros, REBOLLO VARGAS, R.: «Notas...», cit., págs. 552 a 553.

³⁰⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 243.

³¹⁰ En el mismo sentido, véase también BACIGALUPO, E.: «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, n. 37-40, 1983, pág. 386.

³¹¹ Véase *supra* apartado 3.2.1.

funcionarios...según el Código penal español de 1944) lo que (según hemos visto) los juristas italianos (no solo) pre-constitucionales identificaban con el objeto de protección en el delito de cohecho, no extraña que las críticas que se mueven a la postura general (en España) sean las mismas que interesaban a la particular (en Italia). Si se quisiera ahora poner a toda costa de manifiesto algunas diferencias, quizás pueda percibirse en la doctrina española (causa y, a su vez, fruto de la atención puesta en la modificación de la rúbrica del Título a la que ya hemos hecho referencia) el acento constantemente puesto en la diferenciación entre «deberes internos» y «deberes externos»: mientras los autores italianos insistían en subrayar la evanescencia e inconsistencia con el dictado constitucional de la protección de bienes jurídicos más o menos relacionados con el «prestigio» de la Administración, la doctrina española parece muy atenta a la hora de señalar la diferente aproximación que merece un Derecho penal orientado a proteger la relación Administración-funcionario de la que, en cambio, sugiere una legislación que utiliza su *extrema ratio* solo para evitar patologías inherentes a la relación Administración/funcionarios-Administrados/ciudadanos. Se trata naturalmente de matices que, como ya se ha adelantado, deben leerse *cum grano salis* (nadie duda que ambas perspectivas estuvieran presentes en autores de ambos países³¹²) pero que quizás guarden alguna relación con diferencias sustanciales entre doctrina española e italiana (mayoritarias) a la hora de entender el cohecho como tipo penal plurisubjetivo³¹³ y también a la hora de identificar al sujeto pasivo del delito³¹⁴.

³¹² Por ejemplo, véase LEOTTA, C. D.: «La corruzione...», cit., págs. 220 a 222.

³¹³ Diferencia esta que, a mi modo de ver, tiene un evidente reflejo en la legislación vigente: piénsese en la tipificación (en Italia) como delito autónomo de la instigación a la corrupción que más de un autor explica como necesaria toda vez que, lo que se pretende, es convertir en típica una tentativa (*sui generis*) unilateral en un delito pluripersonal (tentativa que debería considerarse impune si el legislador no dijera explícitamente lo contrario). Como veremos más adelante, esta diferencia tiene evidentes repercusiones a la hora de analizar desde un punto de vista penológico la protección que se acuerda al bien jurídico, resultando (en mi opinión) la solución italiana más coherente con el principio de proporcionalidad. Sobre esta cuestión, se remite a cuanto se dirá *infra* en el apartado 5.5.3.

³¹⁴ Véase, brevemente, *infra* el apartado 5.7.

Volviendo a Octavio de Toledo, queda por apuntar que el interés hacia su contribución no se agota en la parte crítica, sino que abarca también su propuesta. En primer lugar, el jurista insiste sobre la instrumentalización del Derecho penal para la protección de la Administración finalísticamente dirigida al servicio a la sociedad³¹⁵: en palabras del autor, la Administración pública que interesa al Derecho penal es la «servidora social» y no la «señora de la sociedad» puesto que nos encontramos ante ciudadanos y no súbditos. Así, concierne al derecho disciplinario (administrativo) la organización de la Administración, es decir

«que aquellos a quienes el Estado ha conferido el desempeño de tales actividades, las desempeñen correctamente, tal y como el Estado desea. Ello engendrará deberes que toman su fuerza en razón de existir, precisamente la idea de mantener tal organización». Para el Derecho penal, en cambio, «prima la consideración del individuo y del individuo socialmente agrupado; por tanto de que las actividades estatales a él, a ellos, dirigidas, les sean correctamente prestadas, tal y como estos individuos exigen y precisan. Ello engendra la necesidad de proteger determinados valores socialmente queridos (necesarios): independencia e imparcialidad en la Administración de Justicia; legalidad, imparcialidad, buen funcionamiento en la Administración pública. Determinados ataques a estos bienes jurídicos suponen atacar, al tiempo, otros cuya titularidad corresponde a cada individuo (honor, honestidad, libertad, seguridad), dándose así múltiples casos de delitos pluriofensivos»³¹⁶.


Si se quiere, de acuerdo con la perspectiva de este autor, la diferencia entre el ámbito de operatividad del Derecho penal de la Administración pública y del Derecho administrativo sancionador se cifra en que «sujeto pasivo en las faltas disciplinarias de funcionarios es la Administración; en los delitos de funcionarios, la sociedad»³¹⁷.

Ahora bien, salvando algunos matices inherentes, en particular, a la diferenciación entre finalidades del ordenamiento penal y adminis-

³¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 244.

³¹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 255.

³¹⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación...*, cit., pág. 296. La postura ha tenido en la doctrina tanto críticos como defensores. Entre estos últimos, véase CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 113 a 114. En este trabajo, véase, brevemente lo que se dirá *infra* en el apartado 5.7.3.

trativo³¹⁸ y a la individualización del bien jurídico específicamente protegido por el delito de prevaricación³¹⁹, la discusión actual alrededor del delito de cohecho acepta generalmente las críticas formuladas por Octavio de Toledo hacia planteamientos tradicionales³²⁰. Menor es el consenso suscitado  su propuesta³²¹ cuya profundización, sin embargo, ~~ahora no interviene~~, puesto que la misma se dirige a conceptos generales que subyacen a la configuración de la lesividad del Título entero, mientras que lo que estudiamos aquí, tan solo es un capítulo del mismo³²².

4.2. LAS POSTURAS TRADICIONALES: APUNTES

No parece necesario insistir sobre el hecho de que, en España como en Italia, respecto de la individualización del bien jurídico protegido por el delito de cohecho, se han mantenido posturas excesivamente formalistas y (a veces) con rasgos propios de un sistema autoritario en el cual «puesto que, en definitiva, lo que se protege directamente es la primacía de una voluntad sobre las otras, y en concreto la de la voluntad del Jefe del Estado o del Estado sobre la de los funcionarios públicos», para garantizar la obediencia, se recurre a «normas de conductas de carácter lógicamente disciplinario» que desembocan «en la

³¹⁸ Para una (en mi opinión) más aceptable diferenciación no ya cualitativa sino cuantitativa, véase, entre muchos, ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 171 y ss.

³¹⁹ Véase, a este respecto, la distinta opinión de BACIGALUPO, E.: «Sobre...», cit., págs. 387 y ss.

³²⁰ Véase, a este respecto, MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (COORD.): *Comentarios a la legislación penal*, Revista de Derecho Público, editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994, pág. 185 quienes afirman que «quien definitivamente ha establecido en España los criterios determinantes de las tesis que se fundamentan en la relación Comunidad-Estado ha sido Octavio de Toledo».

³²¹ Valga aquí una referencia a las posturas mantenidas por GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 30 y ss. y por CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., págs. 76 y ss.

³²² Sobre la propuesta de Octavio de Toledo en relación con el bien jurídico protegido por el delito de cohecho, se dirá brevemente *infra* en el apartado 4.7.

concreción del ilícito en la infracción de un deber» que puede «dar protección a cualquier contenido material en tanto esté sancionado por la voluntad suprema»³²³.

En este marco, en la doctrina española, no han faltado referencias a la «probidad»³²⁴ o «incorruptibilidad»³²⁵ de los funcionarios, a la lealtad de los mismos³²⁶, a que, en el delito de cohecho, «el derecho protegido es solo el interés que tiene el Estado de que todos sus agentes, en su esfera propia, cumplan con los deberes de su respectivo cargo»³²⁷; asimismo, se ha insistido en la identificación del objeto jurídico del delito con la finalidad de «asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas»³²⁸, la «integridad en la gestión administrativa» que se ve afectada por «dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos, concretamente de lucro ilícito» y la «traición», por parte de éste, «de la confianza en él depositada», debido a su «infidelidad»³²⁹. En el mismo sentido, se ha afirmado que «el interés que jurídicamente se tutela por los delitos [de cohecho] (...) no es otro sino la pureza en el ejercicio de las funciones encomendadas a aquellas personas en las que el Estado y demás entidades públicas depositan su confianza,

³²³ CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 64.

³²⁴ YA PACHECO, J. F.: *El código penal concordado y comentado*, Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1848, pág. 498. Utiliza el término «probidad», junto con imparcialidad, GARCÍA PÉREZ, J. J.: «Del cohecho», en SÁNCHEZ MELGAR, J.: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, SEPIN Editorial Jurídica, Madrid, 2006, pág. 2123 a 2124.

³²⁵ ASÍ, POLAINO NAVARRETE, M.: «Cohecho», en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.): *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, vol. II., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 370.

³²⁶ Véase PUIG PEÑA, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Mateu Cromo Artes Gráficas, Madrid, 1988, pág. 224; prefiere los términos «integridad» y «deslealtad» GRANADOS PÉREZ, C.: «El instrumento en el delito de cohecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pág. 131.

³²⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García, Madrid, 1891, pág. 270.

³²⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al código de 1928*, Reus, Madrid, 1929, pág. 100.

³²⁹ Todos estos calificativos son de RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte Especial*, Gráfica Carasa, Madrid, 1975, pág. 1017.

en cuanto las mismas han de ejecutar aquellos actos indispensables o convenientes para la consecución de sus fines»³³⁰.

Por otra parte, a raíz probablemente de la diferencia de perspectivas de la que ya dijimos *supra*, mientras que, en Italia, la reflexión doctrinal «tradicional» ha dado cierta relevancia a la diferenciación entre corrupción propia e impropia, en España, la investigación en torno al objeto jurídico del delito ha dirigido la atención en mayor medida hacia la disyuntiva corrupción activa-corrupción pasiva³³¹. Como ya dijimos, ello probablemente se deba a una aproximación de la doctrina española, en parte, distinta: los juristas italianos dirigían su atención hacia el prestigio y decoro de la Administración pública considerada en su conjunto y, puesto ahí el acento, parece tener menor recorrido toda distinción basada en el sujeto activo, mientras que la intensidad del menoscabo del interés parece cifrarse más bien en el tipo de actuación pactada; en España, en cambio, los autores tenían la vista puesta en la violación de los deberes del cargo, evaluados, como se ha dicho, a la luz de la relación Administración-funcionarios. En esta perspectiva, el ciudadano-administrado figura como entidad ajena a la relación cuyo quebrantamiento subyace a la tipificación del cohecho y, por lo tanto, su merecimiento de sanción (a menos de entenderla como inducción a delinquir) plantea problemas³³²: como se ha observado, «si se entiende que estamos ante infracciones de deberes del cargo, sería complicado determinar la ofensividad de estos delitos respecto a sujetos agentes en los que no concurre la condición de funcionarios públicos, a no ser que se mantuviese que se trata de

³³⁰ Así FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal. Tomo IV*. Primera edición, Estados Artes Gráficas, Madrid, 1956, pág. 159. Añade el autor que «tal idea respecto del bien jurídico lesionado es fundamentalísima en cuanto a cualquier infracción penal, pero tratándose del cohecho su importancia es aún mayor, habiendo de tenerla siempre presente».

³³¹ Recientemente, véase, por ejemplo, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 35.

³³² Véase, en términos parecidos, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 43, quien cree hallar la razón que lleva a los autores españoles a diferenciar la objetividad jurídica de estas dos vertientes del cohecho en el cambio de disciplina que supuso el Código penal de 1944 que preveía la tipificación, como modalidad comisiva, de la «solicitud» y de la «oferta».

tipos cuyas estructuras no se caracterizan por la asunción de elementos comunes»³³³.

Ello ha llevado a diferenciar la lesividad de la corrupción en sus vertientes activa y pasiva: así, se ha dicho que, en el caso del cohecho pasivo, «en el particular no concurre aquella especial obligación del funcionario, y en consecuencia, el bien jurídico objeto de ataque es otro, a saber, el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado»³³⁴. La única alternativa viable para explicar la sanción del *extraneus*, parecía el refugio en fórmulas que, *mutatis mutandis*, ya hemos encontrado en Italia y que se han hecho pivotar sobre conceptos genéricos cercanos al prestigio y los fines de la Administración pública³³⁵.

En este sentido, Casas Barquero defendía que «en el delito de cohecho cometido por el funcionario, el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo que dentro de la organización jurídico-administrativa en concreto le compete»³³⁶. Según el autor, ese deber se quebranta solo en el momento en el que se realiza la actuación contraria a los deberes del cargo que no es la contenida en el objeto del dolo de la corrupción propia, sino que se cifra en el mismo hecho de concluir el pacto, «lo cual se evidencia en el comportamiento típico de cohecho desde el instante en que el funcionario, aprovechándose de su situación prevalente, obtiene o pretende beneficios que se conceden o prometen como compensación o retribución a un actuar de forma lícita o ilícita»³³⁷. En estos supuestos de corrupción, aparte del deber funcional, se tutelaría también la confianza en el funcionario, tanto en una vertiente «interna» (es decir, por parte del Estado), como en una «externa», es decir, focalizando la atención en la pretensión de los ciudadanos a que el sujeto

³³³ ASÍ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Sobre...», cit., págs. 360 a 361.

³³⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal...*, cit., *loc. cit.*

³³⁵ ASÍ COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 37.

³³⁶ CASAS BARQUERO, E.: «Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas», en AA.VV.: *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pág. 658.

³³⁷ CASAS, BARQUERO, E.: «Aspectos...», cit., pág. 658.

público actúe en el respeto de sus deberes. El normal desarrollo de las funciones públicas, la desviación del servicio público, la dignidad del Estado y el prestigio social «que han de ostentar los entes públicos ante la regulación jurídica de la vida social» serían, en cambio, los objetos jurídicos del delito de cohecho activo, ya que «al no hallarse éste [el *extraneus*] ligado por una relación especial al Estado, procede apreciar un bien jurídico diferente, acorde a la diversa caracterización jurídica del comportamiento típico efectuado»³³⁸.

En este mismo sentido, Muñoz Conde afirmaba que, en el cohecho pasivo, se quebranta «el deber y la confianza depositada en el funcionario», mientras que, en el activo, «el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales»³³⁹. Para Quintano Ripollés, en el cohecho, el corrompido quebranta su «obligación oficial de lealtad» mientras que «su corruptor la idea del normal desarrollo de las funciones públicas»³⁴⁰.

Pasaba casi desapercibida, en cambio, la problemática inherente a la diferenciación, en términos de lesividad, entre corrupción propia y corrupción impropia, corrupción antecedente y corrupción subsiguiente: una vez cifrada la esencia del ilícito en la violación de los deberes del sujeto público, resulta evidente que, en todas sus vertientes, el cohecho presupone una violación de los mismos.

De ahí que Muñoz Conde diferenciara las vertientes propia e impropia (*rectius*: de facilitación³⁴¹) con un criterio meramente cuantitativo: en el cohecho impropio, afirmaba el autor, «la infracción del deber de integridad es (...) menos grave que en el cohecho propio (...) pero, de todos modos, existe una perturbación del correcto funciona-

³³⁸ CASAS BARQUERO, E.: «Aspectos...», cit., págs. 658 a 659. Sobre la postura de este autor, véase también COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 37 a 38.

³³⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 769. Parecida la opinión defendida por CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Bayer Hnos.: Barcelona, 1999, págs. 193 y ss.

³⁴⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentario al código penal*, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 719.

³⁴¹ Muñoz Conde, al igual que cierta jurisprudencia y parte de la doctrina española, se refiere al cohecho de facilitación como «cohecho impropio». Aquí, no obstante, como se ha advertido (véase *supra* apartado 1.1.), utilizamos la expresión en un sentido distinto.

miento de la gestión pública por cuanto existe una conexión causal entre el regalo que se ofrece y el oficio público del funcionario (‘en consideración a su oficio’)³⁴².

Son pocos los autores que han querido diferenciar no solo cuantitativamente la lesividad de la corrupción propia e impropia: en la primera, observaba Quintano Ripollés, «la subordinación del cohecho al acto es, pues absoluta, y lo que da contenido a la responsabilidad es el lucro proveniente de otra persona, no el que por sí solo pudiera obtener el agente (...) de donde resulta que más que delito sustantivo, el cohecho parece forma de ejecución de otros delitos y aun de actos delictivos, sobre los que opera creando responsabilidades nuevas»³⁴³.

En esta perspectiva (que identifica el bien jurídico con la violación de los deberes del cargo), tampoco parecía trivial que los deberes violados por el corrupto descendiesen de una norma extra-penal, sino que parecía suficiente el Código penal para establecer una obligación cuyo quebrantamiento se encargase de sancionar esta misma rama del ordenamiento jurídico³⁴⁴. En otras palabras, la legitimidad de la elección del legislador de tipificar el cohecho como delito parecía suficientemente justificada por el quebrantamiento de principios éticos o morales como el de fidelidad: la relevancia penal de la «traición» parecía apoyarse simple y llanamente en la infracción de la propia norma. Parecía olvidarse que «desde la época de la ilustración está claro que el hecho de que una acción sea contraria a la moral (...) jamás puede fundamentar (...) [el] juicio de desvalor [expresión del ilícito específicamente penal], sino que para ello son requeridos daños fijados externamente de bienes concebidos de un modo descriptivo»³⁴⁵. En este mismo sentido, se objeta que no puede pretenderse legitimar la intervención de la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico a defensa de un deber impuesto administrativamente si no se indaga previa-

³⁴² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial...*, cit., págs. 772 a 773.

³⁴³ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios...*, cit., pág. 718.

³⁴⁴ Me parece esta la idea de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Sobre...», cit., *passim*. Véase también COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 44.

³⁴⁵ ASÍ SCHUNEMANN, B.: «Sistema del Derecho penal y victimodogmática», en DIÉZ RIPOLLÉS, J. L. ET ALT. (DE.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 160.

mente la importancia del bien jurídico a cuya tutela se ha impuesto ese deber³⁴⁶.

Sin embargo, los autores que, a la hora de acotar la lesividad del cohecho, insisten en la violación de los deberes funcionales, poco se preocupan por vincular esta violación a bienes jurídicos reales merecedores de protección por parte del legislador penal³⁴⁷. Y, cuando aparecen referencias a estos «bienes» ulteriores, su concreción es, en larga medida, insuficiente así como ausente es el análisis acerca de su real necesidad de protección por parte del Derecho penal³⁴⁸. Y entonces «situar el núcleo del injusto de estos delitos en la infracción del deber» equivale a cifrar el objeto de protección en «la dignidad o lealtad que une a los empleados públicos con el Estado y, en último término, la dignidad o prestigio del mismo, principios propios de un sistema totalitario pero completamente ajenos al modelo de Estado instaurado por la Constitución»³⁴⁹.

Dicho ello, no parece aquí preciso seguir insistiendo sobre las críticas que se han movido a todas estas posturas y de las que se ha ya ampliamente dado cuenta. Las mismas observaciones ya referidas han sido reiteradas por la mayoría de los autores españoles contemporáneos. Así, se ha observado que las posturas que insisten sobre la integridad del funcionario o la desviación del servicio público, son demasiado genéricas e insisten sustancialmente sobre la violación de

³⁴⁶ En este sentido, véase ampliamente DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., págs. 95 y ss. quien recuerda el riesgo que entraña proceder a lo largo de esas coordenadas que terminan coloreando con tintes autoritarios a los delitos contra la Administración pública.

³⁴⁷ En términos parecidos, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 41.

³⁴⁸ Véase, como posible objeto de esta crítica, la postura defendida por CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., págs. 193 y ss. Una vez cifrado el bien jurídico genéricamente protegido en la objetividad y eficacia de la acción administrativa, el autor hace hincapié en que, en el cohecho pasivo, existe un quebrantamiento de la «fidelidad del funcionario y de la confianza depositada en él por la Administración», mientras que, del lado activo, se refiere al buen funcionamiento de la Administración pública, al principio de eficacia «entendido en sentido lato en conjunción con el principio de sometimiento no solo a la Ley, sino también al Derecho e incluso a la moral (art. 103.2 CE)».

³⁴⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 32.

un deber³⁵⁰ que, a su vez, no es, de por sí, idóneo para fundamentar la intervención penal si no se «pone en relación con el sustrato del que deriva el mismo»³⁵¹. Lo mismo cabe decir para aquellas opiniones que se apoyan en la «pureza en el ejercicio del cargo», la «adecuación al ordenamiento del ejercicio del cargo», la «confianza de la generalidad o de la opinión pública en el ejercicio del cargo» o el «interés estatal en ofrecer la imagen de aparato administrativo de un Estado democrático»³⁵² o también en el «prestigio de la Administración pública»³⁵³; afirmar que todos estos conceptos son bienes jurídicos a tutelarse penalmente es posible tan solo en un Estado autoritario que exige la protección de todo deber que mantiene el funcionario con la Administración pública³⁵⁴ y concibe la misma «como fin en sí misma y no como organización al servicio de los ciudadanos»³⁵⁵. Igualmente crítica ha sido la doctrina mayoritaria respecto de las formulaciones que, de forma más o menos explícita, han querido remitir a contextos normativos éticos o morales: con acierto, se ha observado que «la infracción de un deber que repugne a la moral y que, en todo caso, forme parte del negociado del funcionario público, será una condición necesaria para que se produzca un delito de cohecho mas en modo alguno, suficiente para elevar la conducta a tal categoría, so pena de socavar los cimientos de nuestra disciplina»³⁵⁶.

³⁵⁰ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004, págs. 55 a 56. A este respecto, se ha observado que «operar con bienes sincréticos y valores excesivamente genéricos otra cosa no es sino una declaración de buenas intenciones que esconde un deber extrapenal como criterio (ilógico) de lesividad» (así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 46).

³⁵¹ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 57; en términos parecido, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 41 quien añade que incluso «la nueva fórmula adoptada por el legislador español de los 'deberes inherentes al cargo', no exime al intérprete de indagar si el *prius* vulnera un *posterius* digno de protección en forma de peligro o lesión».

³⁵² DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 57.

³⁵³ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 64.

³⁵⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 58. Véase también COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 36, 48 y ss.

³⁵⁵ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 64.

³⁵⁶ Así, literalmente, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 44.

4.3. LA DOCTRINA MÁS RECIENTE

4.3.1. *La imparcialidad como bien jurídico protegido por el delito de cohecho*

Hemos dicho anteriormente que el momento en el que se produce un cambio de perspectiva en la investigación alrededor del bien jurídico tutelado por el delito en cuestión no es representado tanto por la entrada en vigor del Código penal de 1995, sino, más bien, por la finalización de la prolongada experiencia dictatorial y la aprobación de la Constitución de 1978, sin perjuicio de que, aun después de haberse producido estos acontecimientos, a veces se sigan manteniendo posiciones sustancialmente alineadas con las mencionadas anteriormente (prestigio, fidelidad...).

No debe tampoco pasarse por alto la aportación y la influencia de aquella postura doctrinal a la que ya se ha hecho referencia y que vincula la individualización de los bienes jurídicos a protegerse por el legislador penal al texto constitucional³⁵⁷. Todo ello, reforzado por una nueva idea de Administración pública al servicio de los ciudadanos y un enfoque de la tutela de la misma por medio de un Derecho penal al cual interesa ya no la relación interna entre la Administración y sus funcionarios, «sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige su acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan el correcto funcionamiento de la» misma³⁵⁸.

Así, para la tarea que nos ocupa, asumen relevancia aquellas disposiciones contenidas en la *Grundnorm* española dedicadas a la Administración pública, a saber:

A. El artículo 9 que establece lo siguiente:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

³⁵⁷ Véase *supra* apartado 3.3. e *infra* apartado 5.1.6.

³⁵⁸ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., págs. 62 a 63; en términos no muy diferentes, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 45.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

B. El artículo 97 cuyo texto es el siguiente:

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

C. El artículo 103 que dispone que

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.

3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

D. El artículo 106 con apoyo en cuyo dispuesto:

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Es un hecho que la doctrina y la jurisprudencia españolas mayoritarias han intentado poner en valor el dictado constitucional³⁵⁹: en este marco, se afirma comúnmente, la Constitución apunta claramen-

³⁵⁹ Así, se ha dicho que «reconociendo como correcto el planteamiento que sitúa la problemática en las relaciones Administración-ciudadano, relegando la insubordinación del funcionario respecto a la Administración al derecho disciplinario, la elaboración de una teoría sobre el bien jurídico en los delitos de funcionarios debe partir del criterio constitucional» (así, MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «Los delitos...», cit., pág. 191. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: «Limitaciones...», cit., pág. 18).

te hacia la «imparcialidad y legalidad en la administración de los intereses generales de los ciudadanos»³⁶⁰, a la transparencia, eficacia objetividad o servicio a los intereses generales³⁶¹.

Con todo, parece necesario advertir que deben leerse con atención aquellas reconstrucciones de la lesividad del cohecho que, una vez asumidas de forma general las indicaciones constitucionales, cuando descienden a examinar cada una de las vertientes del delito, terminan recayendo en ideas «tradicionales» que parecen acercarse peligrosamente a concepciones ya criticadas y descartadas. En este marco, ha de colocarse la postura de quien³⁶², criticados los planteamientos preconstitucionales que hacían referencia al prestigio de la Administración y de los propios funcionarios y declarada la intención de deducir el objeto jurídico del delito de la Constitución³⁶³, una vez cifrado el bien jurídico protegido por todas las distintas figuras de cohecho en el principio de imparcialidad de la Administración pública³⁶⁴, casi como si lo anterior quedara relegado a una introducción teórica poco operativa, a la hora de enfrentarse a las distintas figuras de manera

³⁶⁰ MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «*Los delitos...*», cit., pág. 191.

³⁶¹ REBOLLO VARGAS, R.: «*Notas...*», cit., pág. 553.

³⁶² CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., págs. 192 y ss.

³⁶³ CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...* cit., pág. 194. Sobre la irrelevancia del prestigio de la Administración pública como bien merecedor de tutela penal en el actual marco constitucional español, particularmente contundente y eficaz resulta COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 50 a 51.

³⁶⁴ Así CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., pág. 193 quien, aclarando que el cohecho pasivo defendería «el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la concreta función que [el funcionario] tenga encomendada», defiende que la vertiente activa apuntaría a preservar «el normal y correcto funcionamiento de las diferentes Administraciones públicas». La definición de imparcialidad adoptada es la propuesta por parte de la doctrina administrativista y sustancialmente coincide con la idea de «eficacia indiferente». Para otras propuestas de cara a la determinación de este principio, véase *infra* apartado 4.3.1. Debe señalarse que la imparcialidad como bien jurídico protegido por los delitos de cohecho es la tesis absolutamente prevalente en España. En este sentido, aparte de las posturas que expresamente se citarán a continuación, GARCÍA PÉREZ, J. J.: «Del cohecho», cit., *loc. cit.*; RAMOS RUBIO, C.: «El delito de cohecho», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n. 3, 2002, pág. 107 y *passim.*; ACALE SÁNCHEZ, M.: «Limitaciones...», cit., pág. 19. En términos de «imparcialidad» y «racionalidad», se expresa BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pág. 447.

más pormenorizada, termina recayendo en afirmaciones que presentan un tinte pre-constitucional y sugiere que, en la corrupción pasiva, «el bien jurídico más específico sería el quebrantamiento del deber de fidelidad del funcionario y de la confianza depositada en él por la Administración»³⁶⁵, mientras que, en la activa, el objeto de tutela sería el principio de eficacia entendido en sentido lato, como sometimiento no solo a la Ley y al Derecho, sino también a la moral³⁶⁶. Igualmente dudosa parece la referencia a la honestidad e integridad profesional del funcionario, como objeto de protección de la corrupción impropia (en particular, subsiguiente)³⁶⁷.

En un marco ya claramente orientado por la Constitución, mención específica merece la contribución al estudio del delito de cohecho de Inma Valeije Álvarez quien reinterpreta la lesividad del delito en clave constitucional antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995. De forma paralela a lo que ocurría con la doctrina italiana, la autora **parte de la observación** que los principios contenidos en las normas constitucionales mencionadas «rebasan el ámbito de simples reglas dirigidas al legislador y al Poder Ejecutivo en materia de organización funcionarial para constituir una selección precisa y meditada de los valores-fines a los que la Administración debe tender (satisfacción objetiva de los intereses generales) y valores-medio que deben

³⁶⁵ CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., pág. 193.

³⁶⁶ CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., págs. 193 a 194

³⁶⁷ CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., pág. 215. Apunta a la integridad, recientemente, NAVARRO CARDOSO, F.: *El cohecho en consideración al cargo o función*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 22 a 23 quien, sin embargo, dice preferir hablar de integridad antes que de «imparcialidad y objetividad» porque la integridad sería «mucho más plástica, más expresiva y acorde con lo que al final se espera del ejercicio de la función pública: que se atienda al interés general y que no haya arbitrariedades». En el mismo sentido, sigue el autor, la integridad no habría de entenderse como «concepto próximo a un valor subjetivo como el honor o la probidad, sino a un valor objetivo como la imparcialidad u objetividad, no arbitrariedad». Véase también, en jurisprudencia, la STS 698/2014, de 28 de octubre. Aquí, se remite a la Real Academia de la Lengua Española que, como segundo significado de la palabra integridad recoge «pureza de las vírgenes». Por otra parte, en el caso en que se entiendan como sinónimos, se prefiere sin dudas hablar de imparcialidad. Sobre este bien jurídico y su correcta valoración, véanse, más adelante, las consideraciones de Vizueta Fernández, *infra* en el apartado 4.4.

ser predispuestos a su organización»³⁶⁸, adquiriendo relevancia central el artículo 103 CE. De esta norma, se deducen límites claros a la «rapidez, sencillez, economicidad y rendimiento del actuar administrativo», límites que pueden cifrarse en la necesidad de perseguir «la composición y la óptima satisfacción global de los múltiples intereses expresados en el seno de una sociedad pluralista, de modo tal que todo ciudadano termine percibiendo las mismas prestaciones y en igual medida que aquellos que se encuentren en su misma situación»³⁶⁹. El principio formulado por la más destacada doctrina administrativista de «eficacia indiferente» no es, según la autora, sino «la obligación que tiene la Administración de ponderar todos los intereses en juego y operar sobre criterios uniformes a fin de evitar discriminaciones o favoritismos»³⁷⁰. Es así como el principio de imparcialidad viene en consideración como límite al buen funcionamiento de la Administración pública³⁷¹.

Sin ánimo de repetir cuanto ya dicho, cabe concretar la postura de la autora añadiendo que, para la misma, «la tutela de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública se nos presenta como un bien jurídico medial para alcanzar la tutela de la correspondiente obligación por parte de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos»³⁷².

Dicho ello y, para poner a prueba la hipótesis de partida, una vez individualizado el bien jurídico, es menester pasar a comprobar la afectación del mismo por parte de las conductas tipificadas por el legislador. Antes de ello, sin embargo, para Valeije, es necesario proceder a una sucesiva y ulterior concreción del bien «imparcialidad» que

³⁶⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., págs. 29 y ss.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ *Ibidem*: con cita a GARRIDO FALLA, F.; CAZORLA, K. M.; ENTRENA, R. ET ALT.: *Comentarios a la Constitución Española, segunda edición*, Madrid, 1988, pág. 1427.

³⁷¹ En términos parecidos, véase RAMOS RUBIO, C.: «El delito...», cit., pág. 107. Véase también ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 615.

³⁷² VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 31.

habría de entenderse como «la obligación que tienen los poderes públicos de actuar con total independencia y neutralidad respecto a las interferencias que pueden provocar los intereses privados de un individuo o de un grupo de ellos»³⁷³. Según Valeije, dicha obligación viene preterida «cada vez que los órganos de la Administración pública mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, sometiendo por dinero u otro tipo de ventaja patrimonial la acción administrativa a la satisfacción directa o indirecta de fines que permanecen extraños a los intereses públicos de toda la colectividad»³⁷⁴.

En esta óptica, es evidente que el bien jurídico «imparcialidad de la Administración pública» resulta lesionado por el delito de cohecho propio, tanto activo como pasivo. Mayores problemas supone afirmar la existencia de una «persecución de intereses extraños a aquellos de la colectividad» en las hipótesis de corrupción impropia, en las cuales, en términos del artículo 390 del código entonces vigente (que tipificaba el cohecho pasivo «en consideración al oficio» y «para la consecución de un acto justo»), o bien el pacto se concluye en vista de la realización de un «acto no prohibido legalmente» o bien no existe ningún pacto que tenga como objeto un acto, sino una simple y llana admisión, por parte del funcionario, de regalos o dádivas sin ninguna finalidad aparente. Para solucionar el problema, entiende la jurista que, en el cohecho impropio, en realidad, «lo único que se pretende es obtener un servicio al que se tiene derecho (...) de una forma privilegiada en comparación con el resto de la ciudadanía» de tal manera que «el hecho de que el funcionario realice una determinada tarea con mayor rapidez que las otras, porque previamente, le han obsequiado (...) se traduce en que el funcionario discrimina a otros usuarios en favor del particular que le ha obsequiado»³⁷⁵: aquí también, por tanto, resulta igualmente lesionado el bien jurídico «imparcialidad», tanto por la vertiente activa del delito como por la pasiva.

³⁷³ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 31.

³⁷⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 31.

³⁷⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 34. Parecida la opinión de QUE-RALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1161.

En la otra hipótesis contemplada por el artículo 390 del Código penal de 1944 (cohecho pasivo «en consideración a su oficio»), en cambio, si bien «no existe ninguna conexión entre el regalo y un acto a realizar», no hay dudas, según la autora, que, «si el funcionario acepta un regalo de cierto valor económico (...) queda expuesto a no poder adoptar en el futuro una posición de neutralidad e indiferencia, especialmente frente a los intereses particulares de los donantes», de tal manera que su imparcialidad no resulta afectada, sino tan solo puesta en peligro, peligro que ha de configurarse como abstracto³⁷⁶.

Por otra parte, la ausencia, en el Código penal entonces vigente, de una referencia expresa al caso de corrupción subsiguiente, aconseja a la autora a abogar para la no punibilidad de esta hipótesis. Entre varios y distintos argumentos, alega la jurista ausencia de lesión relevante para el bien jurídico: «parece problemático sostener», afirma Valeije, «que el funcionario que recibe una dádiva por un acto contrario al deber del cargo ya cumplido lesiona o pone en peligro el principio de imparcialidad en la actuación administrativa», ya que, «si no ha intervenido antes de la ejecución del acto ninguna promesa o retribución y, por lo tanto, no hay ninguna interferencia o preferencia en la actuación de la Administración pública, es problemático sostener que se ha lesionado el principio de imparcialidad». Todo lo más, podrá considerarse afectado un interés a la gratuidad de la función pública, interés que, según la jurista, ni merece ni recibe protección penal por parte de las normas en cuestión³⁷⁷.

Parecida la postura de María José Rodríguez Puerta que también cifra el bien jurídico protegido por el delito en la imparcialidad, definida como «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de una persona o cosa, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud»³⁷⁸. Advierte la autora que, a la hora de delimitar el ámbito dentro del cual puede desarrollarse la acción del legislador penal para proteger este bien jurídico, debe tenerse en cuenta la intensidad de los ataques a su integridad. Así, afirma Rodríguez Puerta, «una de las formas más graves de interferir en el desempeño imparcial

³⁷⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 35.

³⁷⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 180.

³⁷⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 78 citando al Diccionario de la Real Academia.

de la actividad pública viene representada por aquellas situaciones en las que el funcionario lleva a cabo un acto propio de su cargo a cambio de una retribución»³⁷⁹, notando que «ningún medio se presenta más eficaz para doblegar la posición imparcial característica de la actuación administrativa que la obtención directa de un beneficio»³⁸⁰.

Por otra parte, la autora observa que el alcance del principio de imparcialidad afecta de forma distinta a las funciones, *strictu sensu*, administrativas, judiciales y legislativas. No interesa aquí demasiado enfrentarnos a la *querelle* acerca de la unidad de la Administración pública: baste con decir que, si se desprenden de forma relativamente intuitiva la sumisión a los intereses generales de la función administrativa y la imparcialidad del juez que la Constitución quiere independiente y sometido únicamente a la Ley, más complejo (por lo menos, *prima facie*) parece declinar la imparcialidad respecto de las funciones propias del poder legislativo, o en general, de las desempeñadas por órganos de carácter representativo: la exigencia de imparcialidad parece tener aquí una intensidad diferente³⁸¹. Recuerda la autora, en efecto, que el ordenamiento jurídico-constitucional considera perfectamente «coherente que los distintos representantes políticos dirijan su actividad a la obtención del respaldo electoral o incluso de ingresos o financiación para la formación política a la que pertenecen»³⁸². De ahí que han de quedar fuera del ámbito de aplicación del delito de cohecho «los acuerdos realizados por los miembros del poder legislativo dirigidos a obtener financiación para su formación política, al no resultar lesivos para el principio de imparcialidad» constitucionalmente delineado. Pero la cosa cambia cuando la «parcialidad» se convierte en «arbitrariedad», vetada por el artículo 9.3 de la Constitución³⁸³, lo que acontecería toda vez que la finalidad de la actuación ya no es electoral o política, sino personal: concluir acuerdos que busquen la obtención de un beneficio personal y que «nada tienen que ver con

³⁷⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 79.

³⁸⁰ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 79.

³⁸¹ Así, literalmente MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Del cohecho», en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) y MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 2105

³⁸² RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 81.

³⁸³ MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Del cohecho...», cit., *loc. cit.*

los intereses políticos o electorales» resulta injustificado y, por tanto, rebasa los límites de la parcialidad³⁸⁴ e integra, además, la más grave hipótesis de cohecho propio³⁸⁵.

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, concluye la autora que, en el delito de cohecho, «lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto del principio de imparcialidad, que vincula, de un lado, a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política. El referido principio», se aclara, «es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados»³⁸⁶.

De este planteamiento que, salvo por la especialidad reconocida a la actividad política, se parece al anteriormente mencionado, Rodríguez Puerta hace descender consecuencias, en parte, originales. En particular, afirma la autora, la imparcialidad de la Administración pública es bien jurídico que puede ser lesionado solo por el sujeto público, de tal manera que, en el cohecho activo, es posible hablar tan solo de puesta en peligro para el mismo. Y ello, no obstante, según la autora, el *pactum sceleris* implique un solo ataque al bien jurídico³⁸⁷.

³⁸⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 82.

³⁸⁵ ASÍ MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Título XIX. Delitos contra la Administración pública», en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) y MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 1368 donde aclaran los autores que ello es así «por cuanto la decisión se ha desviado del fin que la legitima». Como diremos más adelante, de acuerdo con la opinión que aquí se mantiene, los autores (y la jurisprudencia citada por los mismos) parecen confundir la vulneración de la imparcialidad como consecuencia de comercializar un acto del cargo con ilegalidad del acto comprometido: *de iure condito* la superposición de las dos categorías, es imposible (en referencia a los «parlamentarios», volveremos brevemente sobre la cuestión *infra* en el apartado 5.5.5.2.).

³⁸⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 83.

³⁸⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., págs. 107 a 108. En el mismo sentido, véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. y MORALES PRATS, F.: «Título...», cit., pág. 1350 quienes explican su postura alegando que sobre el particular «no pesa una obligación de resolver con imparcialidad, sino únicamente de dirigirse a la Administración para formular sus peticiones sin interferir

Por lo que respecta, en cambio, al cohecho impropio, la lesión suficiente del bien jurídico puede mantenerse solo con unas condiciones: en primer lugar, según la jurista, toda vez que el acto objeto del acuerdo es el mismo al que el particular tendría derecho sin que medie el ejercicio de un poder discrecional del funcionario público (acto reglado), en ningún caso, el pacto remuneratorio vulnera el principio de imparcialidad. Como mucho, en estas hipótesis, podrá sostenerse que el sujeto público ha obligado al particular a acceder al trato, de tal manera que «esos comportamientos pueden ser merecedores de sanción penal desde otra perspectiva, la instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio particular, pero no a partir de la consideración de la imparcialidad como interés tutelado por el delito de cohecho»³⁸⁸. Podrá hablarse de un delito de cohecho (impropio) que menoscaba la imparcialidad de la Administración pública solo en el caso en el que el objeto de acuerdo sea un acto discrecional, es decir, cuando la obtención del acto o la concreta resolución no es automática, sino que depende «de un juicio subjetivo o de oportunidad»³⁸⁹. Tan solo en este supuesto podrá haber lugar una lesión del bien jurídico protegido, lesión que se producirá, según la perspectiva adoptada por la autora, con independencia de la «justicia» del acto³⁹⁰. A este respecto, en un segundo momento, dirá Rodríguez Puerta que el pacto que tenga como finalidad la realización de un acto (discrecional) injusto producirá una lesión del bien jurídico, mientras que el pacto que tenga por objeto un acto discrecional no prohibido legalmente implicará una simple puesta en peligro para la imparcialidad, ya que el particular «persigue colocar al funcionario en una posición parcial, favorable a sus intereses (...) con la intención de predisponer a su

ilícitamente en la toma de las mismas, utilizando cauces lícitos para su obtención, entre los que no se encuentra la oferta o entrega de ventajas».

³⁸⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., págs. 86 a 87. Naturalmente, todo sería más plausible si el Código penal español se pareciera más al italiano en cuanto a la tipificación del delito de concusión.

³⁸⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 87.

³⁹⁰ En estos mismos términos, véase, más recientemente, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Título...», cit., pág. 1379 en donde (*sub* art. 420) se afirma textualmente que «cuando el objeto del cohecho es un acto discrecional, el respeto del principio de imparcialidad queda cuestionado, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a su futura decisión, con independencia de que esta finalmente se vea o no afectada por la dádiva (art. 420)».

favor al funcionario, y obtener así un acto o resolución sobre el que no tiene una certeza razonable de obtención»; el funcionario, por su parte, «se coloca, de ese modo, en una posición parcial respecto a su futura decisión que, aun siendo ‘justa’ en hipótesis, puede estar influida por la existencia de la gratificación»³⁹¹.

Según Rodríguez Puerta, distinto ha de ser el discurso en materia de actos políticos: en este caso, puesto que la lesión del bien jurídico protegido procede de una inconsistencia entre la finalidad de los actos pactados y la «representación de los intereses electorales o políticos» y, dado que «la adopción de una decisión política motivada por el lucro personal supone [cabría preguntarse: *¿iuris et de iure?*] una desviación de los fines» de representación de los intereses electorales y políticos, toda vez que la decisión política se apoye en una ventaja personal, el bien jurídico (correcto ejercicio de la actividad política) resultará lesionado, siendo ilícito el objeto del acuerdo remuneratorio.

En el ámbito de la especulación de la doctrina española, la postura de Rodríguez Puerta resulta también relativamente original de cara a la reconstrucción de la lesividad de la corrupción propia que la autora define como modalidad agravada. En este marco, como algunos de los autores italianos de los que ya hemos hablado, la jurista reconoce al delito un *quid pluris* en términos de lesividad, ya que «la conducta del funcionario o del particular, se dirige no solo contra el principio de imparcialidad, sino también (en la medida en que el acuerdo tiene por objeto un acto injusto) contra el principio de legalidad»³⁹². La pluriofensividad del delito justificaría, por otra parte, su penalidad más grave.

³⁹¹ Así MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: «Cohecho»..., cit., pág. 2136. De esta opinión parece también GARCÍA PÉREZ, J. J.: «Del cohecho», cit., pág. 2234 quien, sin embargo, a la hora de cifrar la lesividad de la corrupción impropia subsiguiente, hablará de idoneidad para influir en el funcionario (*Ibidem*: págs. 2236 y ss.). Particularmente contundente la crítica a esta reconstrucción de Vizuela Fernández (de la que se dirá en seguida) quien define este planteamiento respecto de los actos discrecionales como «chocante».

³⁹² RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito*..., cit., pág. 88. Presenta la corrupción propia como delito pluriofensivo también RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Transfuguismo retribuido y cohecho», en *Actualidad penal*, 1994, pág. 6 (de la versión electrónica).

Se impone también a la jurista la comprobación de la efectiva lesividad de la corrupción subsiguiente tipificada como delictiva por el Código penal de 1995; individualizado el bien jurídico de la forma descrita, Rodríguez Puerta niega que esta vertiente del cohecho, tanto propia como impropia, afecte a la imparcialidad de la Administración pública; en la corrupción subsiguiente impropia, «el acto o decisión fue correctamente adoptado», mientras que, en la hipótesis subsiguiente propia, «el funcionario decide adoptarlo con la esperanza de obtener con posterioridad un beneficio»: ninguna de las dos conductas supone una afectación para el bien jurídico, por lo que no parece poderse justificar una sanción penal de las mismas³⁹³.

Finalmente, en relación con la admisión de regalos en consideración a la función, tampoco le parece a la autora que se trate de conducta atentatoria contra el principio de imparcialidad de la Administración pública. En estos casos, puesto que «la entrega de dádivas a un funcionario por desempeñar correctamente sus funciones no se condiciona a la adopción de un acto determinado o determinable ni a ninguna otra circunstancia», debe concluirse que «el funcionario no puede situarse en una posición parcial, pues el tipo no exige el presupuesto lógico de esta circunstancia: la concurrencia de una decisión que deba adoptarse imparcialmente». De ahí que, sigue la autora, «la incriminación de esta clase de actuaciones responde a criterios éticos

³⁹³ Especifica la autora que, como mucho, podrá hablarse de prevaricación respecto del acto adoptado. Respecto del pacto posterior, como ya anteriormente afirmado en materia de corrupción impropia por un acto reglado, podría argumentarse un aprovechamiento de la función pública para conseguir ganancias particulares por parte del funcionario, pero, en ningún caso, podrá hablarse de afectación a la imparcialidad de la Administración pública. Como veremos más adelante, no obstante, conviene retener desde ahora que la esperanza de obtener futuros beneficios es elemento que no está en el tipo penal: el Código penal español (ni el italiano) no requiere que el *intraneus* se represente ventaja futura alguna en el momento en el que realiza el acto del cargo (la norma no dice «el funcionario público que, con la finalidad de recibir una recompensa, realice un acto») de tal forma que resulta penalmente conforme al modelo incluso el supuesto en el que el *intraneus* realiza un acto del cargo contrario (o conforme, en el caso de la corrupción subsiguiente impropia) a los deberes del cargo y que, solo en un segundo momento, decide solicitar una recompensa por el mismo.

o morales o bien a juicios propios de un Derecho penal de autor que deberían permanecer (...) ajenos al Código penal»³⁹⁴.

4.3.2. *El correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico protegido*

Entre quienes han pretendido cifrar el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en el correcto funcionamiento de la Administración pública, en la doctrina española, destaca ciertamente Inés Olaizola Nogales.

La autora parte de una crítica de carácter general a las posturas que hemos analizado en el anterior acápite y que construyen el bien jurídico sobre la imparcialidad de la Administración pública: según la autora, la imparcialidad no puede ser objeto jurídico específico del delito de cohecho porque la misma integra el interés protegido por todos los delitos contenidos en el título XIX del Código penal³⁹⁵. Más adecuado le parece a Olaizola proceder a partir de la configuración del bien jurídico como «institución de la Administración como unidad funcional valiosa»³⁹⁶. Tomando referencia a autores alemanes³⁹⁷, la autora distingue entre una perspectiva «interna», centrada en la relación Administración-funcionario, en la que «la ventaja aceptada, tanto para realizar un acto regular como irregular, perjudica a la administración y el peligro reside en que se tomen decisiones ilegales y se menoscabe el legal funcionamiento de la» misma; y una «externa»

³⁹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 274.

³⁹⁵ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 99. Obsérvese que otros autores han sostenido que el interés protegido por todos los delitos contra la Administración pública no es la imparcialidad, sino «el correcto desempeño de la función pública», bien que la autora quiere ver como característico del delito de cohecho. En términos parecidos, véase, entre otros, REBOLLO VARGAS, R.: «Notas...», cit., pág. 553. En sentido contrario, MÉNDEZ DE LUARCA, M.: «Cohecho», en CONDE PUMPIDO FERRERO, (ed.) *ALT.: Código penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2004, vol. II, pág. 1244 observa que «en los preceptos de este capítulo se recogen distintas conductas (...) en las que (...) el bien jurídico protegido es el mismo: el correcto funcionamiento de la Administración pública, para algunos, muy especialmente, la observancia del principio de imparcialidad».

³⁹⁶ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 99.

³⁹⁷ Las referencias de la autora son Rudolph y Loos.

que insiste en la relación Administración-ciudadanos, en cuya óptica «la ventaja aceptada comprende al mismo tiempo el peligro de que se perturbe la confianza de la sociedad en la legalidad e imparcialidad de la Administración pública y a través de ello se perjudique desde fuera la capacidad de funcionamiento de la Administración»³⁹⁸ a la cual es funcional cierta docilidad de los ciudadanos³⁹⁹. Según Olaizola, estas dos vertientes se resumen en el «correcto funcionamiento de la Administración pública»⁴⁰⁰. Así configurado el objeto de tutela, admite la jurista que su protección puede lograrse solo prohibiendo conductas que «en abstracto» son idóneas para afectarlo, ya que «un acto aislado de cohecho no altera el funcionamiento general de la Administración» mientras que «su proliferación, por el contrario, llevaría al deterioro institucional y a la pérdida de la virtualidad de sus servicios»⁴⁰¹. Se trata, en otras palabras, de un delito «acumulativo» que ofende a un bien jurídico supraindividual institucionalizado, cuya protección ha de llevarse a cabo mediante la tipificación de conductas que vulneren un bien jurídico intermedio «cuya lesión produciría, en caso de reiteración, la efectiva perturbación del bien inmaterial»⁴⁰²; este bien jurídico intermedio ha de identificarse con las «condiciones básicas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración pública»⁴⁰³.

³⁹⁸ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., págs. 99 a 100.

³⁹⁹ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., págs. 101 a 102. La autora pone el acento sobre las consecuencias que implicaría una pérdida de confianza en el obrar de la Administración pública: ello lesionaría «la disposición de los ciudadanos a la recepción de las decisiones, y, de esta forma una condición del funcionamiento de la Administración».

⁴⁰⁰ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 103.

⁴⁰¹ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 102.

⁴⁰² OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 103.

⁴⁰³ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 103. Véanse, sobre este punto, las consideraciones de REBOLLO VARGAS, R.: «Notas...», cit., págs. 559 y 560. Según el autor, individualizar el bien jurídico protegido en el correcto funcionamiento de la Administración pública significa hacer entrar por la ventana lo que se había sacado por la puerta. De hecho, así razonando, se termina resucitando la idea de «violación de deberes», ya que «sería suficiente para incriminar al funcionario cualquier infracción o incumplimiento por leve que sea o por la simple violación de normas de organización interna de la Administración y sin necesidad de que este incumplimiento tenga efectos externos». Ahora bien, la idea de OLAIZOLA escapa a esta crítica solo en el caso en que se extienda al bien jurídico intermedio la amplitud que se otorgaba el bien jurídico mediato, es decir,

Dicho ello, para evaluar de forma crítica la lesividad de las hipótesis concretamente tipificadas por el legislador español, según Olaizola, es oportuno plantear la cuestión no ya en términos de afectación/no afectación del bien jurídico (intermedio) protegido, ya que el mismo, construido artificialmente, siempre es lesionado. El criterio a seguirse, por lo tanto, debe insistir en la intensidad de la afectación que ha de valorarse con apoyo a tres parámetros:

1. el carácter de la decisión a tomar por el funcionario;
2. la mayor o menor responsabilidad del funcionario dentro de la organización de la Administración;
3. la cuantía de la dádiva⁴⁰⁴.

Así las cosas, *nulla quaestio* respecto del cohecho propio, tanto activo como pasivo. Tampoco plantea a la autora excesivos problemas la sanción penal de la corrupción impropia antecedente que supondría una «mezcla de intereses públicos y privados que se contagia fácilmente entre el resto de los funcionarios y que puede perturbar a su vez la confianza de la sociedad en el funcionamiento de la Administración, al dar la impresión de que cualquier acto, incluso aquellos de mero trámite requieren un ‘pago’ para que sean cumplidos»⁴⁰⁵.

Respecto de la admisión de regalos en consideración a la función, en cambio, afirma la autora que «difícilmente puede acreditarse que afecte de manera grave a las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración pública», puesto que «el regalo o la dádiva no se entregan en virtud de un acto realizado por el funcionario (...) sino en virtud de todo un trabajo realizado, por su eficiencia, su celeridad, su buen resultado»⁴⁰⁶ de tal manera que «justificar la punición de

que permita aglutinar tanto la vertiente «interna» como la «externa». Por otra parte, así procediendo, me parece cuestionable la utilidad del bien «condiciones básicas para el funcionamiento de la Administración pública» y deviene difícil su diferenciación del bien jurídico mediato y *supraindividual*. Apunta a la tutela del «normal funcionamiento de la Administración Pública», entre otros, también SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal. Parte especial*, Vol. II.: Dykinson, Madrid, 1997, pág. 830.

⁴⁰⁴ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., págs. 104 a 107.

⁴⁰⁵ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., págs. 108 y 266 y ss. donde la autora crítica la postura de Valeije.

⁴⁰⁶ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 108.

esta conducta aludiendo a que supone un peligro para una futura actuación del funcionario», es «alejar demasiado del bien jurídico la conducta típica»⁴⁰⁷: la sanción de esta modalidad de cohecho, por tanto, debería encomendarse al derecho administrativo.

Por lo que respecta al cohecho subsiguiente, observa la penalista que «el contacto entre el funcionario y el particular (...) puede perturbar la confianza que la generalidad debe tener en el correcto funcionamiento de la Administración (...), ya que la solicitud o aceptación de dicho pago muestra el peligro que el funcionario en un futuro no atienda exclusivamente a la hora de actuar, a los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad con que debe actuar»⁴⁰⁸. Todo estará en valorar el grado de afectación para el bien jurídico para expresar un juicio acerca de su tipificación penal: a este respecto, Olaizola razona en términos de política criminal y justifica la postura del derecho vigente, sumando a su lesividad, la oportunidad de sancionar el cohecho subsiguiente toda vez que no pueda probarse la existencia de un pacto anterior al acto realizado⁴⁰⁹.

Para finalizar, reténgase que, en el desarrollo de su estudio, la autora encuentra ciertas dificultades a la hora de explicar la afectación del bien jurídico protegido por parte del *extraneus*. El correcto servicio que la Administración debe prestar a sus ciudadanos (una de las múltiples declinaciones del bien jurídico protegido a la que recurre Olaizola), tan solo puede ser puesta en peligro por el sujeto público⁴¹⁰. Si el particular le induce (toma la iniciativa) a corromperse, *nulla quaestio* sobre su sanción. Pero ¿*quid* en el caso en que la iniciativa proceda del funcionario y el *extraneus* se limite a acceder a ella? Según la autora, «podría justificarse la punición de tal conducta, no tanto desde la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino porque, con tal conducta, el particular entorpece el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia»⁴¹¹, mientras que «en aquellos casos en los que el particular acepta la solicitud del funcionario público para que éste realice un acto constitutivo de delito, su aceptación puede

⁴⁰⁷ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 108.

⁴⁰⁸ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 266.

⁴⁰⁹ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 269.

⁴¹⁰ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 444.

⁴¹¹ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 444.

suponer un mayor peligro para el bien jurídico protegido en ese delito que el funcionario público se compromete a realizar a cambio de la solicitud»⁴¹².

Por motivos de claridad expositiva, conviene adelantar que la tesis de esta autora ha sido objeto de varias críticas: se ha cuestionado la vaguedad del concepto «correcto funcionamiento de la Administración pública» (del que se dirá brevemente *infra*⁴¹³) y su construcción como bien jurídico intermedio lesionado siempre y en todos los casos⁴¹⁴ lo que redundaría en una estructura que pivota sobre la idea de peligro abstracto. En particular, interesa ahora destacar como los autores críticos no han pasado por alto la cercanía que existe entre el planteamiento de Olaizola y aquellos otros que cifran la lesividad del delito en la violación de deberes (internos) y en la confianza (docilidad) de la ciudadanía en el correcto funcionamiento de la Administración pública⁴¹⁵. Y si, sobre los primeros ya se ha dicho⁴¹⁶, sobre las dudas que concita la reconstrucción del bien jurídico a partir de la confianza de los administrados, se dirá *infra* (apartado 4.6.).

4.4. PROBLEMAS EN LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO CON LA IMPARCIALIDAD O BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.4.1. *El cohecho impropio y subsiguiente y el cohecho de parlamentarios*

Como hemos visto, en España como en Italia, la identificación del interés que el legislador pretende proteger tipificando el cohecho

⁴¹² OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 444.

⁴¹³ Véase apartado 5.6.


⁴¹⁴ Como se ha dicho, «si no conectamos sintéticamente las varias estructuras típicas de los delitos de cohecho, más que al buen funcionamiento de la Administración pública, nos acercamos al concepto del prestigio y el decoro que, como es sabido, no conoce confines ni lindes ciertos de punibilidad» (así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 86).

⁴¹⁵ Entre muchos, véase COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 82 y ss.

⁴¹⁶ Véase *supra* apartado 4.2.

con la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración pública, presenta problemas que se vuelven particularmente intensos cuando se trata de explicar la relevancia penal de la corrupción impropia, antecedente y subsiguiente, de la corrupción propia subsiguiente y de la corrupción en consideración a la función. En este marco, si Valeije sustancialmente excluía la lesión al bien jurídico de la corrupción subsiguiente, Rodríguez Puerta insiste en la ilegitimidad de toda sanción penal no solo de todo cohecho subsiguiente, sino también de todo cohecho impropio que tenga como objeto la realización de un acto reglado. Olaizola, por su parte, configura a todos los supuestos de cohecho como delitos de peligro abstracto y, aun así, debe excluir la legitimidad de la sanción penal del cohecho en consideración a la función.

Aquí como en Italia, lo relevante es que los problemas que conciernen estas figuras se han planteado no solo a estas autoras, sino a todo autor que se ha aproximado al estudio del delito de cohecho pretendiendo individualizar el bien jurídico protegido en la imparcialidad o en el buen funcionamiento de la Administración pública. Y una alternativa es, como hemos visto, postular la violación del principio de lesividad y la despenalización de estas hipótesis delictivas; otra, naturalmente, es cuestionar la identificación del bien jurídico protegido⁴¹⁷. Las soluciones ofrecidas al problema por la doctrina española tampoco se diferencian mucho de las que ya hemos examinado a la hora de aproximarnos al planteamiento de los autores transalpinos.

La idea de fondo es que el funcionario público, en realidad, actúa de forma parcial (o, si se prefiere, contraria al correcto funcionamiento de la Administración pública) cuando realiza el acto contrario a sus deberes (objeto del *pactum sceleris*): pretender ver parcialidad en el pacto que tiene por objeto un acto conforme a los deberes del *intransiens* implica hacer sufrir al concepto de imparcialidad «una metamorfosis» que nvierte en un «valor peligrosamente próximo a las

⁴¹⁷ Así, no ha faltado quien ha afirmado que «surgen serias dudas sobre si, en realidad, la imparcialidad es el bien jurídico protegido (...) en el delito de cohecho propio subsiguiente (...) o en el delito de cohecho pasivo impropio antecedente y subsiguiente» (en estos términos, MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «Los delitos...», cit., págs. 193 a 194).

ideas de infidelidad o deslealtad en la gestión pública»⁴¹⁸. De ahí que, una vez observado que el momento consumativo del delito coincide con el *pactum sceleris* y se sitúa ciertamente lejos de la (solo posible) realización del acto lesivo de la imparcialidad, según algunos, con la tipificación del delito de cohecho, lo que se pretende evitar es la puesta en peligro de la imparcialidad de la Administración pública⁴¹⁹ mediante el condicionamiento del funcionario en una posterior decisión administrativa⁴²⁰ o, lo que es lo mismo o muy parecido, proteger la confianza en la imparcialidad.

Empero, una vez dado ese paso, es ya muy difícil explicar en términos de imparcialidad todas y cada una de las hipótesis de cohecho: aun admitiendo la vulneración de la misma en los casos de cohecho propio antecedente⁴²¹, en los supuestos de corrupción impropia y en consideración a la función, el encaje con la imparcialidad (lesionada por el acto contrario a los deberes) parece francamente imposible y, por tanto, se descarta⁴²².

Pero la fuerza expansiva de las críticas que ya habíamos notado en Italia ha contagiado a los autores españoles, algunos de los cua-

⁴¹⁸ Así DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 138. En términos parecidos, se ha dicho que «asociar el objeto de tutela únicamente a la solicitud o recepción de la dádiva o aceptación del ofrecimiento o promesa, condena a este *quid pluris* ulterior que persigue el particular a una condición objetiva de punibilidad que no solo desnaturaliza los trazos históricos de la figura, sino que se desentiende de las intenciones del particular y resta lesividad y concreción material al injusto» (así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 105).

⁴¹⁹ Así MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «Los delitos...», cit., pág. 193 a 194.

⁴²⁰ Así MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «Los delitos...», cit., págs. 193 a 194. En términos parecidos, y, en todo caso, optando para una configuración de la corrupción impropia, antecedente y subsiguiente como un delito de peligro abstracto, RAMOS RUBIO, C.: «El delito...», cit., pág. 107.

⁴²¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 873.

⁴²² En este sentido, véase, entre otros, DELGADO GIL, A.: «Sobre...», cit., pág. 388 quien opta por otro bien jurídico; CASTRO MORENO, A.: «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras», en *Actualidad Penal*, 2002, n. 2, pág. 34. quien sugiere la despenalización de este ilícito debido a su falta de lesividad. Por otra parte, me parece evidente que ni la «honestidad en la prestación de la función pública» ni tampoco la «imagen del Estado de derecho» son bienes jurídicos cuya tutela ha de ser confiada al Derecho penal.

les han puesto en duda que, incluso en las hipótesis más graves de cohecho, pueda hablarse de lesión del bien jurídico «imparcialidad de la Administración pública»⁴²³. Así, se ha dicho que, en el caso de cohecho para la comisión de un acto delictivo, no deja de parecer algo artificioso hablar de lesión de la imparcialidad de la Administración pública y que sería preferible retener que el bien jurídico que se apunta a tutelar no es sino el protegido por el delito cuya comisión se pretende evitar. Y es complicado defender que, en todos los delitos que pueden ser cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo (y que, por tanto, pueden ser objeto del *pactum sceleris*), el bien jurídico protegido es la imparcialidad de la Administración pública (piénsese, por ejemplo, en la falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción de una dádiva)⁴²⁴.

⁴²³ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 78.

⁴²⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 78 quien observa que, en el caso de un funcionario público que recibe un soborno para cometer un delito de falsedad, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando, «la dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesión del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente». En estos casos, concluye, la sanción del cohecho se explica más bien como intento de proteger el bien jurídico menoscabado por esos delitos. Según el autor, la identificación del bien jurídico protegido con la imparcialidad está relacionada con (y, entiendo, puede mantenerse en) la identificación del delito objeto del *pactum sceleris* con la prevaricación administrativa. Parecida parecería la opinión de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública», en *Estudios penales y criminológicos*, XXII, 2000, págs. 335 a 387 (consultado en versión electrónica). Según el autor, la reconstrucción del bien jurídico en términos de imparcialidad «proporciona una ayuda ciertamente modesta sobre el plano de la reconstrucción hermenéutica de los delitos del cargo», ya que «habrá de convenirse, por ejemplo, en que la punibilidad de los delitos de prevaricación (art. 404 CP), abandono colectivo de servicio público (art. 409 CP) o infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP) no puede recavarse directamente del peligro que representan para el derecho a la igualdad de la ciudadanía frente a la Administración pública y a sus representantes, puesto que su consumación no requiere —ni como momento finalístico ni objetivo— la ilegítima realización de intereses privados bajo la forma de ventajas o perjuicios».

Y, en la corrupción propia antecedente para la realización de un acto no delictivo, anclar el desvalor al acto objeto del acuerdo (como si se estuviera pensando constantemente en casos de prevaricación «alargada» que no puede calificarse como tal, por ejemplo, porque al acto injusto no resulta arbitrario o no es una resolución administrativa⁴²⁵) choca con el dato de que aquí el único vicio (penalmente) reprochable al acto injusto objeto de pacto corrupto es justamente haber sido objeto de un pacto corrupto.

Mero tanto en este caso como en el supuesto en el que el acto pactado resulte finalmente constitutivo de delito de prevaricación, casi parece que explicar la sanción penal del cohecho antecedente propio en términos de imparcialidad, implica confundir la premisa con la consecuencia, ya que, mientras que, *de iure condito*, el momento lesivo del cohecho debe anclarse al pacto remunerativo, lo que merma la imparcialidad es, en realidad, la prevaricación (alargada) y no la recepción de la dádiva⁴²⁶.

Por otra parte, se ha afirmado que es dudoso que el propio texto constitucional español imponga un deber de imparcialidad a todos los funcionarios públicos. Si es cierto que, aparte del artículo 103 CE, podrían «traerse a colación los artículos de la Constitución 117.1, respecto a los jueces, y 124.2 respecto a los fiscales», no parece posible «encontrar una norma similar respecto de los parlamentarios»⁴²⁷. Pero además, si la imparcialidad de los jueces es, si se quiere, absoluta (en el sentido etimológico de la palabra) la que puede exigírseles a los funcionarios (en sentido administrativo) y a los fiscales, está condicionada, aunque no supeditada, a su inserción en una organización jerarquizada⁴²⁸.

⁴²⁵ Observa DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 80 que se trata de una «decisión no necesariamente constitutiva pero sí en la órbita de lo que trata de tutelar el delito de prevaricación».

⁴²⁶ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 79.

⁴²⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 872.

⁴²⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 873. Sobre la cuestión relativa a la independencia del Ministerio Fiscal, se remite, entre muchos, a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: «Garantías de autonomía del Ministerio Fiscal. Una asignatura pendiente en el desarrollo del estado constitucional», en *Diario La Ley*, n. 9737, 17 de noviembre de 2020 quien describe de forma eficaz el problemático *status quo*. *Ad abundantiam*, reténgase, no obstante, que la solución

El planteamiento centrado en el correcto funcionamiento de la Administración pública ha sido también objeto de críticas: el bien jurídico, se ha dicho, es amplio en demasía, puesto «que trata de abarcar el interés privado en acto de la función, la imparcialidad administrativa y la confianza en la Administración» y no tiene en cuenta la necesaria diferenciación entre función administrativa, judicial y política⁴²⁹.

Parecidas pero más contundentes, las observaciones de Vizueta Fernández. Frente a la configuración del bien jurídico propuesta por Olaizola, afirma Vizueta que, en primer lugar, es cuestionable que, de las premisas de las que parte la autora, deba extraerse como conclusión la naturaleza «de peligro abstracto» del delito de cohecho. Afirma Vizueta que, de cara al bien jurídico mediato individualizado en «la correcta prestación de servicios por parte de la Administración a los ciudadanos para garantizar su desarrollo y su participación», incluso el cohecho impropio representa una lesión y no una mera puesta en peligro, ya que «el funcionario público que solicita a un particular una cantidad de dinero para realizar un acto propio de su cargo que debería llevarse a cabo de forma gratuita, realiza una incorrecta prestación de su servicio»⁴³⁰. Lo mismo habría que concluir de cara al bien jurídico intermedio que, por otra parte, no parece capaz de dotar de mayor concreción a la lesividad del delito «pues alude a los deberes de fidelidad del funcionario y a la confianza y docilidad de los ciudadanos en frente a la Administración», criterios que deben desecharse por razones ya ampliamente expuestas en este trabajo. Pero la cuestión, según Vizueta, es que, además, el correcto funcionamiento de la Administración pública no es el objeto de protección de la norma sino, más bien, la *ratio* de su existencia.

De cara a la postura mantenida por Valeije, observa el autor que la misma debe rechazarse, ya que, en primer lugar, no diferencia entre

que plantea el autor, por motivos que ahora no vienen a cuenta, no convence, ya que inserta sin más a la política criminal en el marco de la política interior cuya competencia (de esta última pero, en mi opinión, no de la primera) el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno.

⁴²⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 871, nota 12. En el mismo sentido, véase, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., págs. 71 a 72.

⁴³⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 212.

función administrativa, judicial y legislativa, aclaración que le parece a Vizueta necesaria «para entender la complejidad del delito de cohecho» toda vez que se quiera cifrar su lesividad en la imparcialidad de la Administración pública⁴³¹. Más contundente aún resulta la observación de acuerdo con la cual, si se asume que tanto la corrupción propia como la impropia lesionan de la misma forma el mismo bien jurídico, no se entiende por qué la segunda debería ser sancionada más duramente que la primera⁴³².

Frente a la postura mantenida por Rodríguez Puerta, Vizueta cuestiona la diferente declinación del principio de imparcialidad a la hora de aproximarlos a la función administrativa, judicial y política. Según el jurista, de dos una: o bien se admite que «la actividad parlamentaria es claramente dependiente de los intereses y presiones de determinados grupos, clases o ciudadanos» o bien se postula que la misma ha de ser imparcial. Y ello porque la imparcialidad, entendida como «ausencia de interferencias en la toma de decisiones», es incompatible con la esencia de la actividad política así descrita⁴³³. Según el autor, además, es problemático pretender (como pretende Rodríguez Puerta) diferenciar entre beneficio personal y beneficio motivado por intereses electorales o políticos: ¿*quid* en el caso en el cual «un diputado se compromete a votar en un determinado sentido, en una sesión parlamentaria, a cambio de sumas importantes de dinero que irán a parar a las arcas de un partido, con las que se pagarán aberrantes campañas electorales, abogados defensores de militantes procesados por delitos graves u otros gastos semejantes?»⁴³⁴ De ahí que es inaceptable hablar de defensa del principio de imparcialidad en el delito de cohecho, ya que la misma «debería excluir, sin miramientos, de este delito toda solicitud o aceptación de dádivas realizada por parlamentario que

⁴³¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 221.

⁴³² VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 221. En estos términos, véase también COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 63 quien recalca que «el diseño estructural del cohecho pasivo propio antecedente se articula en torno al acuerdo injusto entre funcionario y particular encaminado al cumplimiento de un acto que, en sustancia, lesiona el interés general ínsito en la función pública». Al autor, le preocupa poner en valor «el acto del cargo a la hora de limitar la lesividad de las conductas básicas».

⁴³³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 225.

⁴³⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 225 nota 103.

tenga como contrapartida un acto inherente a su función». Si no se quiere llegar a ello, no hay alternativas: lo acertado será esforzarse en inquirir otro objeto de protección distinto a la imparcialidad⁴³⁵.

Finalmente, evidencia el autor que existe contradicción en la tesis de Rodríguez Puerta quien, por un lado, argumenta la irrelevancia, en términos de afectación del bien jurídico protegido, del cohecho impropio y, por otro, postula la lesividad de todo cohecho que tenga como objeto la realización de un acto discrecional, «con independencia de que este resulte objetivamente conforme a Derecho o contrario al ordenamiento jurídico»⁴³⁶. Observa Vizueta que de dos una: o se admite que la corrupción impropia no lesiona un bien jurídico protegido o bien se dice lo contrario. Pero, se emprenda uno u otro camino, hay que ser consecuentes: así, una vez afirmada la falta de lesividad suficiente del cohecho impropio, no vale limitar la observación a los sobornos cuya finalidad es la realización de actos reglados, ya que también los actos discrecionales pueden ser contrarios o conformes a los deberes del *intraeius*. De tal manera que, si se afirma que el cohecho por acto conforme a los deberes del cargo no tiene suficiente lesividad, deberá mantenerse que no es lesivo del bien jurídico protegido ni siquiera el cohecho por acto justo discrecional⁴³⁷.

4.4.2. *La corrupción como delito que no lesiona ni la imparcialidad ni el buen funcionamiento de la Administración pública. La falta de lesividad de todas las vertientes del delito como argumento para despenalizar el cohecho*

A la hora de analizar la evolución de la postura de la doctrina italiana en materia de bien jurídico protegido por el delito de cohecho, se ha dado cuenta de cómo las opiniones críticas hacia el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración pública han desembocado en tesis que cuestionan la compatibilidad de la regulación del cohecho, tanto activo como pasivo, tanto propio como impropio,

⁴³⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 225 a 226.

⁴³⁶ Para la postura de Rodríguez Puerta, se remite al apartado anterior.

⁴³⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 228 a 229.

tanto antecedente como subsiguiente, con los principios de lesividad, fragmentariedad e intervención mínima del Derecho penal.

En España, *mutatis mutandis*, dicha postura es mantenida, entre otros, por Vizueta Fernández.

Descartadas, por las razones ya expuestas, las opiniones que apuestan por la imparcialidad o el correcto funcionamiento de la Administración pública como bienes jurídicos protegidos por el delito de cohecho, no le queda a Vizueta, sino interrogarse acerca del real objeto jurídico de todas las hipótesis de corrupción.

Para ello, el jurista parte de una afirmación largamente compartida: la mera admisión, por parte de un funcionario público, de un regalo o dádiva ofrecidos en consideración a su cargo o función no implica ni una lesión ni una puesta peligro ni de la imparcialidad ni del buen funcionamiento de la Administración pública. Y ello es así porque la vulneración de dichos principios «requiere necesariamente que el funcionario se muestre dispuesto a resolver ‘parcialmente’ un asunto determinado; circunstancia, esta última, ajena a la descripción de la conducta típica»⁴³⁸.

Dicho ello y descartada la posibilidad de refugiarse en fórmulas contradictorias como las que insisten sobre la «venalidad» de los servidores públicos⁴³⁹, según Vizueta, no quedaría sino resolver la lesividad del cohecho de facilitación en la «honradez e integridad de la condición de funcionario público, que se lesionará cada vez que éste admita dádivas o regalos que le sean ofrecidos en consideración

⁴³⁸ Así VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., que menciona a RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Delito...*, cit., pág. 138. En realidad, razona en estos términos también GARCÍA ARROYO, C.: «Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 CP» en GÓMEZ RIVERO, C. (DIR.) *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 671 quien además afirma que «similares argumentaciones se podrían realizar respecto de los restantes bienes jurídicos que se han defendido en relación con el delito de cohecho». Como veremos, esta lectura del delito de cohecho (que aquí no se comparte) cuyo injusto típico cobraría virtualidad, en realidad, solo en el momento en el que se realiza el acto «parcial» es bastante difusa en doctrina aunque quizás no siempre se expresa con claridad. Muy claro a este respecto RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 171.

⁴³⁹ Véase *infra* los apartados 4.7. y 5.2.1.6.

a su función»⁴⁴⁰. Ahora bien, este bien jurídico, según Vizueta, no tiene entidad suficiente para ser protegido por el Derecho penal: en primer lugar, el mismo «no ha hallado acogida (...) ni siquiera en modo indirecto» en la Constitución⁴⁴¹. Pero, aparte de no merecer su vulneración una sanción penal, la misma tampoco parece necesaria, en ausencia de investigaciones empíricas que demuestran que las herramientas de otras ramas del ordenamiento jurídico no son suficientes para cumplir con la finalidad protectora de este bien jurídico⁴⁴². Aceptando estas premisas, afirma el autor, hay que abogar para la despenalización del delito⁴⁴³.

Hecha esta observación, el jurista construye su tesis a partir del argumento que, en el Derecho penal español, el núcleo del injusto del delito de cohecho, en todas sus vertientes, se apoya en la prohibición, para todo funcionario público, de admitir regalos o dádivas en consideración a su función⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 237.

⁴⁴¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 237 a 241.

⁴⁴² Véase también DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 137 quien niega que la honradez del funcionario público deba ser objeto de interés incluso del derecho administrativo o civil.

⁴⁴³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 241. Parecida aunque no coincidente del todo la opinión de De la Mata Barranco: este autor, que parte de premisas parecidas a las de Vizueta, habla, respecto de la tipificación como delito del *pactum sceleris*, de una prohibición de «recepción de un precio por parte del funcionario público» (DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 137). Para De la Mata, la única opción razonable para explicar (que no justificar) la penalización del cohecho, es el «dato del enriquecimiento» (en el caso del cohecho pasivo), y «de su favorecimiento» (en el cohecho activo). Pero, dirá el autor, «ello resulta insatisfactorio», en primer lugar, porque se pierde la posibilidad de explicar «la diversidad de penas previstas en atención al acto a ejecutar» y sobre todo porque «la trascendencia que se da al dinero como ‘elemento corruptor’, con independencia de que corrompa o no o de que aún corrompiendo implique lesividad penalmente relevante de alguna clase, es absolutamente desproporcionada con respecto a los parámetros en que ha de moverse el Derecho penal» (*Ibidem*: pág. 139). Para una opinión que parece muy cercana, véase COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 64.

⁴⁴⁴ Como hemos visto, parecida la opinión de De la Mata Barranco quien sustancialmente defiende que incluso en los casos de cohecho antecedente para realización de un delito de prevaricación, lo que ofende al bien jurídico imparcialidad, es la prevaricación objeto del acuerdo y no el acuerdo mismo (Así DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 78; *Idem*: «El bien...», cit.,

Y, en efecto, en el cohecho subsiguiente, el elemento ulterior constituido por el acto por cuya realización se busca recompensa no enriquece el objeto de tutela. La prohibición, en otras palabras, sigue siendo la misma: admitir dádivas o regalos por un acto propio de la función ya realizado, es lo mismo que admitir regalos o dádivas ofrecidos en consideración a la función⁴⁴⁵. Y, si la prohibición es la misma, el mismo sigue siendo el bien jurídico protegido e idénticas deben ser las conclusiones: su protección por medio del Derecho penal choca con los principios de fragmentariedad e intervención mínima.

En los casos de corrupción antecedente, por otra parte, el discurso cambia: aquí el tipo del injusto se enriquece por la presencia de un dolo específico, ya que se exige que el sujeto activo se represente algo que no necesariamente ha de producirse. Pues bien, en Derecho penal, afirma Vizueta, este elemento ulterior desempeña dos funciones y *tertium non datur*: o bien pretende adelantar la protección de un bien jurídico diferente respecto del que resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta dolosa del autor; o bien limita las conductas punibles a aquellas que suponen un ataque especialmente caracterizado para el bien jurídico protegido cuya particular peligrosidad se acota precisamente en la finalidad adicional perseguida por el autor que otorga al hecho un mayor desvalor⁴⁴⁶.

Ahora bien, en el caso del cohecho antecedente impropio, según el jurista, resulta problemático sostener que la finalidad de realizar un acto conforme a derecho supone, de por sí, la voluntad de lesionar un bien jurídico: si el acto es legítimo, de por sí, no implica ni lesión ni puesta en peligro para bien jurídico alguno. Queda entonces la otra opción con apoyo en la cual la finalidad del legislador, en estos casos, es limitar el abanico de conductas punibles a aquellas que suponen un ataque particularmente contundente para el interés protegido: el dolo específico, en otras palabras, no amplía el objeto jurídico del delito, sino que incide en la modalidad de lesión del mismo. Pero, si el propio

pág. 115.). De ahí que, para explicar la sanción del cohecho en el actual Código penal, no queda sino fijar la atención en el pacto que, naturalmente, protege algo distinto de la imparcialidad.

⁴⁴⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 248 a 249.

⁴⁴⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 261 quien cita a GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 128 a 233.

bien jurídico ofendido por la conducta dolosa no merece protección penal, restringir el alcance de la sanción aporta muy poco, incluso si con ello se pretende limitar la intervención penal a las hipótesis más graves. Según Vizueta, es inútil cuestionar si la lesión o puesta en peligro del bien es o no es suficientemente contundente, dado que, de por sí, «la honradez o integridad de la condición de funcionario» no es bien jurídico que merezca protección penal, ni siquiera frente a agresiones gravísimas⁴⁴⁷.

En el caso de la corrupción antecedente propia, el argumento es el mismo, pero las premisas son diferentes. El autor empieza por la hipótesis más grave contemplada en el Código penal de 1995 en la que la finalidad del pacto remuneratorio es la comisión de un delito. Aquí, el objeto del dolo específico pretende adelantar la protección del bien jurídico que resultaría lesionado por la comisión del delito objeto del acuerdo: para que no se cometa ese delito, el legislador decide sancionar el pacto remuneratorio con apoyo en el cual se acuerda su comisión⁴⁴⁸. Pero aquí es donde empiezan los problemas. En primer lugar, el Código penal impone la sanción no de todo acuerdo remuneratorio que apunte a la comisión de un delito por parte del sujeto público, sino que el delito pactado tiene que poderse realizar por parte del funcionario «en el ejercicio de su cargo»⁴⁴⁹. Pero resulta que la pena prevista para este supuesto es bastante más elevada de las que el legislador establece para muchos de los delitos que puede cometer un fun-

⁴⁴⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 264 a 265.

⁴⁴⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 273 a 274. En términos parecidos, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 140. No muy distinta la reconstrucción que propone RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 171 a 172 y 176 a 177, para quien el cohecho tipifica actos preparatorios que preceden a la toma de decisión del funcionario (*i.e.*, a la realización del acto del cargo). A diferencia de lo que defiende Vizueta, según este autor, las peculiares características del delito *de quo*, de alguna manera, justificarían el adelantamiento de la punibilidad a momentos anteriores siquiera al inicio de ejecución del comportamiento lesivo del bien jurídico protegido. De opinión distinta, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Del cohecho...», cit., pág. 2110.

⁴⁴⁹ Como se dirá más detenidamente *infra* en el apartado 5.5.1., debe recordarse que no constituye cohecho punible la retribución de un acto hacia el cual el sujeto público es manifiestamente incompetente. Sobre este particular, véase COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 160 y ss. y la bibliografía (y la jurisprudencia) ahí mencionada.

cionario público en el ejercicio de sus funciones. De ahí la cuestión: ¿cómo puede el legislador sancionar más gravemente el acuerdo para cometer un delito (un acto preparatorio punible⁴⁵⁰) que la comisión del delito mismo?⁴⁵¹ Ello, afirma Vizueta, supondría una evidente e insoportable⁴⁵² violación del principio de proporcionalidad. Y, según el autor, *de iure condendo*, la única solución posible sería la siguiente: si el delito pactado no se ejecutara ni llegara a poderse considerar como tentativa, que todo permanezca en el ámbito del ilícito disciplinario⁴⁵³; al contrario, «cuando el delito contrapartida de la dádiva se ejecute o haya un principio de ejecución del mismo, se aplicaría [la pena prevista por] tal delito en grado de consumación o de tentativa, según el caso, con la agravante genérica de precio, recompensa o promesa. La dádiva o promesa solicitada, recibida o aceptada servirá, por tanto, por un lado, para fundamentar la aplicación de un ilícito

⁴⁵⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 274. Describe el delito de cohecho como una tipificación expresa de actos preparatorios también RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 171 a 172 y 176 a 177 aunque, como ya hemos dicho, este autor llega a conclusiones diferentes.

⁴⁵¹ Recuérdese que el autor escribe bajo la vigencia del Código penal de 1995 que, en su artículo 419, sancionaba el pacto corrupto que tenía como finalidad la realización por parte del servidor público de un acto delictivo. Reténgase que, en el espectro de aplicación del actual artículo 419, sigue entrando el supuesto de pacto corrupto que tiene como objeto un acto delictivo, pero que el legislador ya no agrava (por lo menos expresamente) la sanción para el autor de cohecho por la naturaleza delictiva del acto del cargo comercializado. Véanse, sobre este punto, las consideraciones de DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., págs. 38 a 39.

⁴⁵² VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 282.

⁴⁵³ Distinta la opción de De la Mata Barranco quien defiende que la tipificación penal del cohecho antecedente propio para un acto delictivo puede entenderse necesaria «como adelantamiento y extensión de la intervención penal en aras a tutelar bienes jurídicos a cuya tutela se dirigen también los delitos a que hace referencia el precepto». Admite el autor que la opción que defiende es «cuestionable» y «objetable», precisamente reconociendo problemas penológicos, pero, sigue De la Mata, al menos parece sustentarse «en la posibilidad de lesión» de los bienes jurídicos protegidos por los delitos cuya comisión es objeto de acuerdo, cosa que es imposible en las demás vertientes del cohecho (así DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 140). No muy distinta la solución de RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 171 a 172 y 176 a 177.

disciplinario y, por otro, para agravar la pena del delito contrapartida de la dádiva»⁴⁵⁴.

Quedan las hipótesis de corrupción propia antecedente en las que el acuerdo tiene como finalidad la realización de un acto contrario a los deberes inherentes al cargo no constitutivo de delito. En opinión del autor, si se comparten las observaciones anteriormente expuestas, el problema se resuelve fácilmente: si contrasta abiertamente con el principio de proporcionalidad conminar una sanción penal a un acuerdo remuneratorio que tenga como finalidad la realización de un delito por parte del funcionario público en el ejercicio de su cargo, *a fortiori*, la incompatibilidad con este principio deberá afirmarse para aquellos acuerdos cuyo objeto es un ilícito administrativo realizado por el mismo funcionario⁴⁵⁵.

Con respecto al cohecho activo que, según Vizueta, no es sino el revés del pasivo, la falta de legitimidad de la sanción penal del segundo atropella al primero y le condena a la misma sentencia: la sanción penal del cohecho del *extraneus* es contraria a la idea de un Derecho penal lesivo de un bien jurídico protegido, fragmentario, proporcional y mínimo.

4.5. OTRAS POSTURAS: EL INTERÉS PRIVADO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Como ya hemos visto al abordar los planteamientos propuestos por la doctrina italiana, las dificultades a la hora de reconstruir la lesividad del cohecho en términos de imparcialidad o buen funcionamiento de la Administración pública parecen aconsejar dirigir la búsqueda del bien jurídico protegido por el delito hacia otros lugares. Al igual que los autores transalpinos antes mencionados, parte de la doctrina española parece haber acatado esta sugerencia.

En este marco, es, en cierta manera, relacionable con las posturas mantenidas en Italia por Grosso y Pagliaro⁴⁵⁶ la que asume, en Es-

⁴⁵⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., págs. 285 a 286.

⁴⁵⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 295.

⁴⁵⁶ Véase *supra*, apartado 3.4.

paña, Córdoba Roda quien identifica el objeto de la prohibición con el objeto de protección. Según este autor, «el bien que en concreto tutela» el delito de cohecho «lo es, ante todo, el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción, esto es, el de evitar que ejerciten sus funciones, ya de modo conforme a derecho ya de forma contraria a él, en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos» lo que quebrantaría, finalmente, el prestigio social de la Administración pública⁴⁵⁷. Amén de ello, según este jurista, en la previsión de la modalidad autónoma de cohecho consistente en la solicitud del funcionario público, existiría la intención de proteger otros intereses «tales como los de los propios administrados que se ven empujados al pago de una dádiva por el funcionario público o los de la propia Administración que pueden resultar puestos en peligro como consecuencia del acuerdo entre un funcionario y quien acepta su solicitud de realizar un acto injusto»⁴⁵⁸.

Dicha postura, formulada de forma quizás menos precisa y elaborada que en Italia, ha tenido, en la doctrina española, un respaldo más bien escaso. Es relativamente común la observación con apoyo en la cual, reconstruir la lesividad del cohecho en términos de prohibición de compraventa de un acto público sería tautológico y, así procediendo, se terminaría identificando el contenido de la prohibición de la norma con su objeto jurídico: la prohibición de compra-vender actos de oficio, en otras palabras, podrá ser medio para proteger un bien jurídico pero no identificarse con éste. La postura criticada, además, encontraría dificultades insuperables a la hora de fundamentar la sanción del cohecho subsiguiente, ya que, en estos casos, no se produce una retribución, sino una recompensa; por otra parte, tampoco podría hablarse de una auténtica compraventa en el caso de cohecho de facilitación. Finalmente, vincular la lesividad del delito al aprovecha-

⁴⁵⁷ CÓRDOBA RODA, J.: «El cohecho de funcionarios públicos», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Victoria*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1983, págs. 175 a 176. Recientemente, en términos parecidos, Aoulad Ben Salem Lucena, A. J.: «El delito de cohecho tras la reforma del Código penal de 2015», en Cuadrado Ruiz, M. A. y Aoulad Ben Salem Lucena, A. J. (coords.): *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 194 a 199.

⁴⁵⁸ CÓRDOBA RODA, J.: «El cohecho...», cit., pág. 176.

miento de la función por parte del funcionario, implicaría quitar toda justificación a la sanción del *extraneus*⁴⁵⁹.

Demasiado genéricas parecen también aquellas posturas que se refieren al «ejercicio irregular de la función pública» que se vería alterado por «la posibilidad que el titular de la misma anteponga sus intereses personales de enriquecimiento económico privado sobre las exigencias de servicio a la causa pública inherentes al correcto ejercicio del cargo»⁴⁶⁰.

En este mismo marco, ha de inscribirse aquella reconstrucción del objeto de tutela en la que se hace hincapié en «los servicios que los poderes públicos vienen obligados a ofrecer a los miembros de la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico», bien jurídico que «se compadece mal con el soborno que tiene por finalidad, introducir, casi siempre, desviaciones en la prestación de aquellos servicios»⁴⁶¹. La ausencia de interés privado en actos de oficio, se dirá, podrá ser *ratio legis*, el criterio agrupador de todos los delitos de los funcionarios que se integra en el más amplio bien jurídico categorial del Título XIX, pero, debido a su desmesurada amplitud, es inidónea para los fines que aquí interesan en tanto que su identificación con el bien jurídico privaría de su función material y crítica al objeto jurídico del delito⁴⁶². La postura en examen, además, parece incapaz de explicar la diferencia de tratamiento entre la corrupción propia e impropia, antecedente y subsiguiente⁴⁶³.

⁴⁵⁹ Así OLAIZOLA NOGALES, I.: *El Delito...*, cit., pág. 98.

⁴⁶⁰ Así POLAINO NAVARRETE, M.: «Cohecho», cit., pág. 364. En términos parecidos, LANDECHO VELASCO, C. M.: «Cohecho», en MOLINA BLAZQUEZ, C.: *Derecho penal español. Parte especial. Redactado conforme al nuevo Código penal de 23 de noviembre de 1996, II ed.*: pág. 417 que observa que, en el cohecho, el funcionario se «deja llevar» por móviles ajenos a la misma y, concretamente, por el «lucro ilícito».

⁴⁶¹ ORTOS BERENGUER, E.: «El Cohecho», en VIVES ANTÓN ET ALT.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 472.

⁴⁶² En estos términos OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 871. En el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 84; véase también COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 42.

⁴⁶³ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 85.

4.6. OTRAS POSTURAS: LA CONFIANZA EN EL CORRECTO EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. CRÍTICA

La «confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función pública» como objeto jurídico del delito de cohecho, encuentra, en España, su principal defensor en Bacigalupo quien sostiene que este interés sería lesionado «cada vez que las decisiones de la autoridad aparezcan como producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y especialmente cuando exista el peligro de que puedan ser ‘compradas’ por particulares»⁴⁶⁴. En este sentido, también se ha dicho que, aunque la conducta de cohecho, aisladamente considerada, no es susceptible de afectar a la «confianza» en la Administración pública, su sanción se justificaría para evitar el peligro (abstracto) de una «repetición acumulativa de hechos (...), por sí mismos inocuos» que sí lesionarían el bien jurídico si repetidos: «si estos ataques se multiplican», se ha afirmado, «se puede llegar a la destrucción no de la confianza sino del propio Estado»⁴⁶⁵.

Frente a esta postura, sostenida también por ilustres juristas alemanes⁴⁶⁶, se ha dicho que, en primer lugar, debería diferenciarse entre

⁴⁶⁴ BACIGALUPO, E.: «Sobre...», cit., págs. 387 a 388. Véase también CEREZO MIR, J.: «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», en *Revista de Derecho penal y criminología*, vol. 10, n. 10, 2002, pág. 72 quien identifica el bien jurídico protegido por el delito de cohecho (en términos de puesta en peligro) con la «confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa».

⁴⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 220. Proteger la existencia del Estado, por otra parte, recuerda muy de cerca aquellos planteamientos doctrinales que, a la hora de postular cierto carácter institucional al bien jurídico, identificaban al ordenamiento como una institución a protegerse *per se*. En este sentido, se ha observado que «puesto que el Derecho penal es una parte de este ordenamiento, la consecuencia lógica de este planteamiento, sería que el Derecho penal se tutelaría a sí mismo» así ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 60. Para un acercamiento entre esta postura y la ya criticada visión del bien jurídico protegido como mera violación del deber funcional, véase *infra* en este mismo acápite.

⁴⁶⁶ Por todos, véase ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 74; HEFENDEHL, R.: «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de*

la «confianza» en la no lesión de otro bien jurídico⁴⁶⁷ y la confianza como objeto de tutela autónomo. Cifrar la lesividad del cohecho en la «confianza», en efecto, tendría sentido tan solo en esta segunda hipótesis, ya que, en la primera, sería preferible hablar de puesta en peligro para el bien jurídico realmente protegido.

Dejando a un lado críticas difusas que no resultan del todo persuasivas⁴⁶⁸, de forma particularmente contundente, se ha observado que

ablalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 190 que, sin referirse expresamente al cohecho, habla de «confianza en la incorruptibilidad del aparato funcional»; LOOS, F.: «Del 'bien jurídico' en los delitos de cohecho», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009 (traducción del artículo original «Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte», en STRATENWETH ET ALT. (EDS.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag*, 1974), págs. 879 y ss. Siempre en la doctrina alemana pero en sentido crítico frente a este planteamiento y con argumentos parecidos a los esgrimidos por parte de la doctrina española y que en seguida se apuntarán (y que sustancialmente, al neto de algunos matices, se comparten), véase KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán», en *Política Criminal*, 2007, n. 3, pág. 9. Para los matices de la postura de este jurista que no resultan del todo convincentes, se remite a RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 162 a 163 cuya opinión (sobre este particular) sustancialmente se comparte.

⁴⁶⁷ Lo que implicaría conformarse con un entendimiento de la confianza como un bien jurídico intermedio cuya lesión implicaría una puesta en peligro para el bien mediato que se suele identificar o bien con la imparcialidad o bien con el buen funcionamiento de la Administración pública. En el primer sentido (identificación del bien mediato con la imparcialidad), véase *supra* la postura de Portillas Contreras. Sostiene en cambio que el bien jurídico protegido de forma mediata es el buen funcionamiento de la Administración pública, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios judiciales, Madrid, 1994, pág. 303 que ve en la lesión de la confianza, una puesta en peligro para el buen funcionamiento de la Administración pública.

⁴⁶⁸ En particular, quiero aquí prescindir de aquellas posturas que han subrayado como la confianza en el buen funcionamiento de la Administración pública, es elemento lesivo común a todos y cada uno de los delitos del título XIX Código penal español (así OLAIZOLA NOGALES, I.: *Delito...*, cit., pág. 99 y, en el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 87). La acusación «generalista», si se me pasa la expresión, es argumento que, por sí solo, no persuade y que además se presta demasiado fácilmente a ser utilizado en sentido contrario también de forma «generalista». Así, lo hemos visto, no es infrecuente que los partidarios de una opinión critiquen a los demás por mantener tesis demasiado generales. Así, por ejemplo, que quien apunta hacia la imparciali-

la adopción de esta segunda posición no parece viable: el verbo confiar, en efecto, precisa de un complemento⁴⁶⁹. Que se confíe, está bien, pero ¿en qué se confía? Y, una vez contestada la pregunta, habrá que admitirse que el auténtico bien jurídico es el objeto de la confianza y no la confianza misma que depende de la integridad de su objeto⁴⁷⁰. En otras palabras, si se confía en el buen funcionamiento de la Administración pública, será la afectación del buen funcionamiento de la Administración pública que hará disminuir la confianza en el mismo; si se prefiere cifrar el objeto de la confianza en la imparcialidad, será el menoscabo de esta última lo que afectará a la confianza⁴⁷¹.

Un planteamiento distinto que pretenda prescindir del objeto de la confianza, se arriesga a identificar el menoscabo de la misma con el grado de conocimiento que tengan los ciudadanos de la afectación del buen funcionamiento (o imparcialidad...) de la Administración. Y, en toda franqueza, parecen apuntar hacia esta dirección aquellas opiniones que han defendido que deberían tenerse en cuenta criterios de «representatividad» relacionada con la importancia del «cargo pú-

dad de la Administración pública critica a quien sostiene que el objeto jurídico del cohecho es el correcto funcionamiento de la misma argumentando que este segundo bien jurídico se termina menoscabando toda vez que se comete algún delito contra la Administración pública. Pero, viceversa, quienes mantienen que el objeto jurídico del delito es el correcto funcionamiento de la Administración pública sostienen que es la imparcialidad a ser «demasiado genérica», ya que resultaría vulnerada en todos los delitos contra la Administración pública.

⁴⁶⁹ No convencen, sobre este punto, las aclaraciones de LOOS, F.: «Bien...», cit., págs. 879 y ss. El autor habla de «confianza en la integridad de la Administración» y sostiene sustancialmente que la misma es fundamental para garantizar el deber de obediencia de los ciudadanos hacia el Estado, deber sin el cual, la Administración se «desmoronaría». En mi opinión, quedaría por explicar por qué razón episodios de cohecho mermarían esta confianza, supuesta *conditio sine qua non* para el funcionamiento de la Administración pública. Y sería precisamente esta razón, cualquiera que ella fuese, lo que debería integrar el bien jurídico protegido.

⁴⁷⁰ Véase también SOTO NAVARRO, S.: «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2005, n. 2, pág. 895 quien cifra el objeto de la confianza (algo «difícilmente mensurable en términos objetivos») en la «función social asignada a cada institución» que es justamente (la función social) el núcleo del que, según la autora, debe partirse para la reconstrucción del bien jurídico en los delitos contra la Administración pública.

⁴⁷¹ En estos términos, también RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 163.

blico» del *intraneus* porque, cuanto mayor sea la «responsabilidad política del mismo», tanto mayor sería la «gravedad intrínseca del hecho (...), al ocasionar una pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema»⁴⁷². En realidad, no se termina de entender por qué un servidor público electo investido de gran responsabilidad política que *v.gr.* «vende» su voto en favor de una ley debería preocupar más que un funcionario «de carrera» que «vende» su voto en una mesa de contratación en la que se está adjudicando un contrato multimillonario. *Ictu oculi*, además, la defensa de la postura *de qua* se acerca peligrosamente a la idea de que no importa que la Administración pública funcione correctamente, sino que lo que el Derecho penal ha de apuntar a preservar es la ignorancia de los ciudadanos de cara a su mal funcionamiento⁴⁷³. Lo cual, en verdad, parece difícil de compartir⁴⁷⁴.

⁴⁷² Véase JAREÑO LEAL, A.: «Los delitos contra la administración y la contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», en AA.VV.: «*La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*», Atelier, Barcelona, 2016, pág. 535 que propone graduar la sanción en atención al perfil «político» del *intraneus*.

⁴⁷³ La crítica es muy difundida. Por todos, se remite aquí a DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 88 y a la bibliografía por éste mencionada. Véase también, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 75 y ss. Por otra parte, como veremos más adelante, el planteamiento que coloca a la «confianza» y la «docilidad» de los ciudadanos al centro de la objetividad jurídica del delito de cohecho parece poder relacionarse con ciertas reconstrucciones funcionalístico-sistémicas del derecho como estabilizador de expectativas que, por así decirlo, degradan la legitimación del derecho a mera ficción despojada «de sus fundamentos racionales» y reducida «al arte de imponer decisiones vinculantes sin provocar resistencia» (así LÓPEZ DE LIZIAGA, J. L.: *Lenguajes y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, pág. 149). En el momento en el que (como aquí propondremos) se acepta que «es necesario (...) reconocer el hecho de que el poder legítimo es aquel que los sometidos aceptan basándose en razones, es decir, el poder al que los sometidos dan su consentimiento racional» (*Ibidem*: pág. 150) el derecho (penal) tendrá que bascular hacia (es decir, proteger) aquellos mecanismos que garantizan la racionalidad de la decisión, dejando en el fondo la disposición de los ciudadanos a acatarla «dócilmente»: en un Estado democrático de derecho, la «docilidad» será consecuencia de dicha racionalidad y nunca un bien jurídico a protegerse por sí mismo, prescindiendo de aquélla.

⁴⁷⁴ De opinión parecida, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento...», cit., quien observa que «de entrada, cabría poner en duda la misma idoneidad del factor ‘confianza’ en orden a alcanzar un ‘impecable’ funcionamiento de la Administración. La confianza ‘ciega’ de un entorno social desconocedor de los

4.7. OTRAS POSTURAS: LA NO VENALIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Octavio de Toledo, por su parte, cifra el objeto de protección del delito de cohecho en la no venalidad en el ejercicio de las funciones públicas⁴⁷⁵. Para entender correctamente qué significa venalidad, recurre el autor al Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁴⁷⁶. Sigámosle (utilizando la versión *online* del mismo). Si buscamos la palabra «venalidad», la respuesta que encontremos será que la misma es «cualidad de venal». No queda, por tanto, sino desplazar la búsqueda a este segundo término. El diccionario propone dos posibles significados de «venal»: el primero, al que hace referencia Octavio de Toledo, es «vendible o expuesto a la venta»⁴⁷⁷, pero el segundo es «que se deja sobornar con dádivas».

Defiende el autor que, si bien su construcción se aproxima a la que cifra la lesividad del cohecho en «que los actos oficiales no sean

niveles de corrupción o convenientemente ‘adoctrinado’ a través de los medios de comunicación social puede servir a la consolidación de un sistema administrativo opaco, opuesto a la transparencia, a la imparcialidad y a la sumisión a la ley que —con arreglo a la Constitución— deben informar todas las actuaciones de la Administración Pública. Y, en cambio, si dicha confianza se concibe como secuela de un ‘adecuado’ (a saber, legal, imparcial, ajustado a Derecho) desenvolvimiento de las acciones administrativas, solo podría resultar perjudicada cuando la conducta del cargo no se acomodase a los cánones constitucionales, esto es, cuando fuese antijurídica por atentar contra ‘otro’ bien jurídico-penal, del que por ello, en palabras de Amelung, siempre aparecería como accesorio. En otro sentido, la noción de confianza no proporciona una imagen descriptiva, ‘agotadora’, coherente con la seguridad jurídica, del bien jurídico; su excesiva vaguedad hace de ella un concepto formal, incapaz de justificar diferencias sistemáticas o valorativas entre ésta y cualquier otra clase de delitos». En el mismo sentido indicado en el texto, añade el autor que «el rol técnico que le corresponde a la ‘desconfianza’ del administrado en el ámbito de los delitos de los funcionarios es el de indicio o síntoma de su dañosidad social, esto es, de elemento complementario al bien jurídico que debe desplegar toda su eficacia en el terreno de la argumentación político-criminal, a la hora de evaluar la necesidad de tipificar determinados comportamientos».

⁴⁷⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 871. En términos parecidos, DELGADO GIL, A.: «Sobre...», cit., pág. 388.

⁴⁷⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 871.

⁴⁷⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 871, nota 12.

objeto de compraventa»⁴⁷⁸, la misma se sustrae a las consideraciones críticas planteadas por la doctrina y a las que ya se ha hecho referencia. Al contrario, la ventaja de asumir como objeto de protección la «no venalidad» consiste en que la misma permite explicar la lesividad «de todas y cada una de las modalidades de cohecho». Se trata, en palabras del autor, de «un objeto de protección que lesionan o ponen en peligro de lesión, según los casos pero sin excepción, las diferentes conductas típicas de cohecho»⁴⁷⁹. Así, toda vez que el pacto llega a su conclusión, el bien jurídico «venalidad» resultará lesionado, de la misma forma que cuando el funcionario solicite; resultará, en cambio, puesto en peligro toda vez que el delito se consuma con el ofrecimiento del particular⁴⁸⁰.

Este planteamiento ha sido objeto de críticas. En primer lugar, se ha dicho que es difícil distinguir entre esta tesis y la sostenida por Grosso y Pagliaro que identifica el objeto de protección con la prohibición de compraventa de actos públicos: «la venalidad (...)», se ha observado, «es la cualidad de venal, y venal significa, en una de sus acepciones (...) vendible o expuesto a la venta». Pero, si ello es así, «el sustantivo adjetivado por estos calificativos, esto es, aquello que puede venderse o exponerse a la venta, ha de ser [necesariamente referido a] algo determinado, concreto»⁴⁸¹. La primera consecuencia de ello es que ha de descartarse la posibilidad de abarcar bajo el prisma de la «no venalidad» el cohecho de facilitación en el cual no se vende absolutamente nada. Por otra parte, en los casos de corrupción subsiguiente tampoco existiría realmente una afectación al bien jurídico «no venalidad»: en estas hipótesis, el acto «que ya ha desplegado sus efectos (...) ya no puede ser vendido o expuesto a la venta, no puede ser utilizado como objeto de trueque»⁴⁸².

Pero, además de ello, son extensibles a esta postura críticas parecidas a las que se movían a aquella sostenida por los dos mencionados juristas italianos: la proximidad entre la idea no venalidad y la infracción de deber parece aconsejar, en este caso también, la necesidad

⁴⁷⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 871, nota 12.

⁴⁷⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., pág. 871.

⁴⁸⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho...», cit., págs. 871 a 872.

⁴⁸¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 236.

⁴⁸² VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 237.

de la búsqueda de un objeto de tutela ulterior para cuya protección serviría la obligación de no ser venal.

Es difícil, se ha dicho, «dotar de un contenido realmente sustantivo a esa idea de no venalidad que la aleje del mero reproche por la obtención de un beneficio al que no se tiene derecho (...) y la virtualidad de la misma para satisfacer el contenido material del concepto de bien jurídico por la dificultad de aceptar que su quiebra pueda afectar la satisfacción de necesidades personales cuando esa venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares»⁴⁸³, esto es, en los casos de corrupción propia.

Pero, según apunta parte de la doctrina, sería problemático argumentar que incluso en los casos más graves de cohecho se estaría protegiendo el bien jurídico objeto de crítica. En este sentido, se ha afirmado que, postular que una venta de actos ilícitos (hipótesis de corrupción propia) infringe el deber de «no venalidad», «sería como darle legitimidad». Es sensato afirmar que «un determinado comportamiento público lícito no ha de realizarse a cambio de una dádiva» pero «un comportamiento relativo al ejercicio del cargo que sea ilícito, simplemente no ha de realizarse, ni con dádiva ni sin ella. Proteger la no venalidad de una actuación ilícita sería comparable a proteger la libre competencia en el tráfico de heroína»⁴⁸⁴.

4.8. EL COHECHO PROPIO COMO LESIVO DE BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES DE LOS ADMINISTRADOS

Como hemos visto, aquellas posturas que colocan en el epicentro de la lesividad del cohecho a la imparcialidad y (más todavía) al buen funcionamiento de la Administración pública, al enfrentarse a las distintas vertientes del delito tal y como tipificadas por el legislador, terminan reduciendo la virtualidad del injusto a la contrariedad del acto contrario a los deberes del cargo (objeto del pacto) en el que se cifraría el menoscabo de los bienes jurídicos así declinados. Ahora, cuanto

⁴⁸³ Así DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 85. En términos parecidos, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 92.

⁴⁸⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos...*, cit., pág. 237.

más se pretende justificar al amparo de este paraguas la sanción penal de las vertientes impropia y subsiguiente del delito (por no hablar del cohecho de facilitación) más se trae a colación el peligro abstracto⁴⁸⁵ que, finalmente, también desempeña cierto papel a la hora de explicar la relación con el bien jurídico del cohecho propio antecedente en el que, como ya hemos dicho, el acto del cargo contrario a los deberes solo aparece *de iure condito* como objeto de un dolo específico (como sabemos, su realización no es ni mucho menos necesaria para que el delito pueda considerarse consumado)⁴⁸⁶.

Y francamente, poco aporta ya la elegancia de las reconstrucciones de la lesividad que traen a colación más o menos complejos bienes jurídicos intermedios que, a veces, cuesta distinguir de la *ratio* de la incriminación o del contenido de la prohibición⁴⁸⁷; ni me parece que tenga ya relevancia alguna el debate en torno a la naturaleza concreta, abstracta (o abstracta-concreta) del peligro⁴⁸⁸: si el acto del cargo es objeto de dolo específico y a la vez se pretende afectado el bien

⁴⁸⁵ Aunque según COMES RAGA, se trata de peligro concreto.

⁴⁸⁶ De la diferenciación clara entre el pacto (tipificado como delictivo por el legislador) y su objeto (elemento que menoscaba el bien jurídico protegido, pero cuya realización no requiere el tipo), se ha extraído la configuración del delito de cohecho propio antecedente como anticipación de «la consumación típica al mero acuerdo en aras de la ulterior lesión del buen funcionamiento de la administración pública» (así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 104 a 105).

⁴⁸⁷ El bien jurídico intermedio (con independencia de su concreta acotación) parece tener como única finalidad la de explicar que el momento consumativo del delito se haya fijado en un momento anterior al que se produce la lesión del bien jurídico protegido (así, por ejemplo, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 108 a 109). Pero, así procediendo, a la vez que se termina postulando su lesión (*iuris et de iure*) el problema sigue siendo la afectación del bien jurídico mediato que aparece ya solo como puesto en peligro. Me pregunto qué aporta añadir un bien jurídico (en el caso del autor citado, por ejemplo, la imparcialidad) cuya única función sea agrupar el conjunto de condiciones que afectan a la seguridad del bien jurídico final y si no sería preferible, una vez emprendido ese camino, decir, sencillamente, que ese bien intermedio no es sino la *ratio* que explica el adelantamiento de la punibilidad y centrar por tanto la atención en el bien jurídico final cuyo menoscabo se sigue postulando como necesario. A este respecto, parecen útiles las advertencias de PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.: «¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?», en *Revista General de Derecho penal*, 2018, n. 29, págs. 14 a 15.

⁴⁸⁸ Como tampoco me parece que tenga relevancia preguntarnos si se trata de un delito «de intención»...

jurídico en el momento en el que el acto se realiza, es evidente que solo será razonablemente pensable como digno de protección penal el cohecho propio y solo podrá serlo si se asocia la reconstrucción de su lesividad con la idea de peligro para el bien jurídico. El resultado es que todo se torna más vago y que la función crítica del bien jurídico bascula peligrosamente hacia un menoscabo *in re ipsa* del mismo que debe darse presumido *iuris et de iure* toda vez que se comprueba un supuesto subsumible en el tipo abstracto.

Más adelante nos ocuparemos telegráficamente del complejo (demasiado para este trabajo) debate inherente a la compatibilidad con los principios del ordenamiento jurídico penal de la protección de bienes jurídicos supraindividuales utilizando la técnica del peligro abstracto⁴⁸⁹. De momento, podemos adelantar, que, casi como *pendant* de aquellas posturas que pretenden limitar la operatividad de la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico a la protección de bienes jurídicos individuales, la doctrina más reciente que se ha ocupado del bien jurídico protegido por el delito de cohecho ha propuesto limitar la relevancia penal de la corrupción (propia antecedente) a los supuestos en los que resulta menoscabado un bien jurídico individual del que es titular un administrado y que se ve injustamente preterido por el acto del cargo (contrario a los deberes del *intraneus*)⁴⁹⁰. En este marco, se ha dicho que sería preciso hallar en el supuesto tipificado por el artículo 419 del Código penal un «indicio de lesividad que confirme la lesión final de los bienes y que asuma, por lo tanto, las legítimas expectativas de los particulares como bienes individuales», indicio que se cifraría, ya lo sabemos, en la «contrariedad del acto a los deberes del cargo»⁴⁹¹ que se convertiría en penalmente relevante toda vez que «se trata de proteger los intereses individuales de los ciudadanos agraviados con el acto contrario a los deberes del cargo»⁴⁹².

La ventaja de esta propuesta salta a la vista: así, por fin, el bien jurídico protegido deviene en algo aprehensible...casi puede tocarse e incluso esgrimirse como criterio operativo para explicar supuestos de realización de la conducta formalmente típica pero materialmente

⁴⁸⁹ Sobre este punto, véanse *infra* los apartados 5.1.4. y 5.1.5.

⁴⁹⁰ Así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 112 a 113.

⁴⁹¹ Así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 114 a 115.

⁴⁹² Así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 115.

inocua: piénsese, se dice, en el supuesto en el que un «funcionario que, a cambio de una ventaja indebida, acelera un expediente administrativo mientras otros sujetos esperan pacientemente sin ser directamente perjudicados»; en este caso, tendríamos un ejemplo en el que «una conducta contraria a los deberes del cargo no» lesiona «el bien jurídico protegido», ya que «no siempre, y en todo caso, este privilegio que se le confiere al particular se convierte en una lesión o puesta en peligro del interés público»⁴⁹³.

Aún con todo, esta solución, *de iure condito*, no parece practicable: el legislador no realiza ni presupone la limitación propuesta (relevancia penal supeditada al menoscabo de bienes jurídicos individuales de los interesados) y ya sabemos que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Pero incluso si la solución se planteara en una óptica *de iure condendo*, cabría oponer, en primer lugar, que se dejarían en el tintero todos aquellos supuestos en los que la actuación de la Administración termina menoscabando un bien jurídico supraindividual (piénsese en un soborno en materia urbanística para calificar como urbanizable un terreno alejado del núcleo urbano o, si se prefiere, en un soborno pagado para evitar que la Administración reaccione contra un vertido tóxico en una zona deshabitada).

De la misma manera, la aproximación *de qua* no puede explicar la relevancia de los sobornos completamente *endoadministrativos* en los que el acto del cargo tiene como único destinatario a la propia Administración⁴⁹⁴: los casos en los que el *extraneus* (que aquí bien podría

⁴⁹³ Si leo correctamente, así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 116.

⁴⁹⁴ Piénsese por ejemplo, en

1. un funcionario que promete beneficios y ventajas al Director General competente en materia de función pública obteniendo, a cambio, la promesa de que su mujer, también funcionaria, será ascendida mediante una modificación de la Relación de Puestos de Trabajo que implique el aumento de las retribuciones de su puesto y, por lo tanto, sin que ello afecte a otros compañeros; o,
2. en el funcionario al que le ha sido confiada la tramitación de un expediente administrativo y que sabe que la rapidez y pulcritud del procedimiento influirán en sus posibilidades de ascenso; ahora supongamos que el órgano de control interno halle problemas (incluso formales) en el expediente y que el funcionario del centro gestor decida sobornar al interventor con tal de que los omita en su informe.

ser un funcionario público⁴⁹⁵) pacta con el *intraneus* la realización de un acto interno a la Administración (por ejemplo, relativo al control de legalidad⁴⁹⁶) contrario a derecho, son susceptibles de producir efectos extremadamente relevantes que no parecen poderse explicar de forma plausible pensando en el concreto interés del (eventual⁴⁹⁷) administrado que podría ver (muy de lejos, claro está) frustrado su interés individual. Una vez fijado el rumbo hacia el interés individual del ciudadano (en carne y hueso) concretamente contra-interesado en el acto contrario a los deberes del cargo, la brújula parece falsear el norte, dejando fuera de la visual a supuestos de extrema gravedad que desde luego no parece viable (ni compatible con el principio de proporcionalidad) dejar en manos del derecho administrativo sancionador, toda vez que se quiere ocupar al Derecho penal con otros (que aun lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos individuales) fácilmente pueden imaginarse de mucha menor gravedad⁴⁹⁸.

Tanto *de iure condito* como *de iure condendo*, parece difícil dudar de la tipicidad de ambos supuestos, pero no por ello resulta fácil hallar intereses individuales afectados por los dos sobornos.

⁴⁹⁵ Por eso, como dijimos en otro lugar, hierra profundamente el legislador español cuando, en el artículo 424, le llama «particular» (sobre este particular, perdónese la remisión a CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., págs. 49 y ss.)

⁴⁹⁶ Nótese que no necesariamente debe limitarse el alcance de la crítica a vicisitudes que acontecen en una única Administración. Piénsese, por ejemplo, en el jefe de servicio de una administración autonómica que soborna al auditor del Tribunal de Cuentas con la finalidad de que no señale irregularidades detectadas en los apuntes contables realizados.

⁴⁹⁷ No convencería una objeción que asumiera que siempre hay un administrado interesado, más o menos directamente. Es relativamente fácil pensar en actos administrativos que despliegan sus efectos solo dentro de la Administración (valgan los ejemplos ya mencionados). Lo único que podría decirse en estos casos (salvo improbables volteretas interpretativas) es que la ciudadanía entera (no ya el ciudadano en carne y huesos) puede verse perjudicada por el funcionamiento a veces ineficaz, a veces ineficiente pero siempre parcial de la Administración. Pero, como veremos, decir eso implica ya abandonar la perspectiva que aquí se critica e *ictu oculi* describe la *ratio* de la incriminación, más que el bien jurídico protegido.

⁴⁹⁸ Compárese, por ejemplo, el efecto que es susceptible de desplegar el soborno sistemático del órgano de control dirigido a apartar de la legalidad a la actividad de control de la acción de un organismo público con presupuesto *multibillonario* con la corrupción que procura favorecer a un solicitante sobre otro en una convocatoria pública en la que se reparten pocos miles de euros.

Así procediendo, además, pasaría a un segundo plano el hecho de que el desafío que supone la tipificación en el Código penal del delito de cohecho (y, si se quiere, de los delitos contra la Administración pública) se cifra precisamente en ir más allá del principio de *neminem laedere* (es decir, de la sanción penal de comportamientos directamente lesivos de bienes jurídicos individuales) y centra la pregunta clave en la posibilidad de hallar un mínimo común denominador que justifique la exigencia a la Administración de un estándar de comportamiento ligado, de alguna manera, a su ser Administración, esto es, a servir «con objetividad los intereses generales» (que no solo «particulares» o «individuales»).

Amén de lo anterior, desde un punto de vista ya operativo, cabría oponer que no parece baladí preguntar frente al menoscabo de cuáles bienes jurídicos (individuales) debería reaccionar el ordenamiento penal en caso de cohecho propio antecedente. Si la respuesta es demasiado amplia, entonces la construcción deviene inútil (ya que el bien jurídico vuelve a la indeterminación de la que se huye) e incluso el supuesto considerado en el ejemplo planteado arriba (adelantamiento de un acto tras aceptación de un soborno) podría considerarse susceptible de ser sancionado como lesivo de un interés «a que nadie se me adelante sin tener derecho». Y cualquier respuesta distinta que se planteara en serio la fragmentariedad del Derecho penal precisaría de una Ley orgánica que modificara el Código penal y que seleccionara los bienes jurídicos (individuales) merecedores de protección si lesionados como consecuencia de un cohecho antecedente propio (el intérprete-aplicador del derecho, no se olvide, no puede convertirse en legislador). Y la percepción es que cualquier propuesta legislativa que se plantee reescribir el capítulo del Código dedicado al cohecho en el sentido deseado por quien defiende la opción que ahora se discute, más que por un complejo y francamente indescifrable listado de bienes jurídicos, optará de forma más coherente por su desaparición (del cohecho). De hecho, si se enfocara la cuestión teniendo como horizonte a los bienes jurídicos susceptibles de ser menoscabados en el marco de la actividad desempeñada por el *intraneus* (es decir, «en el ejercicio del cargo»), el abanico de bienes jurídicos «protegibles» terminará coincidiendo, *grosso modo*, con los demás supuestos considerados típicos dentro del mismo Título del Código penal, de tal manera que volveríamos al dilema anteriormente planteado y que insiste

sobre las dudas (piénsese en el principio de proporcionalidad) que suscita el cohecho como delito-obstáculo cuya *ratio* no sería sino la de adelantar la protección de los bienes jurídicos menoscabados por la actividad ilícita objeto del acuerdo que ya resultan tutelados por el ordenamiento penal.

4.9. LA JURISPRUDENCIA Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al igual que la jurisprudencia italiana, en el caso español, no puede decirse que los tribunales llamados a decidir sobre casos de cohecho hayan mantenido ni mantengan una idea clara de su perfil de lesividad. Al contrario, la confusión (o, si se prefiere, el encendido debate) doctrinal ha tenido su *pendant* en resoluciones tendencialmente eclécticas⁴⁹⁹. Así, no resulta difícil encontrar precedentes que han cifrado el

⁴⁹⁹ Significativa la STS 795/2016, de 25 de octubre, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre que es una excelente muestra de la variedad jurisprudencial sobre este punto. Separados de una coma, o de un punto, conviven en la misma resolución posiciones que, si no son incompatibles entre sí, por lo menos han sido ampliamente debatidas a lo largo de los años y presentadas por la doctrina como alternativas. Se lee textualmente que «el delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a estos. Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal. Desde esta perspectiva se puede afirmar que la finalidad perseguida por el legislador al tipificar las diferentes conductas es atender no solo la tutela del principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, que es común a todas las modalidades del cohecho, sino también a la defensa del principio de legalidad en la actuación administrativa». Idéntica STS 613/2018, de 29 de noviembre, Ponente Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, y, en el mismo sentido, entre otras, SAP Elche, n. 280/2020, ponente D. Manel Martínez Aroca. Ciertamente ecléctico el planteamiento de la STS 842/2006 de 31 de julio, Ponente Excmo. Sr. Francisco García Pérez, donde se lee que «en el cohecho pasivo y en el activo el bien jurídico protegido es el mismo, la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de esa función, pero con dos perspectivas. En el pasivo, el quebrantamiento del deber de probidad que pesa sobre el funcionario y de la confianza en él depositada (aparte

bien jurídico protegido por el delito de cohecho (a veces incluso a la vez) en «la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos»⁵⁰⁰, en «la confianza de los ciudadanos en el ejercicio objetivo y no venal de la función pública»⁵⁰¹, en «la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado»⁵⁰², en «la imparcialidad y objetividad de la Administración pública»⁵⁰³, en «la confianza de los ciudadanos en que los servidores públicos — funcionarios públicos— ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la ley, imagen que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas al margen de los presupuestos públicos»⁵⁰⁴, en la «integri-

la cooperación de un *extraneus*); en el activo, el respeto que se debe a la función pública por quien no la está ejerciendo en el asunto de que se trate». En términos parecidos, si no idénticos, también la STS 402/2019, de 12 de septiembre, Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreirio, comentada por CADENA SERRANO, F. A.: «Concurso de delitos entre malversación y cohecho. En la médula de la corrupción», en *Diario La Ley*, n. 9535, 2019 (versión electrónica).

⁵⁰⁰ STS 2025/2001, de 29 de octubre, Ponente: Excmo. Sr. José Jiménez Villarejo.



⁵⁰¹ SsTS 883/1994 de 11 de mayo, y 2456/1993 de 6 de noviembre, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater. Sobre la postura del ponente de estas sentencias, ya se han mencionado las críticas que numerosa doctrina le dirige (véase *supra* apartado 4.6.).

⁵⁰² Así STS 1417/1998 de 16 de diciembre, Ponente Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín. En el mismo sentido, STS 362/2008 de 13 de junio, Ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez; STJ Isla de Gran Canaria, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección primera) 8/2014, de 3 de septiembre citada también por ACALE SÁNCHEZ, M.: «Limitaciones...», cit., pág. 19. La propia sentencia es buena representación del eclecticismo al que se hacía referencia en el texto, ya que recoge y trata como equivalentes posturas muy diversas. Añaden los jueces que «tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, propio e impropio, constituyen manifestaciones de esta lacra social de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración Pública y que socava o mina la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático de Derecho...se trata de infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario o autoridad por móviles ajenos a su función y misión pública, como lo es el lucro ilícito...».

⁵⁰³ STS 2052/2001, de 7 de noviembre, Ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; en el mismo sentido, SAP Madrid 68/2001 de 28 de febrero, Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Martínez Lázaro; SAP Málaga, 586/2014, de 7 de noviembre, Ponente Ilmo. Sr. José Godino Izquierdo.

⁵⁰⁴ SAP Ourense, 2/2004 de 30 de marzo, Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo donde se añade que, en la corrupción propia se ve perjudicada «la seriedad

dad en el ejercicio de su profesión»⁵⁰⁵, en la «imagen del Estado de Derecho»⁵⁰⁶...

Sistematizar semejante variedad de opiniones parece tarea difícil, máxime considerando  como se ha dicho, no es infrecuente que en una misma sentencia  convivan posturas muy diversas y distantes entre sí⁵⁰⁷. Tratando de aislar los estribillos más recurrentes de resoluciones no siempre armónicas, se propone aquí distinguir entre:

1. posturas que insisten sobre el reproche moral o ético a corruptos y corruptores. En este conjunto pueden seguramente colocarse todas aquellas resoluciones que fundamentan el castigo en la «predisposición al compadreo» como «forma clara de desviación, de subversión incluso del modo legal de operar»⁵⁰⁸.
2. Posturas que insisten sobre el perjuicio para el prestigio de la Administración pública⁵⁰⁹.

y probidad del ejercicio de la función pública».

⁵⁰⁵ STS, de 22 de diciembre de 1980, Ponente Excmo. Sr. Benjamín Gil Sáez.

⁵⁰⁶ STS 361/1998 de 16 de marzo, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; en el mismo sentido, STS 102/2009, de 3 de febrero, Ponente: Excmo Sr. Luciano Varela Castro.

⁵⁰⁷ Véase también COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 49.

⁵⁰⁸ Así STS 4123/2015, de 23 de septiembre, Ponente Exmo. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

⁵⁰⁹ Así, por ejemplo, la STS 302/2018, de 20 de junio, Ponente, Exmo Sr. D. Vicente Magro Servet que (citando STS 1618/2005, de 25 de diciembre, Ponente Exmo Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo), asevera que «el delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y, asimismo, la eficacia del servicio público encomendado a estos» (en el mismo sentido, STS 77/2007 de 7 de febrero, Ponente Exmo Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre). Véase también la ya mencionada SAP Elche, n. 280/2020, ponente Illmo. Sr. D. Manel Martínez Aroca, según la cual, «se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal» aunque, como ya hemos dicho, en esta resolución, aparte del prestigio, también se hace referencia a la venalidad, a la imparcialidad y a la legalidad así como la puesta en peligro «de la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado» (en este último sentido, véase también STS n. 613/2018, de 29 de noviembre). Siempre en la jurisprudencia menor, véase también STJ Islas Canarias, 48/2019, de 10 de septiembre que concluye que «se trata, pues de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud y

3. Posturas que parecen hacerse eco de las principales tesis doctrinales defendidas recientemente. En este marco, destaca seguramente la referencia a la imparcialidad de la Administración pública, su buen funcionamiento pero también a la venalidad de los funcionarios públicos implicados (o, a la confianza en todo lo anterior o en parte de ello).

Dicho ello, si no puede no valorarse positivamente la mención de la imparcialidad de los funcionarios y la eficacia de la función pública⁵¹⁰, debe seguramente censurarse el acento que se sigue poniendo sobre la «probidad», «rectitud», «incolumidad», «prestigio»⁵¹¹. En este marco, aparte de una general falta de profundización de los perfiles de lesividad del ilícito, se observa una tendencia alarmante de los Tribunales a permanecer anclados a fórmulas elaboradas en otros tiempos y que la doctrina ha abandonado con argumentos irrefutables desde hace ya décadas⁵¹². Y el juicio crítico tampoco varía en el caso de aquellas resoluciones en sí mismas eclécticas que yuxtaponen planteamientos muy diversos no siempre compatibles entre sí o, en cualquier caso, (como hemos visto) productos de visiones del mundo muy distintas⁵¹³. La sensación, a veces, es que la acrítica referencia

eficacia de función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal».

⁵¹⁰ Véase, entre otras, STS 186/2012, de 14 de marzo, Ponente Exmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁵¹¹ Véase PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La corrupción...*, cit., pág. 122 y la jurisprudencia ahí citada.

⁵¹² En sentido muy crítico, también CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., pág. 194.

⁵¹³ Añádanse a las anteriormente citadas las SsTS 6736/2006 de 27 de octubre, Ponente Exmo Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; 1618/2005, de 22 de diciembre, Ponente Exmo Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; 593/1995 de 29 de abril, ponente Exmo. Sr. Justo Carrero Ramos y también las SsAP Murcia 9/2009, de 3 de febrero, Ponente Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz; Vizcaya 52/2007 de 26 de junio, ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Díez Noval; mezcla prestigio de la Administración pública con la imparcialidad también SAP de Cuenca 15/2007 de 12 de julio, Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Fuente Honrubia, según la cual «El delito de cohecho protege, ante todo, el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando el principio de imparcialidad de sus funcionarios, y la consecuente eficacia y ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas, que únicamente deben estar guiadas por los fines que legalmente jus-

a bienes jurídicos heterogéneos que avala una idea impalpable de la lesividad, inidónea para prestar aquella imprescindible ayuda al intérprete a la hora de discriminar conductas merecedoras de castigo de otras que no lo son, en la jurisprudencia, es corolario de una atención insuficiente al problema del bien jurídico protegido por el delito (de cohecho)⁵¹⁴. Como diría Schunemann, por otra parte⁵¹⁵, tampoco debe pasarse por alto que dicha proliferación de perspectivas que sustancialmente vacía de contenido a la cuestión alrededor del bien jurídico protegido, no es sino la lógica consecuencia de un debate doctrinal que, como hemos visto, no para de enriquecerse de propuestas que, si bien sugerentes, no excluyen más allá de toda duda razonable a las anteriores y que, a veces, confunden lo deseado con lo real colocando en una posición ciertamente incómoda a quien, como el juez, tiene vedada semejante operación. Así las cosas, la percepción es que la preocupante búsqueda de justicia material (en casos, a menudo, mediáticos) se presta a configuraciones del bien jurídico que precisan ser «fácilmente digeribles» por los medios de comunicación y (¿por qué no reconocerlo?) por el público general que se supone indignado.

Ello no obstante y en sentido contrario, puede mencionarse que una parte (aparentemente minoritaria) de la jurisprudencia más atenta ha reconocido que, descartado el fundamento del castigo en razones ético-morales, «debe procederse a una interpretación limitadora o restrictiva de la literalidad del precepto, reconduciendo al mismo únicamente aquellas conductas de las que se deduzca un mínimo de contenido de injusto o de lesividad para el bien jurídico protegido, que no es aquella quimérica pureza, sino el correcto, imparcial y obje-

tifican su desempeño». En el mismo sentido, véase STJ de Andalucía, 6/2007 de 20 de marzo Ponente: Ilmo. Sr. D. Augusto Méndez de Lugo y López de Ayala. Entrarían en este ámbito todas las resoluciones explícitamente citadas por PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La corrupción...*, cit., pág. 122.

⁵¹⁴ Como se ha observado en doctrina (COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 35), «el rico fermento del debate doctrinal ha aparecido de manera testimonial en nuestra jurisprudencia, la cual se ha limitado a fragmentarias alusiones carentes, con frecuencia de respaldo legal expreso».

⁵¹⁵ Véase *infra* apartado 5.1.1.

tivo desarrollo de la concreta función que tenga encomendada, entre las públicas, el sujeto que realice la dádiva»⁵¹⁶.

⁵¹⁶ En este sentido, véase SAP de Islas Baleares 41/1997 de 5 de marzo, Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Calderón Susín. Transcribo aquí parte de la resolución, debido a su interés de cara a la problemática de la que se trata ahora: «el hecho de aceptar propinas de familiares de los fallecidos, aunque fuera después de enterrados los cadáveres, era legalmente constitutivo del referido delito de cohecho (impropio); y habría que darle la razón si nos aferráramos a una estricta y estrecha literalidad del precepto, y si conviniéramos en que lo que la ley penal pretende, castigando estas conductas, es velar por una angelical y quimérica pureza de cualquiera de las personas que ejercen funciones públicas. Sin embargo la doctrina, que ha puesto de relieve que tal delito no tiene parangón o equivalente en los Códigos Penales extranjeros, sostiene que, pareciendo responder el castigo de esta índole de comportamientos a criterios o consideraciones ético-morales, debe procederse a una interpretación limitadora o restrictiva de la literalidad del precepto, reconduciendo al mismo únicamente aquellas conductas de las que se deduzca un mínimo de contenido de injusto o de lesividad para el bien jurídico protegido, que no es aquella quimérica pureza, sino el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la concreta función que tenga encomendada, entre las públicas, el sujeto que realice la dádiva. Desde esta perspectiva, difícil resulta concluir cómo quedó menoscabada la función pública de encargado del Cementerio por aceptar unas propinas de personas a cuyos familiares difuntos el acusado acababa de enterrar cumpliendo con su obligación; consideraciones sobre subsiguientes actuaciones del acusado, en relación al cuidado de las tumbas o nichos, o a posteriores servicios, nos parecen de todo punto improcedentes; y en cuanto el contenido y el contexto de los cometidos de la función del acusado, debe tenerse en cuenta que estamos ante unos cometidos ciertamente atribuidos a la Administración Local, pero en un ámbito donde el acto administrativo de alguna relevancia formal no existe (a diferencia de cómo sucede en otros ámbitos, como el de licencias urbanísticas, competencias sancionadoras, concesión de ayudas, calificación de exámenes, etcétera). Estaríamos en definitiva ante unas acciones que no se considerarían antijurídicas o ilícitas por aplicación del criterio, ya desde hace años manejado por la dogmática penal, de la adecuación social, por tratarse de acciones que, aun no siendo ejemplares, permanecen plenamente dentro del orden ético social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad. Y, en último extremo, en la hipótesis más rigurosa y rigorista de entender que nos encontramos ante un ilícito penal, tampoco se estima que cupiera exigir responsabilidad penal en tanto que el acusado, al recibir las propinas, no creía que estaba actuando de forma antijurídica; concurriría pues en él un error de los llamados de prohibición, regulado en el párrafo 3.º del art. 6 bis, a) del texto derogado (y en el 14.3 del nuevo Código Penal); repárese en que esta imputación no se le dirigió al iniciar el procedimiento judicial, sino que, en su profusa declaración ante el Juez de Instrucción, dijo lo de las propinas espontáneamente, sin ninguna conciencia de la ilicitud, como lo demuestra además el

Por último, en materia de corrupción propia, ha tenido cierta acogida en la jurisprudencia también la reconstrucción pluriofensiva que, al lado del bien jurídico «común a todas las manifestaciones del cohecho», también considera la norma puesta a «defensa del principio de legalidad en la actuación administrativa»⁵¹⁷.

hecho de que Juan G. B.: al ayudante del acusado en las tareas del Cementerio, al declarar como testigo ante este Tribunal, haya aludido con la mayor naturalidad a que recibían las propinas por el trabajo que habían hecho, sin que, por cierto, el Letrado de la Acusación particular haya pedido la deducción de testimonio para la persecución de este hecho, confesado por el testigo».

⁵¹⁷ Así STS 613/2018, de 29 de noviembre, Ponente Excmo. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

5. POSTURA DEL AUTOR

5.1. BREVÍSIMAS NOTAS ACERCA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO ~~PROLEGIDO~~

Como se ha podido apreciar, tanto en Italia como en España, la lesividad de la corrupción se halla al centro de un encendido debate doctrinal que se refleja en mucha menor medida en la jurisprudencia.

Dicho ello, la primera cuestión sobre la cual es oportuno proporcionar algunas consideraciones iniciales es la misma idea de bien jurídico.

Siendo pacífico que «la función del Derecho penal es, exclusivamente, la protección de bienes jurídicos»⁵¹⁸, es bien conocida «la complejidad que se encierra en esa simple afirmación»⁵¹⁹. Como se ha observado, dicha dificultad se debe al debate «en torno al contenido y significado de la teoría del bien jurídico» a cuyo alrededor «gira no solo la sistemática de los hechos punibles y gran parte del contenido material del delito, sino también toda una teoría de la pena y de la legitimación del *ius puniendi* del Estado»⁵²⁰.

Debido a la complejidad de la temática, conviene remitir el lector a la doctrina especializada⁵²¹ y limitarnos aquí a algunas consideraciones mínimas. Y conviene además compartir las anotaciones que, hace ya algún tiempo, había formulado la doctrina más autorizada que había observado que el multiplicarse de aportaciones heterogéneas sobre la cuestión del bien jurídico ha contribuido a generar cierta confusión: cada autor pretende aportar su personal y particular punto de vista, sin que, por otra parte, la naturaleza de la ciencia jurídica permita descartar, una vez por todas, construcciones teóricas antiguas

⁵¹⁸ Entre muchos, véase GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1983, n. 69, pág. 85.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ Para un breve recorrido de las principales posturas y la formulación de unas críticas que aquí se comparten integralmente, véase OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., págs. 43 y ss. con amplias referencias bibliográficas.

en el tiempo. Resultado de ello, es un panorama extremadamente variado cuya gran diversificación permite a la jurisprudencia (a la que, naturalmente, más que la «coherencia dogmática», interesa la «practicabilidad del resultado»⁵²²) fundamentar todo tipo de resolución, apoyándose cada vez en una distinta construcción teórica⁵²³ lo que plantea el bien jurídico no ya como referencia para delimitar el ámbito de lo punible sino más bien como justificación para interpretaciones creativas, a menudo expansivas, *praeter legem* y, en cualquier caso, guiadas por criterios (por decirlo suavemente) político-criminales más que dogmáticos⁵²⁴.

Por ello, la idea no es aquí formular una teoría «original» del bien jurídico ni analizar en profundidad el debate sobre la materia: convalidará que nos limitemos a aclarar la postura que aquí se mantiene respecto de algunas cuestiones generales.

En particular, partiendo del itinerario recorrido en las páginas anteriores y antes de adentrarnos en la elaboración de una propuesta para la acotación del bien jurídico protegido por el delito de cohecho, parece oportuno despejar algunas dudas sobre el significado (y, por ende, su compatibilidad con el ordenamiento constitucional vigente) que se atribuye aquí a algunas categorías comúnmente traídas a colación cuando el debate atañe al bien jurídico y a la sanción penal de la corrupción. Obsérvese ya de antemano que lo que se intentará, antes de andarlo, será liberar el camino (que, como se ha visto, se presenta ya de por sí angosto) de obstáculos dogmáticos cuya presencia no siempre parece necesaria.

⁵²² SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1996, fasc. 1, pág. 211.

⁵²³ En este sentido, SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., págs. 210 a 211. Véase también FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., pág. 31 quien habla de una verdadera «Babel» que proporciona una impresión «desorientadora», «desarmante», «cuya paradoja se cifraría en un común acuerdo a la hora de reconocer el «rol de pilar» al concepto de bien jurídico a la vez que se constata un enorme desacuerdo a la hora de «explicitar qué es eso».

⁵²⁴ En términos parecidos, FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., págs. 47 a 48.

5.1.1. El bien jurídico como límite al *ius puniendi*

Si se acepta que el bien jurídico es «aquél *quid* que la norma, con la amenaza de la pena (*rectius*: de la sanción), apunta a tutelar de posibles agresiones»⁵²⁵, deben dejarse a un lado aquellas posturas que, más o menos claramente, adoptan una noción del término parecida a lo que se ha definido «objeto formal del delito»⁵²⁶, identificando el bien jurídico con «el interés del Estado a que los destinatarios de sus disposiciones las observen»⁵²⁷.

⁵²⁵ La definición de bien jurídico es la proporcionada por ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 143, re-interpretada por MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 249. El debate sobre la definición «material» de bien jurídico es naturalmente muy complejo, abierto y encendido. Para un recorrido de las principales definiciones de «bien jurídico», se remite, una vez más, a FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., págs. 32 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 56 según el cual «los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema»; HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *Revista electrónica de ciencias penales y criminológicas*, 04-14, 2012, págs. 2 y 3, pero también a PALAZZO, F.: «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, págs. 453 y ss.

⁵²⁶ ROCCO, A.: *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, págs. 550 y ss.

⁵²⁷ Así MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 251 quien observa que «la noción de ‘objeto jurídico formal’ es completamente inútil para los fines de la lectura del sistema, aparte de ser, en la sustancia, tautológica y —en una perspectiva de teoría general del Derecho penal— discutible. El ‘objeto jurídico formal’ no indica sino, se dice, la acontecida determinación por parte del legislador de calificar como ilícito un determinado hecho». En una perspectiva de teoría general del Derecho penal, además, la ‘categoría’ misma constituye traducción literal de la vieja y en desuso teoría acerca del «derecho subjetivo del Estado de penar los hechos de inobservancia de sus propios comandos, ya abandonada por casi toda la doctrina». Véase también, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal*, Julio César Fairea, Montevideo, Buenos Aires, 2006, págs. 122 y ss. El planteamiento de este último autor frente a la cuestión es interesante, puesto que subraya que la teoría que se critica no exige al intérprete de preguntarse acerca de la legitimidad (oportunidad) de las elecciones concretas del legislador para determinar lo penalmente punible. Si se asume que el Derecho penal es funcional a la sociedad y que con el mismo se castiga la inobservancia de normas que integran la «identidad» de un determinado grupo social, quedará

Se entiende aquí el bien jurídico en su significado material, asumiendo, al lado de sus tradicionales funciones interpretativa, dogmática y sistemática⁵²⁸, su papel de límite crítico al ejercicio *ius puniendi* del Estado⁵²⁹. En otras palabras, se defiende aquí la vigencia de un principio de lesividad o de necesaria lesión de un bien jurídico⁵³⁰.

El rechazo de aquellas posturas «inmanentes al sistema jurídico» que «incurren en el grave riesgo de permitir al Estado la posibilidad de cometer abusos sobre la comunidad social, amén de convertirse

por preguntarse cuáles son estas normas, cuáles son las conductas que desestabilizan su vigencia y cuál es el medio adecuado para protegerla (que podría ser, por ejemplo, el derecho administrativo sancionador). En verdad, ninguna de las preguntas planteadas parece susceptible de ser respondida de forma pacífica ni mucho menos obvia.

⁵²⁸ Véase FIANDACA, G.: «Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, pág. 43. Según ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 6, las funciones «tradicionales» del bien jurídico son cinco: clasificadora, sistemática, exegética, dogmática, crítica. Al autor interesan, como a nosotros, las últimas dos que permiten «establecer cuál es *de hecho* (función dogmática) y cuál *puede legítimamente ser* (función crítica) el término de la relación con la ofensa (lesión o puesta en peligro)».

⁵²⁹ Como se ha observado, «objeto de atención ya no son los normales problemas aun fundamentales de naturaleza exegética o dogmática, relacionados o relacionables con el concepto de bien jurídico. En el centro del debate, está ya el corazón mismo del Derecho penal en su función y en sus contenidos fundamentales: así las relaciones entre el bien jurídico y la ofensa, o más genéricamente entre el bien jurídico y el hecho típico, y, por último, el bien jurídico como límite a la potestad de penalización» (así ANGIONI, F.: *Contenuto...* cit., págs. 3 a 4).

⁵³⁰ Llamado también principio de necesidad del Derecho penal: véase, a este respecto, ARROYO ZAPATERO, L.: «Lección 7. Derecho penal y Constitución», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ET ALT.: *Curso...*, cit., págs. 145 y ss. La doctrina italiana ha acertadamente observado que «la exigencia de comprobar la efectiva lesividad del hecho realizado por el agente no es una mera creación 'ideológica' o de moda, sino que es una exigencia impuesta, (...) por nuestro derecho positivo, sea en general (como se deduce de los artículos 43 y 49 del Código penal, en su más atendible interpretación) sea «especial» (como se deduce de algunas referencias explícitas, (...) a lo mejor no siempre conscientes, contenidas en la legislación especial: cfr. por ejemplo, el artículo 101 del t.u. de 1959 de las leyes en materia de circulación vial). Y que su necesidad – para justificar la reacción punitiva – haya sido desde siempre advertida es demostrado por los debates que se han encendido en doctrina en materia de 'daño criminal', 'antijuricidad material', 'resultado en sentido jurídico'» (en estos términos, MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 258).

en el sustrato teórico sobre el que poder fundar un empleo del Derecho penal como vía de implantación y justificación de regímenes totalitarios»⁵³¹, trae a colación el debate subyacente a la posibilidad/opportunidad de individualizar, una vez por todas, un criterio capaz de proporcionar *a priori* un abanico de bienes jurídicos que puedan/deban ser objeto de atención por parte del legislador penal, es decir, de «aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado, representado por la pena pública»⁵³². En consideración a la naturaleza evidentemente subsidiaria del Derecho penal, el debate ha venido asumiendo contornos esencialmente negativos, configurándose el principio de necesaria lesión de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* más que como impulso para el mismo: se busca, en otras palabras, un «criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación de cada precepto concreto»⁵³³. Dicho criterio habría de servir para distinguir aquellos sectores del real vetados a la intervención del legislador penal⁵³⁴.

⁵³¹ FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales*, Salamanca, 1996, pág. 194 del texto dactilografiado. Véase también ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., págs. 55 y ss.

⁵³² Como se ha afirmado, «el bien jurídico recibe un lugar sistemático como criterio negativo de una criminalización legítima; allí donde no hay una lesión de un bien jurídico no debe de haber delito» (en estos términos, HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 99 y ss.). Véase también GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Sobre...», págs. 86 a 87 quien subraya que «del criterio que se utilice para ejercer esta función de selección dependerá, precisamente, la capacidad o incapacidad del bien jurídico para servir de límite al *ius puniendi*».

⁵³³ ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 58.

⁵³⁴ Así HASSEMER, W.: «Crisis y características del moderno Derecho penal», en *Actualidad Penal*, 1993, pág. 637. El mismo autor afirma más adelante que, en su opinión, hoy en día, el principio de protección de bienes jurídicos habría adquirido un contenido positivo: «lo que clásicamente se formuló como una crítica al legislador para que se limitara a la protección de bienes jurídicos», afirma Hassemer, «se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas. Con ello se ha transformado completamente de forma subrepticia su función» (*Ibidem*: pág. 638). Así expresado, el planteamiento del autor no puede no compartirse. Por otra parte, puede quizás ponerse en duda la

Pero, si la afirmación general que consagra la idea de bien jurídico como límite para el ejercicio del poder coactivo del Estado es un *Leitmotiv*, la individualización del «criterio limitador» concreto parece estar lejos de encontrar una solución compartida, siquiera mínimamente⁵³⁵. Y, como veremos, el debate no solo atañe a un hipotético listado de bienes susceptibles de ser protegidos por el Derecho penal sino también al «tipo» de bienes que deberían (o no deberían) interesar al *ius puniendi*.

Con todo, teniendo presente el objeto de este trabajo, en las siguientes páginas, convendrá aclarar la postura que aquí se mantiene frente a construcciones particularmente tajantes que descartan la posibilidad para el legislador penal de intervenir prohibiendo conductas que supongan un peligro abstracto para un bien jurídico y que quieren ver limitado el radio de acción del derecho punitivo a aquellos bienes jurídicos cuyo titular es un individuo concreto.

Antes de ello y para zanjar la cuestión inherente a la vigencia de un principio de necesaria lesión de un bien jurídico, reténgase que, hoy en día, toda norma penal que no contemple un menoscabo de un bien jurídico merecedor de protección penal, debe considerarse inconstitucional⁵³⁶. Y, a las opiniones manifestadas por la doctrina⁵³⁷, se suman los tribunales constitucionales⁵³⁸.

premisa de la que el mismo parte, cosa que haremos en seguida. De momento, propongo que entendamos su expresión de forma condicional: si, o toda vez que el legislador utiliza el principio de protección de bienes jurídicos no para limitar su intervención, sino para expandirla, su elección ha de mirarse con sospecha.

⁵³⁵ Como afirmaba Angioni, «curiosamente, a la optimística profesión de fe sobre el bien jurídico, que se ha convertido en un verdadero dogma liberal, no ha correspondido la misma seguridad sobre su ámbito de operatividad ni sobre su contenido. ¿Qué son los bienes jurídicos y cuál es su función? Respuestas inmediatas o categóricas son posibles solo a riesgo de fáciles apriorismos» (así ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 5).

⁵³⁶ En verdad, poco importa la constitucionalización del principio de lesividad. La proporcionalidad, y, por ende, la igualdad formal de todos los ciudadanos, son principios de por sí suficientes para fundamentar la necesaria lesividad de todo tipo de sanción penal como característica ineludible.

⁵³⁷ Por todos, véase PULITANÓ, D.: «Bene giuridico e giustizia costituzionale», en STILE, A. (DIR.): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, págs. 131 y ss. *Ad abundantiam*, se remite también a FORTI, G.: «Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo», en FORTI, G. (A CURA

5.1.2. *El peligro abstracto como solución problemática*

Se ha observado que las agresiones características de la sociedad moderna se desarrollan cada vez más en el marco de un «contexto de acción colectivo»⁵³⁹ y que «la vida en las sociedades industriales mo-

DI): *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da «Mani Pulite»*, Vita e Pensiero, 2003, pág. 131 y a la bibliografía ahí referida (véase, en particular, la nota 162); MELIDONA S.: «Quando il reato non ammette il tentativo», en *Guida al diritto*, de 20 de febrero de 1999, n. 7, pág. 15. En España, entre muchos, véase SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., págs. 59 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 145.

⁵³⁸ El Tribunal Constitucional español ha insistido sobre la necesidad de que los bienes jurídicos protegidos no resulten «constitucionalmente proscritos» ni «socialmente irrelevantes». Véanse ATC, 395/2004 de 19 de octubre, en el que se afirma que «compete enjuiciar a este Tribunal si en esta intervención legislativa se han respetado los límites externos que el principio de proporcionalidad impone desde la Constitución al tratamiento de la libertad personal (STC 161/1997, de 2 de octubre, F. 9), que se entenderán respetados en la medida en que el sacrificio de la libertad que impone la norma no persiga la preservación de bienes o intereses constitucionalmente proscritos ni socialmente irrelevantes». El alto tribunal, además, ha afirmado que, en materia de proporcionalidad de las penas, «solo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento, siempre sobre la base de que las medidas alternativas han de ser palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada». En el mismo sentido, véanse SsTC, 111/1993 de 25 de marzo, Ponente: Don Álvaro Rodríguez Bereijo; 55/1996 de 28 de marzo, Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; 161/1997 de 2 de octubre, Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; 136/1999 de 20 de julio, Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer, publicada en el BOE de 18 de agosto de 1999, n. 197, suplemento, págs. 26 y ss. Sobre la relevancia constitucional del principio de necesaria violación del bien jurídico en Alemania, véase SCHUNEMANN, B.: «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDEHL, R.: (ed.) *La teoría...*, cit., págs. 209 y ss. En sentido contrario, sin embargo, véase CARDONA BARBER, A.: «Algunas consideraciones de legitimidad del principio del bien jurídico penalmente protegido», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2019, págs. 156 y ss.

⁵³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámb-

dernas implica una serie de riesgos cuyo dominio no solamente supera al individuo, sino que además conduce a inseguridades que apenas pueden ser dominadas por el conjunto de la sociedad»⁵⁴⁰.

Remitiendo a la doctrina que se ha dedicado específicamente a las problemáticas subyacentes a la así llamada «sociedad de riesgo»⁵⁴¹, para abordar la cuestión de forma paradigmática, parece particularmente eficaz el conocido ejemplo «del pan envenenado»⁵⁴²: tradicionalmente, el ciudadano compraba el pan en su panadería de confianza «cuyo círculo de clientes (...) era constante y [relativamente] determinado» y, añadiríamos ahora, pequeño; en el supuesto de producción/distribución de pan nocivo para la salud, por lo tanto, era relativamente sencillo determinar el nexo de causalidad, el causante y el (relativamente pequeño) abanico de víctimas (reales o posibles), ya que ambos «se hallaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abarcable»⁵⁴³.

Junto con el desarrollo de la gran distribución, la globalización ha modificado la situación. Piénsese, por ejemplo, en el reparto, por parte de una cadena de supermercados, del mismo pan nocivo para la salud: salta inmediatamente a la vista que el número de víctimas

ito económico)», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; HIGUERA HERRERA, J. F. (EDITORES): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 416.

⁵⁴⁰ Así KINDHÄUSER, U.: «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», en *Indret*, 2009, pág. 4.

⁵⁴¹ Véanse, con carácter paradigmático, las consideraciones de QUINTERO OLIVARES, G.: «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (COORDS.): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones Universidad de Castilla La Mancha, 2003, págs. 241 y ss.

⁵⁴² El ejemplo, por lo que aquí interesa, no se diferencia de manera relevante del caso acontecido en España a principios de los 80 del siglo pasado y que consistió en una intoxicación por aceite de colza que provocó más de 300 muertos y unos 15.000 damnificados (HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 49 y ss.). Tampoco parece presentar, por lo menos *prima facie*, diferencias relevantes con el caso «Lederspray», analizado en la segunda parte del volumen mencionado.

⁵⁴³ Véase SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., pág. 199.

(reales o posibles) es no solo increíblemente mayor, sino de mucha más difícil acotación; por otra parte, la complejidad del sistema producción-distribución en el que se integran normalmente fabricantes y distribuidores anónimos, hace que la cadena causal «se pierda en el anonimato de la sociedad de masas»⁵⁴⁴ de tal manera que es cada vez más compleja la individualización de autores y partícipes⁵⁴⁵ así como la acotación de la causalidad.

Ahora bien, asumido que el caso del pan no se diferencia, por ejemplo, de la distribución de inversiones en el mercado de capitales⁵⁴⁶, es innegable, (y, para comprobarlo, basta una simple ojeada a los códigos penales actuales), que el derecho punitivo «clásico» que concentraba su respuesta (al pan envenenado) en los delitos de homicidio (o de lesiones) ha sufrido una metamorfosis en el intento de adaptar su estructura a la situación actual. Así, para asegurar una protección eficaz a la vida o a la salud, la prohibición de actuar se sitúa en momentos anteriores a la lesión de estos bienes, prohibiéndose (penalmente), por ejemplo, la misma producción o comercialización del pan envenenado.

Parte de la doctrina, al respecto, habla de «peligro abstracto»⁵⁴⁷ para el bien jurídico individual, haciendo hincapié en que, contrariamente a lo que acontece en los tipos que requieren la comprobación de la real puesta en peligro (o lesión) del interés tutelado, en el caso de la así llamada «responsabilidad por el producto» (ejemplo del pan

⁵⁴⁴ SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., págs. 199 a 200. Para los problemas que suscita la responsabilidad por el producto en materia de causalidad y autoría, véase ASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., págs. 51 y sgts. (en particular, págs. 87 a 104 y págs. 140 a 156. Para una aproximación al problema de autoría que presupone la responsabilidad por el producto, véase *Ibidem*: págs. 170 y ss.).

⁵⁴⁵ Véase también KUHLEN, L.: «Cuestiones...», cit., pág. 235.

⁵⁴⁶ SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., pág. 200.

⁵⁴⁷ Como se ha observado, desde hace años el debate alrededor de los delitos de peligro abstracto ha supuesto un desafío enorme para la doctrina penal que se ha profuso en categorizaciones cada vez más complejas (discutidas y discutibles) entre las que se citan habitualmente las de «delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial y delitos de peligro abstracto-concreto» (así KINDHÄUSER, U.: «Estructura...», cit., pág. 3). Naturalmente, en este trabajo, es imposible ni siquiera dar cuenta de las principales propuestas.

envenenado), no sería necesario que el juez se interrogue acerca de la efectividad del peligro, siendo suficiente la coincidencia entre supuesto de hecho y descripción típica, casi como si el legislador hubiese determinado con anterioridad que, según el *id quod plerumque accidit*, aquella acción hace presumir *iuris et de iure*⁵⁴⁸ la puesta en peligro o la lesión de aquel interés.

Otra parte de la doctrina prefiere expresarse (sin rechazar, por lo general, la terminología «delitos de peligro abstracto») en términos de «riesgo intolerable»⁵⁴⁹: mediante la tipificación (en el ejemplo del pan envenenado) de la mera puesta en peligro del bien individual, el legislador individualizaría un riesgo normativo más allá del cual no es consentido (o se prohíbe) actuar (en el ejemplo *de quo*, producir o distribuir pan envenenado)⁵⁵⁰; la anticipación de la prohibición, en otras palabras, se debe a las características del ataque que sufre el bien jurídico individual, de tal manera que, frente a la disyuntiva peligro abstracto/desprotección, el legislador, elige la primera opción.

Finalmente, en el ejemplo *de quo*, la lesividad se ve desplazada de la vida a la «salud pública»⁵⁵¹: la dirección del ataque hacia una colectividad implica un deslizamiento de la respuesta hacia la protección de intereses «supraindividuales»⁵⁵². Como se ha observado, el contexto socio-cultural actual

⁵⁴⁸ En estos términos, explícitamente, QUINTERO OLIVARES, G.: «Los delitos...», cit., págs. 242 y ss. quien matiza su posición. Véase también MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», en *Revista de Derecho penal y criminología*, II época, n. 9, 2002, págs. 46 a 48. Se remite también a la clara exposición de RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 122 a 124.

⁵⁴⁹ En estos términos, SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., pág. 200.

⁵⁵⁰ En términos parecidos, véase KUHLEN, L.: «Cuestiones...», cit., págs. 232 a 233.

⁵⁵¹ CORCOY BIDASOLO, M.: «Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro», en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. M. (COORDS.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosh, Barcelona, 1996, págs. 250 y ss. habla de «seguridad en el consumo», entendida como «conjunto de condiciones que garantizan la seguridad de la vida, integridad física y salud de todos» (cita de la pág. 261).

⁵⁵² Sobre el concepto de bien jurídico supraindividual, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., págs. 153 y ss. y también *Idem*: «Algunas...», cit., pág. 415 quien no distingue entre bienes «colectivos» y bienes

«supraindividuales» argumentando que lingüísticamente parece más correcto entender los dos términos como sinónimos. Por otra parte, el autor divide los delitos que ofenden un bien jurídico colectivo o supraindividual en dos grupos: en el primero (bienes jurídicos generales), se hallarían los «intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social»; en el segundo, (bienes «difusos» o «sectoriales») se insertarían «intereses que no afectan a la totalidad de las personas», sino a «grupos extraordinariamente amplios de sujetos, pero carente de un radio ilimitado de expansión que, además, posee un intrínseco sentido dialéctico, en la medida en que puede oponerse a otros grupos sociales». La terminología utilizada en doctrina es de lo más variado: desde quien ha hablado de bienes jurídicos «universales» (HASSEMER, W.: «Crisis...», cit., pág. 640), hasta quien ha creído tener que distinguir entre aquellos intereses «difusos», «de los cuales los asociados disfrutaban individualmente, pero que se consideran como intereses de masa, referibles impersonalmente al público o a grandes categorías de sujetos» y aquellos bienes cuya titularidad debe adscribirse a un grupo de sujetos variable pero determinado *hic et nunc* (Así PEDRAZZI, C.: «Interessi economici e tutela penale», en STILE, A. (DIR.): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, págs. 299 y ss.; en términos parecidos, GONZALES RUS, J. J.: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1986, págs. 84 y ss.). Según el autor, una tercera categoría estaría integrada por aquellos bienes «institucionalizados» cuya titularidad, a diferencia de lo que acontece respecto de las dos anteriores, debería adscribirse a la «comunidad nacional en su conjunto de la que constituyen una estructura unificadora». Sobre la protección penal de bienes jurídicos colectivos, véanse, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos colectivos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 11, *Estudios de Derecho penal en Homenaje a L. Jiménez de Asúa*, 1980, págs. 147 y ss.; MARCONI, G.: «La tutela degli interessi collettivi in ambito penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, págs. 1052 y ss.; SGUBBI, F.: «Tutela penale di interessi diffusi», en *Questione Criminale*, 1975, págs. 439 y ss. Para unas consideraciones sobre la utilización en español de la categoría «intereses difusos», véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., págs. 155 y ss. Para las características de los bienes jurídicos supraindividuales, véase HEFENDEHL, R.: «El bien...», cit., págs. 188 y ss. quien defiende que los bienes jurídicos colectivos se caracterizarían por la no exclusión (nadie puede ser excluido de su uso) y por la no-rivalidad (el disfrute por A ni perjudica ni impide el uso por B). Para diferenciar bienes jurídicos colectivos de los individuales, reconoce también el autor alemán que prima el concepto de no distributividad de los primeros, de acuerdo con el cual «un bien será colectivo si es conceptual, real o jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignárselas a los individuos como porciones». De hecho, junto con la indivisibilidad, la doctrina mayoritaria caracteriza a los bienes jurídicos colectivos por la «posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros» (así SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 231)

«nos lleva a relativizar la imagen del ciudadano aislado, del individuo que defiende en solitario su dignidad ante el poder. Contemplada la cuestión desde esta perspectiva, el Derecho —y, en el caso de que fuere necesario, el propio ordenamiento penal— ya no deberá amparar tan solo los intereses vinculados a ese sujeto alejado de sus circunstancias —vida, integridad física, patrimonio, etc.—, sino también otra clase de valores que derivan de las posiciones que ostenta el ser humano entre y ante la comunidad en la que vive. De este modo, el Estado, que se desliza progresivamente desde posiciones en las que amenaza las libertades hacia otras en las que las promueve, queda ahora obligado a tutelar las distintas posiciones que encarna el individuo en su contexto social —como consumidor, como trabajador, como sujeto que participa de un acervo cultural, como acreedor de unas determinadas condiciones medioambientales, etc.—, a la vez que las líneas fundamentales del sistema social en el que aquél desarrolla sus potencialidades»⁵⁵³.

Acercando el ejemplo a la temática que aquí interesa, la doctrina más atenta ha subrayado la evolución de la fenomenología corruptiva en términos que recuerdan al pan envenenado: así, se ha dicho que la creciente difusión de la corrupción burocrático-administrativa ha transformado las patologías corruptivas que han dejado de ser un fenómeno «fragmentario o *pulviscolar*» y han ido configurándose como un «fenómeno *pervasivo*»⁵⁵⁴, caracterizado por su dimensión sistémica⁵⁵⁵ y, en cuyo marco, se han ido desarrollando formas particularmente complejas de realización del delito que han llevado a la constitución de verdaderos sistemas «político-negociales»⁵⁵⁶ con múltiples centros de decisión ilícita que, según algunos, ya escapan

a lo que habría que añadir (con matices) la «titularidad compartida», la «indisponibilidad» y la «naturaleza conflictual» de algunos de ellos (*Ibidem*: pág. 227). Sobre las características de los bienes jurídicos supraindividuales, véase también PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.: «¿Pueden...», cit., págs. 9 a 14 y 16.

⁵⁵³ Así FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...*, cit., pág. 230 del texto dactilografiado.

⁵⁵⁴ Así MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 237. En términos parecidos, PELLISERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 247; SPENA, A.: «Chi lascia...», cit., pág. 1090. En España, véase BOSH, J. «El poder judicial ante la corrupción», en *Jueces para la democracia*, 2021, n. 100, pág. 94.

⁵⁵⁵ Así, entre muchos, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 19 y ss.; LEOTTA, C. D.: «La corruzione...», cit., pág. 224; INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 80 y ss.

⁵⁵⁶ Así MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 238.

al esquema corrupto-corrupor tradicionalmente al centro de la disciplina penal⁵⁵⁷. Aun cuando la metamorfosis no llega a asumir las características del crimen organizado⁵⁵⁸, lo cierto es que se van desdibujando los pilares a cuyo alrededor se había construido la ofensa al bien jurídico⁵⁵⁹: como ya hemos visto, el *pactum sceleris* se descafeína; el acto objeto del acuerdo termina difuminándose en comercialización de la función⁵⁶⁰; la intervención de múltiples intermediarios aleja la vicisitud corruptiva del tradicional esquema en el que dos sujetos compra-venden el acto del cargo; la sofisticación de los medios empleados complica la identificación de la utilidad-precio y dificulta la prueba. Y, como resultado, cuesta cada vez más centrarse en la relación (causal) entre pacto y ejercicio (desviado) del cargo y la atención termina dirigiéndose hacia todo contacto sospechoso entre servidor público y particular⁵⁶¹. Y, la confusión terminológica alrededor del término corrupción⁵⁶² termina prestando una involuntaria ayuda a quien soluciona el problema redirigiendo la persecución penal contra la «maladministración» más que contra los pactos remunerativos que suponen la compraventa de la función o poder. La búsqueda de un sistema *catch-all* (o, si se prefiere, «barrecorruptos») puede así desbancar al imperio de la fragmentariedad.

⁵⁵⁷ Véase, por ejemplo, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 21 y ss. y también 334 y ss.

⁵⁵⁸ Subraya la «intersección criminológica entre mafias y corrupción», VALENTINI, V.: «La controriforma...», cit., pág. 350. Sobre el progresivo (y no siempre soportado por adecuados análisis criminológicos) trasplante de herramientas penales (sustantivas, pero, sobre todo, relacionadas con la investigación) utilizadas «tradicionalmente» en la lucha contra el crimen organizado o el terrorismo hacia el Estatuto penal de la Administración pública, véase, brevemente, apartado 5.5.3 y, sobre todo, la bibliografía referenciada en las notas 935 y 936.

⁵⁵⁹ Véase MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 238.


⁵⁶⁰ Véanse las consideraciones de PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., págs. 3391 y ss.; pero también SPENA, A.: «‘Chi lascia...», cit., pág. 1091.

⁵⁶¹ Véase, PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3390 quien, a propósito de la corrupción negocial [lit. *affaristica*] observa que la misma se caracteriza por «un flujo de dinero producto de una red elástica y bastante indeterminada de intercambios corruptos que tienden a difuminarse en relaciones interpersonales relativamente estables».

⁵⁶² Sobre el punto, se perdona la remisión a CERINA, G. D. M.: *La insopportabile...*, cit., *passim*.

Por otro lado, como hemos visto, el recurso a bienes jurídicos cada vez menos «aprehensibles» («confianza», pero también «prestigio», «venalidad», «fidelidad»...) no es nuevo y hoy en día demuestra toda su ineficacia crítica toda vez que se (re)utiliza para compatibilizar la pérdida de tipicidad de los tipos penales (que se apoya en la pretendida intención del legislador de acercarlos a las fenomenologías actuales de la corrupción) con exigencias cada vez menores en términos de lesividad. Y el peligro abstracto parece oxígeno necesario para el agonizante intento de no renunciar del todo al bien jurídico a la vez que permite mantener y «legitimar» tipos delictivos demandados tanto por las pulsiones más básicas de la sociedad indignada como por las más refinadas discusiones político-criminales en el marco de la implementación de los instrumentos jurídicos internacionales vigentes en la materia⁵⁶³.

Pero es que, en el caso que ahora interesa, no se trata de algo nuevo: el problema de la anticipación de la tutela penal a momentos anteriores a la lesión del bien jurídico y la reconstrucción de la lesividad en términos de peligro (abstracto) se pone incluso prescindiendo de referencias a la evolución de la sociedad de riesgo y a la (nueva) dimensión sistémica de fenómenos corruptivos. De hecho, la acción de la Administración pública afecta casi por definición a una cantidad eventual, indefinible pero indudablemente amplia de ciudadanos, como sucede con el pan envenenado vendido por los supermercados.

⁵⁶³ Así  GILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 6 a 9. La reflexión es relativamente común en la doctrina. Recientemente, véanse, por ejemplo, BOSH, J. «El poder...», cit., pág. 93 y ss. quien observa que «la sociedad no entiende estas disquisiciones. Caiga quien caiga, la corrupción es un mal y siempre debe ser castigado»; GONZÁLEZ TAPIA, M. I.: «Peligrosidad de la conducta y del autor penal actual. Implicaciones político-criminales y dogmáticas», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2018, n. 13, pág. 142 quien observa que «la sociedad del siglo XXI, pues, “huye hacia el Derecho penal” en demanda de protección y, dada su enorme sensibilidad al riesgo, busca cada vez más protección, frente a los riesgos que le afectan, o que puedan afectarle» y, como «es una sociedad cada vez más sensibilizada con la ineficacia y/o con la corrupción de los poderes públicos y, en general, con la criminalidad de los detentadores del poder real (...), de los *powerful*», representa terreno muy fértil para que conceptos como «peligro abstracto» adquieran «un papel protagonista».

Y no se trata solo de la equiparación (en el caso español) de comportamientos tendentes a la concreción de un pacto (solicitar u ofrecer antes de que solicitud y ofrecimiento encuentren su aceptación o sean recibidos) con el pacto mismo⁵⁶⁴. Piénsese en ciertas posturas sobre el bien jurídico protegido que ya hemos apuntado y que han respondido a las dificultades que planteaba una reconstrucción plausible de la lesividad de ciertas vertientes de la corrupción en términos excesivamente etéreos, impalpables, a veces tautológicos y, otras, refugiándose en la endeble legitimación proporcionada por conceptos apresuradamente extraídos del ordenamiento ético y/o moral y que (en otros contextos sociopolíticos) ha parecido funcional (de forma ciertamente preocupante) a la protección del *status quo* contra cualquier ataque que parecía un «riesgo intolerable» sin que quedara espacio alguno para una reflexión pausada sobre su real entidad. Y, si la titularidad (pretendidamente) difusa del bien jurídico (*rectius*: la indefinibilidad *a priori* de los administrados concretamente perjudicados por el delito), junto con su sustrato marcadamente inmaterial, ha contribuido a ofuscar las posibilidades de una efectiva comprobación de su lesión, ha sido bastante frecuente el refugio en fórmulas poco tangibles cuya naturaleza especialmente volátil termina presuponiendo una lesión que solo puede ser presunta...y, a veces, *iuris et de iure* (no solo el prestigio de la Administración sino también ciertas reconstrucciones de la imparcialidad y del buen funcionamiento particularmente amplias que terminan casi presuponiendo la lesión del bien jurídico toda vez que la conducta es subsumible en el modelo abstracto).

Asimismo, la configuración tradicional de la corrupción propia como acuerdo remunerativo de un acto ilícito ha terminado por llevar al intérprete a identificar la afectación al bien jurídico con el objeto del acuerdo mismo; y, como la materialización del objeto del acuerdo es, *de iure condito* (tanto en España como en Italia), solo eventual y, en todo caso, posterior a la consumación del delito (en la corrupción antecedente), la cuestión ha tenido que ponerse en términos de peligro (abstracto).

⁵⁶⁴ Sobre este particular, volveremos *infra* en el apartado 5.5.3.

Por otra parte, al igual que en el pan envenenado, no es infrecuente que la anticipación de la tutela (al momento del peligro) se justifique precisamente apuntando al enorme y (sobre todo) indefinible número de víctimas (*rectius*: perjudicados) de la corrupción que, se recordará, plantea graves problemas y amenazas «para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley»⁵⁶⁵. Y, si, en el caso del pan envenenado, el bien jurídico individual objeto de protección mediante peligro abstracto pertenece al abanico de los «clásicos» objetos de tutela jurídico-penales (la vida), aquí la cuestión se complica toda vez que, además de resultar solo puesto en peligro, el bien jurídico (final) es presentado (también) como bien de titularidad difusa⁵⁶⁶.

5.1.3. *La expulsión tout court del peligro abstracto*

En ciertos ámbitos de la doctrina, se ha ido abriendo camino la idea de un Derecho penal garantista deudor de la tradición liberal en cuyo marco no tienen cabida (o la tienen en forma muy reducida, casi... «excepcional»⁵⁶⁷) los bienes jurídicos supraindividuales, ni los tipos de peligro abstracto. Según algunas lecturas⁵⁶⁸, partiendo de

⁵⁶⁵ Así literalmente el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁵⁶⁶ Con referencia a aquellas reconstrucciones del objeto jurídico del cohecho en términos de peligro abstracto para *v.gr.* el buen funcionamiento y/o la imparcialidad de la Administración pública. Se recordará la postura contraria de quien defendía que el bien jurídico objeto de protección tenía que identificarse con el interés concreto del administrado que se ve lesionado por la actuación del funcionario sobornado. En este caso también, no obstante, piénsese en el supuesto en el que el acto objeto del pacto resulte en un delito contra el medioambiente.

⁵⁶⁷ Así, literalmente, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pág. 42 con amplias referencias bibliográficas.

⁵⁶⁸ Parece particularmente sugerente la metáfora tomada a préstamo de la astrofísica utilizada por quienes han hablado, respecto, por ejemplo, de los postulados de la escuela de Frankfurt, de teoría del «*big crunch*» (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Algunas...», cit., págs. 395 y ss.).

consideraciones ampliamente compartidas⁵⁶⁹ sobre el ejercicio, cada vez más desmesurado, del *ius puniendi* por parte de legisladores que cabalgan el populismo de la seguridad⁵⁷⁰ (que, en «nuestro» ámbito, quizás se haya ocultado detrás de fórmulas nebulosas como «regeneración democrática», igualmente ambiguas aunque ciertamente más refinadas, ya que apelen a pulsiones más moralistas que físicas), se ha creído individualizar en los postulados de un Derecho penal mínimo (o nuclear) una limitación de la intervención penal a tutela exclusiva de bienes jurídicos individuales o personales⁵⁷¹ y la expulsión del mismo de toda afectación que se sitúe en términos distintos a la lesión o la concreta puesta en peligro del bien jurídico individual⁵⁷².

⁵⁶⁹ Véase, entre muchos, PORTILLA CONTRERAS, G.: «La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neo-liberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de los intereses penales», en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (COORDS.): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones Universidad de Castilla La Mancha, 2003, pág. 115.

⁵⁷⁰ A este respecto, se ha observado que «en una época de rápidos progresos técnicos, en la que diariamente se ‘descubren’ nuevos riesgos (...) una interpretación, fatalmente vinculada con el progreso técnico, con la que se extiende el Derecho penal a los que con su actuación incrementan los riesgos, imponiéndoles con amenaza de pena el deber evitar los daños» (HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 162). Sobre la problemática relacionada con la «seguridad» como bien jurídico, se remite a las consideraciones y a la bibliografía citada por FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., págs. 91 y ss. y, en particular, pág. 94; MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración...», cit., págs. 49 a 52.

⁵⁷¹ Para una breve panorámica sobre distintas propuestas, véase SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión...*, cit., págs. 165 a 166. Normalmente la referencia a autores que han sostenido este punto de vista, aun con necesarios matices, suele incluir HASSEMER, LÜRDENSEN, NAUCKE, HERZOG, ALBRECHT, PRITTWITZ (así MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...parte general...*, cit., pág. 69). En particular, véase la propuesta de un «derecho de intervención» (*Interventionsrecht* a situarse entre el Derecho penal nuclear y el *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, entre el derecho civil y el público) formulada por HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: «Crisis...», cit., págs. 635 y ss. En España, un punto de vista parecido ha sido sostenido por SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión...*, cit., *passim*. En términos sustancialmente negativos frente a este planteamiento, véase, aparte de Martínez-Buján Pérez, también ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 54.

⁵⁷² Así SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., págs. 16 a 17.

Aparte de histórico-nostálgicas⁵⁷³, las razones que subyacen a dicha limitación son tanto de carácter dogmático como político criminal⁵⁷⁴. Sin ánimo de detenernos ahora sobre una cuestión que extralimita con creces el objeto de este trabajo, cabe recordar que este sector de la doctrina pone en entredicho, en primer lugar, la efectividad del Derecho penal del peligro abstracto. El intento de proporcionar respuestas a (todas) las problemáticas de la sociedad pos-moderna utilizando la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico, aparte de trastornar sus principios rectores, convirtiéndola en la *prima ratio*⁵⁷⁵, se apoyaría en la errónea convicción de que la amenaza de sanción (que pierde así toda su connotación retributiva para centrar su función en la prevención) sea idónea para solucionarlas⁵⁷⁶. Esta suposición, dicen los más críticos, es una ilusión que tiene como consecuencia el abusivo recurso al derecho punitivo por parte de legisladores que, al mismo tiempo, fomentan y responden a la demanda de seguridad (o, si se prefiere, de «moralidad») de los ciudadanos. El resultado es la creación de una parte especial simbólica cuya aplicación es inversamente proporcional

⁵⁷³ Véase HASSEMER, W.: «Crisis...», cit., págs. 636 y ss. Pero, sobre el punto, véanse las consideraciones críticas de SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., págs. 190 y ss. cuyo recorrido histórico parece más atinado. Interesante también el *excursus* de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., págs. 19 y ss. que afirma que «la tendencia político-criminal clara a la anticipación de la intervención penal en momentos anteriores a la puesta en peligro concreta o lesión de un bien jurídico (...) se manifiesta contemporáneamente de modo más intenso a partir de los años '70» del siglo pasado (la cita es de la página 35). Véanse también las consideraciones críticas de FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., pág. 29.

⁵⁷⁴ Se remite a las amplias consideraciones de SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., págs. 171 y ss.

⁵⁷⁵ Así HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., págs. 26 y ss.

⁵⁷⁶ Se ha dicho que, «en una situación en la que la población se muestra preocupada ante los nuevos peligros, el Derecho penal se compromete recortando las garantías de certeza de las exigencias de conducta y de seguridad de las expectativas. Esto es ciertamente comprensible, como un esfuerzo de adaptación al 'espíritu de la época', pero desde el punto de vista de una Administración de Justicia penal orientada tradicionalmente en las garantías del Estado de Derecho constituye un anacronismo» (así HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 162).

a los debates dogmáticos que la doctrina propone en el intento de legitimarla⁵⁷⁷ y que agota su *vis* preventiva en la intimidación⁵⁷⁸.

En el caso de la corrupción, la anterior observación parece encontrar un soporte en la comparativa entre los datos inherentes a la percepción de su difusión, por un lado, y la efectiva utilización por parte de la jurisprudencia del arsenal punitivo dispuesto para «barrer» a sus autores, por otro⁵⁷⁹. Y, por lo menos de momento, que los

⁵⁷⁷ Véase HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., págs. 61 y ss. quienes observan como los delitos contra la salud pública terminan aplicándose solo cuando, como consecuencia de la conducta peligrosa, se producen homicidios o lesiones. Según los mismos autores, la «dialéctica de lo moderno ha transformado el Derecho penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El Derecho penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en un *soft law*, en un medio de dirección social» (*Ibidem*: pág. 26). En el mismo sentido, añaden que «esta estrategia concede al Derecho penal en la solución de estos problemas unas capacidades de una naturaleza y extensión que nunca había tenido antes, convirtiéndolo en un instrumento de intervención preventiva y flexible en situaciones de peligro. Tanto más indeterminados sean estos peligros, para cuya prevención pretende utilizarse el Derecho penal, tanto más flexible, eficaz y adaptada a la situación será la reacción jurídico-penal. En todo caso, con esta apertura conceptual a las situaciones de peligro, el Derecho penal pretende adaptarse a las necesidades de una «sociedad peligrosa» (*Ibidem*: pág. 163). Particularmente eficaz la paráfrasis de Kuhlen (KUHLEN, L.: «Cuestiones...», cit., pág. 234) quien, reconstruyendo la postura de Hassemer (criticada por este jurista) afirma que el Derecho penal de la sociedad del riesgo no conduce «a una mayor seguridad (...), sino a calmar a una opinión pública que en casos de daños especialmente graves se siente, como es natural, insegura; surgiéndosele que el Estado está preparado y es capaz de garantizar la necesaria seguridad del consumidor, a través de una actuación enérgica. Como este efecto de apaciguamiento se basa en un engaño al ciudadano, no puede servir para legitimar de hecho ni la responsabilidad penal por el producto, ni el Derecho penal simbólico en general».

⁵⁷⁸ Se ha observado que, para que el Derecho penal desempeñe su tarea preventiva, hay que tener claro que los resultados esperados «no pueden alcanzarse con la intimidación de los posibles delincuentes, sino con la información dirigida a todos los ciudadanos» y que «esa tarea [de prevención] es incompatible con una destrucción de los principios y garantías penales», susceptible (la destrucción) de diseñar un derecho coactivo eficaz en el corto plazo, pero destinado a fracasar inexorablemente en un medio o largo plazo (HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 191).

⁵⁷⁹ Se perdona la remisión a las reflexiones realizadas en CERINA, G. D. M.: *La insoportable...*, cit., págs. 18 y ss. y 57 y ss. Para una muestra de la (escasa) vir-

tualidad jurisprudencial de la «corrupción», se remite a los datos publicados en el «repositorio de datos sobre procesos por corrupción» del Consejo General del Poder Judicial, disponibles en el enlace web <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/>. Para los delitos de prevaricación urbanística (artículos 320 y 322), prevaricación administrativa (art. 404, 405 y 408), infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (art. 413, 414, 415, 416, 417 y 418), cohecho (art. 419, 420, 421 y 422), tráfico de influencias (art. 428, 429 y 430), malversación (art. 432, 433, 434 y 435), fraudes y exacciones ilegales (art. 436, 437 y 438), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (art. 439, 441, 442 y 443) y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículo 286 ter), en el primer semestre del año 2021, se recogen 10 procedimientos con apertura de juicio oral, con 53 personas procesadas (19 personas jurídicas). De acuerdo con la serie publicada en <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/Poblacion-reclusa-y-condenas-por-procesos-corrupcion/Condenas-por-sentencia-firme>, las personas con condenas firmes por delito de cohecho en el periodo comprendido entre el tercer trimestre del año 2015 y el primer trimestre del año 2020 han sido 89, de las cuales 27 por cohecho propio, 31 por cohecho impropio y 31 por cohecho de facilitación. En un lapso de tiempo comparable, los datos italianos son claramente mayores: en el periodo comprendido entre el año 2012 y el año 2017, resultaron condenadas con sentencia firme 1.702 personas (fuente Istituto Nazionale di Statistica http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCCV_CONDGEO1#). Aunque el dato español resulte incompleto (faltan datos relativos al IV trimestre del año 2016, al II trimestre del año 2017, al IV trimestre del año 2018 y al III trimestre del año 2019), la explicación de la diferencia no puede resolverse en eso. De hecho, el dato publicado por el Instituto Nacional de Estadística (que no coincide con el del Consejo General del Poder Judicial, probablemente por incluir condenas no firmes), en el periodo que va desde el año 2014 al año 2019, recoge 426 personas condenadas por cohecho (consultado en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>) que sigue siendo un dato mucho menor del recogido por el Instituto de Estadística italiano. La cuestión, naturalmente, extralimita el objeto de este trabajo, pero lo cierto es que la diferencia no deja de resultar extremadamente llamativa. Para una panorámica anterior al año 2012, véase FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: «El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma», en PUENTE ABA, L. M. (ED.): *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del congreso hispano-italiano de Derecho penal económico. Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014*, Universidad de La Coruña, 2015, págs. 56 a 57 quien añade y documenta además que, en España, «los delitos de corrupción son los que tienen una mayor tasas de indultos». De cualquier manera, sobre la problemática relacionada con la medición de la corrupción y los límites de los datos objetivos procedentes de estadísticas judiciales (con referencia expresa incluso al repositorio del Consejo General del Poder

legisladores hayan considerado como un «oráculo»⁵⁸⁰ a los *rankings* de percepción, endureciendo la respuesta punitiva (y aceptando los peajes que hubiera que abonar en términos de tipicidad y lesividad a los que ya nos hemos referido)⁵⁸¹, no parece haber incidido sobre la real aplicación del Derecho penal a corruptos y corruptores (ni, por supuesto, sobre la propia percepción de la difusión de prácticas corruptas)⁵⁸².

Judicial al que nos hemos referido), véase GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales», en *Política criminal*, Vol 13, julio 2018, págs. 108 y ss. en las que justamente subraya la «dualidad entre percepción y datos objetivos».

⁵⁸⁰ Así MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 9. En el mismo sentido, véase el informe presentado por el Ministro de Justicia con el que se presentaba el *Disegno di legge* que se convertiría en la ley «*spazzacorrotti*»: en el texto, se puede leer que «el nivel de corrupción percibida en el sector público es muy alto y mantiene a Italia en una posición lejana de los primeros puestos en el *ranking* (literalmente *classifica*) europeo: en 2016, Italia era última del *ranking* (literalmente *classifica*) en Europa; en 2017, vigesimoquinta sobre 31 Estados, con una nota global de 50 puntos sobre 100 que marca una grave insuficiencia y el permanecer de una sensible distancia de los niveles deseables y realmente competitivos». Cita (de forma más amplia) el informe también BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 79 a 80 quien subraya sabiamente que tanto los datos inherentes a la percepción de la corrupción como los procedentes de otros «recientes estudios» mencionados por el informe, si bien indudablemente relevantes, deberían leerse con cierta cautela. Sobre la cuestión, se perdona la remisión a las observaciones que hice en CERINA, G. D. M.: *La insoportabile...*, cit., págs. 18 y ss. Para un análisis que tiene en cuenta la evolución del número de condenas y del índice de percepción de la corrupción de transparencia internacional, véase INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 85 y ss.

⁵⁸¹ Se remite a aquella parte de la doctrina que ha subrayado que sería preciso «centrarse en el fuego de la corrupción, sin dejarse cegar por el humo de la percepción» (así literalmente MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 308). Acerca de la conversión automática de los índices de percepción en auténticas exigencias de política criminal, véase CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 2. En términos críticos, también FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 7 (de la *addenda*) quienes observan la falta de «*know how* empírico» adecuado que ciertamente no se agota en los índices de percepción de Transparencia Internacional.

⁵⁸² Sobre este punto, especialmente *tranchants* (pero francamente acertadas) resultan las observaciones de BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 7 quien observa que «la estrategia, esencialmente mediático-populista, que confía el combate al fenómeno corruptivo principalmente a repetidos, ciegos aumentos de pena, chocha frontalmente con la concreta (in)eficiencia del sistema judicial» lo que resulta

Desde un punto de vista dogmático, por otra parte, las críticas se dirigen contra la utilización desmesurada de los delitos de peligro abstracto⁵⁸³. Se observa que su introducción, entendida como *praesumptio iuris et de iure* de peligro para el bien jurídico⁵⁸⁴, vacía *de facto* toda valoración crítica y material de la categoría «bien jurídico» como límite al *ius puniendi*, siéndole vetado al juez todo juicio acerca de la efectiva puesta en peligro del interés individual (realmente) objeto de protección de la norma⁵⁸⁵. Por otra parte, los problemas que plantea la técnica legislativa de tipificación del peligro abstracto en términos de nexo de causalidad, taxatividad, peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, autoría y participación, entre otros, parecen insuperables⁵⁸⁶.

en «la escasa incisividad de las opciones punitivas, como sobresale a un examen de las estadísticas judiciales». En términos parecidos, véase SPENA, A.: «'Chi lascia...», cit., pág. 1086. Por otra parte, en respuestas a ciertas observaciones (como las que formula GONZÁLEZ TAPIA, M. I.: «Peligrosidad...», cit., pág. 144) que han querido ver en la demanda de mayor intervención penal en el ámbito de la «delincuencia de los poderosos» una especie de «modernización» y «democratización» del Derecho penal, debe contestarse que, a la postre, la evidencia de los datos ha dejado pocas dudas: con respecto a la respuesta del legislador, la única alternativa al «negativo rótulo de 'populismo'», parece una (francamente) improbable (y, en su caso, no menos preocupante) ingenuidad en el empleo de la (no se olvide: poderosísima) herramienta penal.

⁵⁸³ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., págs. 28 y ss.

⁵⁸⁴ Esa parece la idea que, a veces, se «oculta» detrás de otras expresiones. Véase, por ejemplo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., pág. 39 que habla de «peligro presunto», categoría que ha sido objeto de fuertes críticas (véase, por ejemplo, MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., *loc. cit.*) no ya solo *de iure condendo* sino también *de lege lata*.

⁵⁸⁵ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., pág. 39 y la bibliografía ahí referenciada. No obstante, véase también MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de "solventar" la confusa interpretación de los tipos penales de peligro», en *Estudios penales y criminológicos*, 2018, n. 37, págs. 487 y ss.

⁵⁸⁶ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., *passim* y, en particular, de forma resumida, pág. 188 donde observan que «tanto en la determinación de la causa de una lesión, como en la constatación de los deberes penales de actuar y sus motivos, pasando por la definición de peligro, hasta el pronóstico de la reacción penal frente a determinados copartícipes, nos encontramos con una general de-formalización de los conceptos penales, que obstacu-

En el caso de la corrupción, como ya hemos observado, es innegable que la búsqueda de un sistema represivo *catch-all* se hace a costa de la desalinización de los requisitos típicos y de la función crítica del bien jurídico que, en algunas reconstrucciones (piénsese en ciertos tratamientos jurisprudenciales del cohecho de facilitación), se ve relegado a mera decoración que solo sirve para tomar nota de la conformidad del supuesto de hecho con el modelo abstracto⁵⁸⁷. Como se ha observado, la sensación, a veces, es que, en la oposición a la corrupción, «el instrumento penal parece utilizado, no ya como medio subsidiario de tutela (...) sino más bien como instrumento ‘primario’ de ‘lucha’ al fenómeno criminal, dirigido, más que a la tutela de bienes jurídicos (...), a promover un mensaje de estigmatización socio-cultural de los fenómenos corruptivos»⁵⁸⁸ que naturalmente termina retroalimentando el recurso legislativo a esta rama del ordenamiento. Parece haberse olvidado que, «incluso los culpables de graves delitos tienen que tratarse según criterios de aceptable justicia, en una óptica de reducción de lo penal a *extrema ratio*, con respecto tanto al espacio de los preceptos como al tipo de medidas y sanciones. Incluso cuando razones fuertes inducen a alargar el espacio de los preceptos y la medida de las sanciones, la idea-guía del menos penal posible tiene algo que decir»⁵⁸⁹.

liza la función central del Derecho penal, es decir, la interpretación determinada y segura de la ley: los afectados deben vivir en todo caso (sin que podamos aquí entrar en más particularidades) con una amenaza difusa, sin poder remitirse a una expectativa concreta de comportamiento». En términos parecidos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., págs. 39 y ss. quien extiende la crítica a los delitos contra la Administración de Justicia «respecto de los que resultaría difícil comprobar la lesión del interés protegido (*Ibidem*: pág. 41 con amplias referencias bibliográficas). Véase también MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración...», cit., pág. 69 quien reconoce que «no cabe duda que (...) la creación de delitos de peligro abstracto y su interpretación tradicional produce tensiones con el pleno respeto de un concepto material de delito y de injusto y constituye, en ese sentido, una *técnica problemática de delimitación de lo punible*» (las cursivas son de la autora).

⁵⁸⁷ Véase, entre otros, MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 242 quien habla de «empobrecimiento del *Tatbestand* para facilitar esquemas probatorios sustancialmente basados en la presunción y de todas formas, simplificados».

⁵⁸⁸ Así CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 2.

⁵⁸⁹ Así PULITANÓ, D.: «La novella...», cit., pág. 19 quien añade (*Ibidem*: pág. 20) que «la reducción del principio de responsabilidad a la sola dimensión penalística

Por otra parte, reténgase que incluso los más críticos no desconocen ni niegan que la evolución de la sociedad pos-moderna requiera respuestas satisfactorias por parte del ordenamiento jurídico⁵⁹⁰; simplemente se protesta la inidoneidad del derecho punitivo para proporcionarlas⁵⁹¹.

Con específica referencia a la corrupción, debe reconocerse que «la represión penal no puede funcionar como límite para fenómenos difusos y sistémicos y de todas formas puede proporcionar una cura solo sintomática, epidérmica, transitoria»⁵⁹², lo que debe oponerse a la convicción cada vez más de moda de acuerdo con la cual, «para poner remedio a las disfunciones sociales», es «fundamental vetar comportamientos y re-modular al alza las penas amenazadas», en una lógica «pervertida por una verdadera pasión punitiva» que se refleja

produce efectos paradójicos: deresponsabilización en el plano ético y político, y sobrecarga de la justicia penal, que termina por asumir funciones [lit. *valenze*] impropias, de custodia de la moralidad pública, y se expone a un aumentado riesgo de autoritarismo, cuyas buenas intenciones no aseguran la bondad de los resultados». Sobre la tendencia a descargar en el juez penal la selección de los políticos «honorables», permítase la remisión a CERINA, G. D. M.: *La insopportabile...*, cit., págs. 57 y ss.

⁵⁹⁰ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 45 quienes reconocen que «sería ajeno a la realidad del mundo y del derecho mantener la actitud contraria de excluir los problemas modernos del Derecho, manteniendo su ‘pureza’ y orientando el sistema jurídico en principios. Un derecho así entendido rompería demasiado pronto el cordón umbilical con la sociedad de la que depende. La perfección sistemática y la limpieza conceptual no son valores jurídicos en sí mismos, sino valores al servicio de respuestas adecuadas a su tiempo».

⁵⁹¹ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., págs. 36 y ss. y *passim*.

⁵⁹² ASÍ MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 241. De la misma opinión (en verdad muy difusa y difícilmente refutable), también PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., pág. 227 quien recuerda que el Derecho penal no puede sino «golpear episódicamente» cuando los hechos de corrupción representan un «ametrallamiento». Para tratar de expresarlo en español corriente, más que la conocida referencia al elefante y a la cacharrería, parece prestarnos ahora mayor ayuda la imagen del (igualmente conocido) cañonazo frente a un enjambre de moscas. En términos parecidos, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2019, cit., pág. 912.

en el «uso político del Derecho penal, con finalidades electorales y de apaciguamiento de la opinión pública»⁵⁹³.

Sin querer ahondar en detalles, pueden ahora traerse a colación aquellas propuestas que apuntan a la creación de una tercera vía de derecho sancionador, capaz de ofrecer respuestas satisfactorias a los problemas de la «sociedad del riesgo», librándose de los límites estrictos que circunscriben la actuación del legislador penal, límites que descienden, sin dudas, de la utilización por éste de la pena privativa de libertad⁵⁹⁴. Tanto el «derecho de intervención»⁵⁹⁵ como el «modelo dual» de Derecho penal, apuntan a un sistema de sanciones que prescinde de la pena de prisión. Y, si el «derecho de intervención» se configura como ordenamiento esencialmente «no penal»⁵⁹⁶, de forma más realista⁵⁹⁷, el «modelo dual», por decirlo con uno de sus promotores, se apoya en la idea de que «para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales⁵⁹⁸, pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso,

⁵⁹³ MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 241. Véase también BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 3 y ss.

⁵⁹⁴ Se ha observado que «el problema no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad. Es esta última la que debe realmente ser contenida» (SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión...*, cit., pág. 169).

⁵⁹⁵ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., págs. 41 y ss.

⁵⁹⁶ Véase HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 46 donde se afirma que «este ‘derecho de intervención’ estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público».

⁵⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión...*, cit., pág. 166 quien observa que «la devolución al derecho administrativo de todo el ‘nuevo’ Derecho penal es, sin duda, una postura loable desde perspectivas academicistas. Pero que elude afrontar las razones por las que se ha producido esa inflación penal así como buscar soluciones que, atendiéndolas, muestren la máxima racionalidad posible».

⁵⁹⁸ Como se ha observado (SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión...*, cit., pág. 168), «ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema de Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema de Derecho penal en sentido estricto)».

renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad»⁵⁹⁹.

Con las debidas cautelas impuestas por la brevedad con la que ahora hemos de medirnos a la cuestión (que seguramente merecería una reflexión más profunda), en materia de Derecho penal anticorrupción, quizás no sobre remitir al interesante debate sobre la eficacia disuasoria de las penas accesorias: sobre todo en Italia, al hilo de las recientes modificaciones legislativas que, por un lado, han incrementado la dureza de las sanciones accesorias⁶⁰⁰ y, por otro, han desanclado su aplicación de la pena principal (a modo de ejemplo, se remite a la disciplina vigente en materia de *patteggiamento*⁶⁰¹ o de la suspensión condicional de la pena⁶⁰²), se ha apuntado a un derecho sancionador que, más allá de respuestas tradicionales (privación de libertad), incluya sanciones que hagan de contrapunto (casi en un moderno redescubrimiento del *contrappasso* de Dantiana memoria) a los intereses que realmente han movido al reo a la realización del ilícito y

⁵⁹⁹ La cita es de SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión...*, cit., pág. 172 quien cita a HASSEMER, W.: «Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung mit Strafrecht», en *Festschrift für Günter Benman*, Baden-Baden, 1997, pág. 188 que añade que «una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva».

⁶⁰⁰ Véase CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., págs. 15. Con todo, la doctrina mayoritaria parece haber planteado serias dudas sobre la entidad de las penas accesorias (con específica referencia al carácter perpetuo tanto de la inhabilitación como de la prohibición de contratar con la Administración pública), muchos, véase MANNA, A. y GAITO, A.: «L'estate...», cit., págs. 3 a 4).

⁶⁰¹ El artículo 445-ter del *Codice di procedura penale*, dispone que, con la sentencia por medio de la cual se aplica la pena pactada, si objeto de la misma son determinados delitos contra la Administración pública (entre los que se halla la corrupción), «el juez puede aplicar las penas accesorias previstas por el artículo 317-bis del Código penal».

⁶⁰² El actual artículo 166 del Código penal italiano dispone que «La suspensión condicional de la pena se extiende a las penas accesorias. No obstante, en el caso de condena por los delitos previstos por los artículos 314, primer apartado, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, apartado primero, 320, 321, 322, 322-bis y 346-bis, el juez puede disponer que la suspensión no extienda sus efectos a las penas accesorias de la interdicción de los públicos oficios y de la incapacidad para contratar con la administración pública». En doctrina, véase CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 14; INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 119 y ss.; VALENTINI, V.: «La controriforma...», cit., pág. 358.

que afecten sobre todo a la actividad que ha representado la ocasión para la comisión del mismo⁶⁰³.

5.1.4. *Bienes jurídicos supraindividuales y peligro abstracto*

Ya se han apuntado consideraciones relativas a la posible naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido por el delito de cohecho. De ahí que adquiere ahora relevancia preguntarnos acerca de la necesidad de que la tutela de los bienes jurídicos colectivos se lleve a cabo mediante la protección del peligro abstracto de su lesión⁶⁰⁴.

Para ello, volvamos al ejemplo del pan envenenado: es relativamente común observar que la actuación del sujeto productor o distribuidor lesiona solo presuntamente el bien jurídico individual (vida) y que el bien jurídico colectivo (salud pública) difícilmente puede postularse lesionado por una acción de un individuo. En el caso, por ejemplo, de la producción de una sola barra de pan dañina para la

⁶⁰³ Baste aquí remitir a BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 83 a 90. Lo cierto es que, si dirigimos la atención a Italia, la posibilidad *pro futuro* de siquiera pensar en sustituir penas privativas de libertad con sanciones *ad hoc* parece colocarse muy lejos de la tendencia legislativa: el legislador, de hecho, junto con el aumento de las penas accesorias, ha aumentado también las principales y, proyectado hacia la necesidad de demostrar a la opinión pública que «los corruptos cumplen la pena y van a la cárcel», ha procurado modificar la disciplina de la suspensión de la pena (y relativo acceso a medidas alternativas) complicando el acceso a las mismas por parte de corruptos y corruptores. Asimismo, se ha endurecido el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, extendiendo a autores de cohecho medidas previstas inicialmente para el sujeto individual. En organizado (sobre todas estas cuestiones, se remite a MANES, V.: «L'estensione...», cit., *passim*).

⁶⁰⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., pág. 36. Según la autora «este que ya se denomina 'Derecho penal de la sociedad del riesgo' utiliza preferiblemente la técnica de los delitos de peligro abstracto o la creación de bienes jurídicos universales, en ocasiones formulados vagamente y con el único sentido de solapar la intervención injustificada anticipada respecto del bien jurídico individual que les sirve como punto de referencia». La misma autora recuerda que existe una «estrecha relación entre técnica de tutela y objeto de tutela». Véase, en el mismo sentido, BARATTA, A.: «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, 1991, pág. 47 en donde se lee que «la tendencia expansiva de los sistemas penales hacia la tutela de bienes jurídicos difusos o de funciones y hacia una progresiva anticipación de la esfera de tutela, son dos fenómenos estrictamente complementarios».

salud, se sancionaría al sujeto no tanto por su conducta individual, de por sí, insignificante de cara al bien jurídico «salud pública», sino para evitar una «acumulación» de barras envenenadas⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ Y las críticas han sido entonces *mutatis mutandis* las analizadas en el acápite anterior: así procediendo, se ha dicho, se terminaría sancionando a la parte considerándola todo y, *de facto*, el autor es penado por un hecho a él ajeno. Como afirma Kaufmann, «dado que el peligro no es un elemento del tipo legal, sino que representa solo el motivo no nombrado del legislador, el delito se realiza en el caso concreto incluso cuando el peligro – presumido legalmente – no se produce en absoluto en concreto. Ello tiene como consecuencia que al autor no le sirve de nada cuando parte – correcta o erróneamente – de que su comportamiento no es peligroso en absoluto. También la culpabilidad es presumida de modo irrefutable o incluso fingida (...) [lo que] supone una contradicción con el principio de culpabilidad...» (KAUFMANN, A.: «Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit», en *Juristenzeitung*, 1963, pág. 432 citado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., pág. 42). La idea de justificación de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos recurriendo a la «acumulación» es bastante común en la doctrina y no solo entre los detractores de la categoría. Así por ejemplo HEFENDEHL, R.: «El bien...», cit., pág. 195 que, aun manteniendo la visión *acumulativa*, afirma que «la objeción de que por medio de la acumulación se termina fundamentando el ilícito *ex iniuria tertii* solo sería cierta si en el marco de la concreta configuración típica se realizara una remisión al injusto de terceros para fundamentar la responsabilidad. No es el caso. También desde la filosofía moral», añade el autor, «se puede justificar el pensamiento acumulativo: si se constata que la infracción de la norma de conducta lesiona el bien jurídico de una cantidad lo suficientemente grande de destinatarios, es inadmisibles una defensa del sujeto en el sentido de que su contribución aislada es irrelevante para el bien jurídico, ya que no hay ninguna razón evidente por la que el ordenamiento jurídico deba privilegiar a este destinatario de la norma o a un grupo de ellos frente a los demás» (y, según Hefendehl, el cohecho es un ejemplo de delito acumulativo). Parte de la doctrina ha rechazado esta idea: se ha dicho que «desde el punto de vista del bien a tutelarse, no existe una diferencia razonable si su destrucción, su parálisis, o su puesta en peligro se lleva a cabo a través de una sola conducta (o dentro de los límites de un hecho de participación), o a través de una serie de numerosas acciones independientes entre ellas. Lo cierto es que el legislador penal, en la descripción del tipo, tendrá en cuenta también el grado de la ofensa y el modo en el que ella se realiza, y a igualdad de importancia del bien jurídico y del grado de ofensa (por ejemplo, lesión), considerará más graves (con consecuencias sobre el *an* o el *quantum* de la sanción) los hechos que por sí solos impliquen la lesión, respecto de los hechos que solo junto con numerosos otros hechos alcanzan el mismo efecto dañino. Pero todo ello no impide que el legislador pueda tomar en consideración y disciplinar incluso estos hechos menos graves» (así ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 66).

De forma parecida, podría decirse que resulta atrevido postular la afectación de la imparcialidad o del buen funcionamiento de la Administración pública por parte de un único acto de corrupción, máxime cuando se trata de un regalo otorgado con la futura esperanza de congraciarse al funcionario público que lo recibe o cuando se piensa en el obsequio que se concede a un funcionario público (piénsese en el médico de un pueblo) como agradecimiento por los servicios prestados. Y también aquí podría argumentarse que, lo que se busca, es evitar la repetición constante de este tipo de comportamientos que, una vez generalizados, (entonces sí) suponen un menoscabo del bien jurídico⁶⁰⁶.

Ahora, si se acepta la incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con un Derecho penal orientado por el principio de lesividad y también se asume que los bienes jurídicos colectivos solo pueden protegerse penalmente mediante delitos de peligro abstracto, *prima facie*, parecería deberse compartir que la tutela de los bienes jurídicos colectivos, en tanto que presupone la tipificación de delitos de peligro abstracto, ha de ser igualmente descartada⁶⁰⁷. Así argumentando, se ha puesto en entredicho todo el Derecho penal cuyo objeto no se identifica con bienes que, por lo menos mediatamente, sean también intereses de la persona, considerada en su individualidad⁶⁰⁸. Y,

⁶⁰⁶ Así, por ejemplo, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 124.

⁶⁰⁷ Véase PORTILLA CONTRERAS, G.: «La influencia...», cit., quien afirma que «recientemente se observa la aparición de tesis que discuten la validez misma del concepto de perjuicio social y se manifiestan contrarias al fundamento teórico y naturaleza de los bienes colectivos, cuestionándose al mismo tiempo la necesidad de proteger los intereses que exceden a los valores exclusivamente individuales».

⁶⁰⁸ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción...*, cit., pág. 109; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., pág. 75. Véase también FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., pág. 29 quien habla de un planteamiento hijo del individualismo liberal que rechaza la posibilidad que el Derecho penal se plantease como prioritarios bienes jurídicos no individuales; se refiere el autor a una «prejudicial desconfianza del penalista liberal hacia los bienes supraindividuales o colectivos, más todavía si colocados en una posición jerárquica de presunta superioridad de cara a los más tradicionales bienes individuales». Todo lo más, recuerda el autor, podría justificarse la «protección penal de aquellos *solos* bienes colectivos que, por sus características, fueran funcionales a una más eficaz tutela de los mismos intereses individuales o fueran susceptibles de crear mayores espacios de libertad para los individuos». En este marco, puede seguramente enmarcarse el intento de dotar a la corrupción propia antecedente de un bien

junto con cierta incomodidad frente a la evolución del Derecho penal «de la sociedad del riesgo», la protección de bienes no (directamente) adscribibles a un individuo concreto ha dirigido la crítica hacia algunos sectores del ordenamiento jurídico, entre los cuales destaca el «nuevo» Derecho penal de la economía⁶⁰⁹.

Dicho ello, lo primero que aquí debe señalarse es que parece difícilmente rebatible que, una vez emprendido este camino (quizás hiper-) crítico, es difícil formular conclusiones que no terminen salpicando a ámbitos del ordenamiento penal «clásico» como aquello al que pertenecen los delitos que aquí se estudian. Dicho con otras palabras, no hay que perder de vista que las observaciones que parte de la doctrina dirige contra ámbitos «novedosos» de un Derecho penal (supuestamente) sintomático de una constante y descontrolada expansión populista, atropellan a un segmento de esta rama del ordenamiento «tradicional», cuasi-eterna: y si no, más allá de algunos recientes excesos expansivos, que alguien demuestre que las perturbaciones de la actividad de la Administración que interesan al Derecho penal son «modas» relacionadas con la sociedad del riesgo⁶¹⁰.

5.1.5. Observaciones sobre los planteamientos anteriores

Aclarada la relevancia de la cuestión de cara al tema que ahora nos ocupa, al neto de la indudablemente valiosa aportación de las reflexiones anteriores, se sugiere aquí la posibilidad de descartar conclusiones especialmente tajantes (tanto desde un punto de vista dogmático como político-criminal) y, todo lo más, considerarlas *cum grano salis*.

Y, en efecto, reténgase que otra parte de la doctrina (que incluye, en particular, a los cultores del Derecho penal económico) ha reaccio-

jurídico (tutelado mediatamente) identificado con el que se vería menoscabado por la realización del acto administrativo contrario a los deberes del *intraneus*.

⁶⁰⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., pág. 38. Sobre la conveniencia de insertar a la corrupción (del funcionario público nacional) en esta rama del ordenamiento, véase ampliamente BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 3 y ss. y *passim*.

⁶¹⁰ Véase RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 124.

nado con cierta vehemencia frente a los planteamientos descritos en los anteriores acápite⁶¹¹.

En primer lugar, se ha sustancialmente acusado a los defensores de posturas especialmente críticas (según algunos, «reaccionarias»⁶¹²) de confundir bien jurídico protegido y *ratio* de la incriminación⁶¹³: así, se ha advertido que, toda vez que se quiere traer a colación la lesión de un interés colectivo para argumentar la ausencia de lesividad de un comportamiento y solicitar, por ende, su despenalización, es necesario, en primer lugar, interrogarse acerca del real objeto de tutela de la figura que se pretenda criticar⁶¹⁴.

Así procediendo, deberá concluirse, por ejemplo, que, en la mayoría de los delitos societarios, contra la propiedad industrial, de com-

⁶¹¹ Véase, por ejemplo, CARPIO BRIZ, D.: «Concepto y contexto del Derecho penal económico», en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (DIR.): *Derecho económico y de empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 2, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 40. Extremadamente crítico frente a las p[ro]s antes señaladas que abogan para la expulsión del Derecho penal actual vigente de los preceptos predispuestos para la tutela de los bienes jurídicos colectivos, también HEFENDEHL, R.: «El bien...», cit., pág. 182 donde se lee: «La tesis de que todos los bienes jurídicos colectivos son ilegítimos no precisa un análisis detenido, ya que ni siquiera se sostiene coherentemente. Al margen de que en todo caso contendría un postulado político-criminal, en seguida se revela como una propuesta que puede ser consecuente y, en tal medida, a lo mejor estéticamente atractiva, pero que de la misma forma es desacertada. Nadie ha emprendido todavía el intento de diseñar un Derecho penal sin delitos contra la Administración pública, contra la Administración de justicia o de falsificación de moneda».

⁶¹² En este sentido, véase también PORTILLA CONTRERAS, G.: «La influencia...», cit., pág. 119 que habla de p[ro]n conservadora; SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., pág. 189, de[nt]ro la postura «tradicionalista».

⁶¹³ Volveremos en seguida sobre esta cuestión. De momento, entre muchos, véase SOTO NAVARRO, S.: *La protección...* pág. 77.

⁶¹⁴ Véase FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...*, cit., pág. 243 del texto dactilografiado, quien observa que muchas de las críticas hacia la compatibilidad de la tutela penal de bienes jurídicos colectivos y el principio de lesividad adolecen de un error de perspectiva, en la medida en que «encuentran su origen en una incorrecta delimitación del bien jurídico a tutelar». A modo de ejemplo, particularmente interesante resulta la discusión mantenida por parte de la doctrina española alrededor del objeto jurídico protegido por el delito de defraudación tributaria (véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 661 y ss.).

petencia desleal, entre otros, el objeto de tutela es representado por un bien jurídico de naturaleza puramente individual (*v.gr.* el patrimonio de los competidores, considerados en su individualidad), permaneciendo el bien jurídico supraindividual en el fondo como mera *ratio legis*⁶¹⁵.

De la misma manera, se dice, existen delitos (como en el ejemplo del pan envenenado) tuitivos «inmediatamente» de bienes jurídicos (pretendidamente) supraindividuales que serían resultados de la suma de distintos intereses individuales⁶¹⁶ y cuyo objeto de tutela, según algunos, ni siquiera podría incluirse en el abanico de los bienes jurídicos colectivos, ya que carecería de una de las características esenciales de este tipo de bienes: la indivisibilidad⁶¹⁷; se trataría, en suma, de

⁶¹⁵ Así MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., pág. 195 e *Idem*: «Algunas...», cit., pág. 414. En términos parecidos, FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...*, cit., pág. 231 del texto dactilografiado. Se advierte que, para evitar malentendidos (como el que señala el propio MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte general...*, cit., págs. 165 y ss.) y puesto que hablar de bien jurídico mediato equivale a hablar de *ratio legis*, se omite aquí la referencia al bien jurídico mediato.

⁶¹⁶ Véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos...*, cit., págs. 299 y ss. y también HEFENDEHL, R.: «El bien...», cit., pág. 191 quien habla de bienes jurídicos «que están a caballo entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos» comparando la «salud pública» con la seguridad en el tráfico etc. Más articulada pero en el mismo sentido, la opinión de Angioni (ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 150, nota 117) que, por un lado, defiende que los bienes jurídicos *supraindividuales*, para ser protegidos por el legislador penal, precisan acompañar su lesión por la de un bien jurídico final que ha de ser de naturaleza individual y, acto seguido, considera legítima la penalización de aquellos delitos que producen un perjuicio para un grupo de individuos o todos los individuos.

⁶¹⁷ Véase RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 152 a 153; SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., págs. 180 y ss. De acuerdo con un planteamiento crítico que exploraremos brevemente más adelante, esta autora defiende que la reconstrucción «acumulativa» es en realidad un *escamotage* que se utiliza para rodear las dificultades que presenta la construcción de bienes jurídicos colectivos. En sentido contrario, sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., pág. 156 quien observa que deberá hablarse de bien jurídico colectivo toda vez que el injusto típico exija «conceptualmente una pluralidad indeterminada de personas», se describa «mediante una técnica de tipificación diferente» y presente una dimensión «vinculada a un bien jurídico mediato del orden socioeconómico» (o, añadiríamos aquí, a otro bien jurídico mediato colectivo). En cualquier caso, Soto Navarro mantiene que, una vez que se ha identificado al bien jurídico protegido con el interés colectivo, deberá hablarse de lesión y no ya

bienes jurídicos individuales agredidos de forma general en los que «el atributo colectivo no corresponde propiamente al bien jurídico protegido, sino al tipo de peligro del que se trata de preservar un bien jurídico individual»⁶¹⁸.

Con todo, como ha observado otra parte de la doctrina, parece difícil negar que, en algunos casos (como por ejemplo, en los delitos contra los consumidores y en los delitos contra los derechos de los trabajadores), para adelantar la protección de bienes jurídicos seguramente individuales, el legislador ha hecho pivotar los tipos penales sobre bienes jurídicos «intermedios» supraindividuales, por así decirlo, creados artificialmente, fruto, si se quiere, de la «espiritualización» o «institucionalización» de los intereses individuales mencionados: y es aquí donde se hace prácticamente inevitable el recurso al peligro abstracto como técnica de incriminación⁶¹⁹.

de mera puesta en peligro del mismo. Como se verá en seguida, en este trabajo se excluye que el delito de cohecho pueda insertarse en el abanico de delitos que protegen bienes jurídicos llamados (por algunos) «supraindividuales con referente individual» de tal manera que, para la (ciertamente interesante) polémica que ha suscitado la categoría, parece más conveniente remitir a la doctrina especializada.

⁶¹⁸ SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 228. Para esta autora, en el caso de delitos «contra la seguridad colectiva», no se trata tanto de la protección de bienes jurídicos colectivos sino de una modalidad de agresión de bienes jurídicos individuales potencialmente peligrosa para una cantidad indeterminada de individuos («evitación de situaciones de peligro generalizado para bienes jurídicos personales»).

⁶¹⁹ Véase, con carácter general, a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., págs. 183 y ss., con matices a los que aquí solo podemos remitir. Ténganse presentes, no obstante, las consideraciones generales de Fabián Caparrós (FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...*, cit., pág. 244 del texto dactilografiado) quien recuerda que «el contenido material de los delitos contra el orden socioeconómico no deberá de apreciarse en función del mayor o menor menoscabo que puedan experimentar esos bienes personales —el perjuicio causado a cada consumidor en su salud o en su patrimonio como consecuencia de una campaña publicitaria engañosa, la reducción de las opciones de obtener una subvención pública para emprender determinadas actividades económicas a resultas de la generalización del fraude fiscal, etc.—, sino en relación con el perjuicio directo e inmediato ocasionado a la comunidad como consecuencia de la lesión o la puesta en peligro del interés jurídico socioeconómico de que se trate». Véase también RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 112 a 115 quien, partiendo de observaciones formuladas por la doctrina anglosajona, aun empleando una

Empero dicho grupo de delitos no agota las posibilidades de tutela penal de bienes jurídicos colectivos⁶²⁰: más allá de ello (y de los anteriormente mencionados), es ciertamente posible pensar (tanto *de iure condendo* como *de iure condito*) en la tipificación de comportamientos que ofenden a un bien jurídico supraindividual que no puede «descomponerse» en distintos intereses individuales⁶²¹. Y, según al-

terminología que podría parecer heterodoxa si comparada con la normalmente utilizada por la doctrina española e italiana, llega a conclusiones sustancialmente parecidas.


⁶²⁰ La crítica a las que nos hemos referido arriba, por lo tanto, parece poderse redirigir especialmente contra este conjunto de ilícitos. Pero, como se ha observado, sea cual sea la fórmula que se prefiera, parece olvidarse que se trata solo de una parte del conjunto de tipos penales dispuestos a protección de bienes jurídicos colectivos. En este sentido, notaba críticamente Hefendehl (HEFENDEHL, R.: «El bien jurídico...», cit., pág. 182) que «las concepciones centradas en los bienes jurídicos individuales escogen, por regla general, pesos ligeros como adversarios; tipos penales que, además, si se analizan correctamente, a menudo ni siquiera atañen a bienes jurídicos colectivos, sino a una protección adicional de derechos individuales que en el fondo resulta superflua. Quien señala algunas ovejas negras como la estafa de crédito o las normas penales de la legislación en materia de drogas, no se pronuncia, si se analiza con precisión, en contra del bien jurídico colectivo, sino, y con buenas razones, en contra de una protección adicional del acreedor o de una perspectiva solo difícilmente compatible con la idea de bien jurídico». En términos parecidos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., pág. 188.

⁶²¹ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...*, cit., págs. 161 y ss. quien habla de bienes colectivos generales institucionalizados no individualizables, no divisibles en intereses individuales o sin referente individual. El autor define «indivisibilidad» (o ausencia de un referente individual) como «imposibilidad conceptual de dividir (ni fáctica ni jurídicamente) el bien jurídico en partes, de tal manera que pueda atribuirse de forma individual en porciones, a diferencia de lo que sucede en aquellos otros delitos» que aquí hemos mencionado en los párrafos anteriores «en los que tal división es conceptualmente posible, porque el bien jurídico se puede descomponer en una pluralidad de intereses individuales». Véase también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Algunas...», cit.: pág. 417 quien sugiere considerar como ejemplos el libre mercado o la libre competencia, observando que «en la medida en que a través de la protección de tales intereses se pretende preservar inmediatamente el propio funcionamiento del sistema de economía de mercado no parece que existan dudas acerca de la legitimidad de la intervención del Derecho penal». Esta nota, en mi opinión, es, de por sí, suficiente para rechazar ciertas posturas que quieren ver siempre y en todos los casos en el bien jurídico *supraindividual* una sombrilla que ampare de las críticas el empleo de una técnica normativa basada en el peligro abstracto para un bien jurídico individual. En realidad, como se admite pacíficamente, existen bienes jurídicos


gunos, entre estos ilícitos (bien jurídico supraindividual sin referente individual) deberían incluirse aquellos cuyo objeto jurídico es representado por un bien jurídico institucional (y la cuestión parece particularmente relevante a nuestros efectos⁶²²).

Ahora bien, ¿*quid* de cara a aquellas objeciones que niegan cabida al interior de un Derecho penal garantista a los intereses no referibles a individuos concretos, sea la referencia inmediata (como bien jurídico directamente lesionado) sea mediata (como sumas de intereses individuales que integraría el objeto jurídico colectivo)⁶²³?

En doctrina, se ha observado que, *ictu oculi*, semejantes posturas implican cierta «subjektivación del concepto de bien jurídico»⁶²⁴ y po-

 *supraindividuales* que, sencillamente, ni presuponen ni implican la existencia de un bien jurídico individual. Así las cosas, la afirmación con apoyo en la cual «los bienes jurídicos de la comunidad solo se pueden reconocer en la medida en que (mediatamente) sean también intereses de la persona» (HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción...*, cit., pág. 109 citado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., pág. 75) puede aceptarse solo si correctamente entendida y matizada.

⁶²² Sobre la necesidad de acordar una protección penal a bienes jurídicos institucionales en el interior del Derecho penal nuclear, véase, entre otros, HEFENDEHL, R.: «El bien...», cit., pág. 182. La doctrina —sobre todo española— a veces ha subsumido en este conjunto a parte o a todos los delitos contra la Administración pública. Véanse, por, ejemplo, las consideraciones de VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El Consentimiento...», cit., quien, a propósito de los delitos contra la Administración pública, observa que en determinadas condiciones, en determinados tipos delictivos, sí es posible individualar un bien jurídico individual lesionado de forma mediata (bien jurídico *supraindividual* con referente individual en la terminología de Martínez-Buján Pérez), mientras que, en el delito de cohecho, ello no acontecería nunca, ya que, en este caso, «el bien *supraindividual* (titularidad de la sociedad o del Estado)» no consiste «ya en un mero instrumento para la satisfacción de los bienes individuales, sino en un cauce o medio para componer los conflictos de los ciudadanos y dar cumplimiento a sus exigencias y pretensiones jurídicas». Considera, en general, a la Administración pública como

un bien jurídico sin referente individual, entre otros, también ANGIONI, F.: *Con-*
 *stituto e funzioni...*, cit., pág. 68.

⁶²³ Se habla, respecto de esta postura de «individualismo monista» o «funcionalismo individualista» (así SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., págs. 196 y 200).

⁶²⁴ Así SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., págs 212 y 234 donde la autora afirma con razón que «si las decisiones de incriminación se hacen depender de forma directa y exclusiva de las necesidades del individuo, se corre el riesgo de dar entrada en el Derecho penal a la satisfacción de meras necesidades psicoló-

siblemente también una confusión entre dos planos que han de mantenerse separados: «el del contenido del bien jurídico y el del portador del bien jurídico»⁶²⁵. Y, en efecto, «una cosa es que los bienes jurídicos colectivos comporten un interés individual de uno de los miembros de la sociedad en su conservación y aprovechamiento, lo que los convierte a todos en titulares de dicho bien jurídico, y otra bien distinta que tal cúmulo de intereses individuales pueda dotar de contenido concreto a los bienes jurídicos colectivos»⁶²⁶.

Dando un pequeño paso más y pasando al ámbito del ordenamiento jurídico que ahora interesa, debería además retenerse que una cosa es afirmar la necesaria existencia de un interés de la colectividad en que un bien sea tutelado penalmente (interés que inevitablemente resulta de la suma de los intereses de los ciudadanos individualmente considerados); otra bien distinta es identificar a la colectividad como sujeto pasivo del delito. En un Estado democrático, es evidente que no solo la tutela jurídico-penal de los bienes jurídicos colectivos, sino la entera acción del legislador penal ha de subordinarse al interés de la colectividad en tutelar (jurídico-penalmente) determinados bienes jurídicos. Pero lo anterior no autoriza a argumentar que este interés de la colectividad en la protección penal de un bien jurídico implica, sin más, la naturaleza difusa o colectiva o supraindividual del mismo: si, por un lado, nadie discute la lesividad del delito de homicidio y nadie niega el interés general en su penalización, por otro, no suele precisarse argumentos ~~el hecho~~ quien afirma que el bien jurídico «vida» es bien jurídico individual, mientras que el interés general en la preservación de la especie no es sino parte de la *ratio* de la prohibición de matar⁶²⁷.

gicas o pretensiones subjetivas. Ello será, en todo caso, un efecto real de la pena, difícilmente evitable, pero no puede alzarse en criterio legitimador de la intervención penal».

⁶²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., pág. 170.

⁶²⁶ *Ibidem*.

⁶²⁷ Véase SOTO NAVARRO, S.: «Concreción...», cit., págs. 909 a 910. Sobre la virtualidad de la categoría «bien jurídico mediato», véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...parte general...*, cit., págs. 149 a 153 quien parece otorgar especial trascendencia al hecho de que el «bien jurídico mediato» sea «cualitativamente diferente del bien jurídico» inmediatamente protegido. En el caso del homicidio, por ejemplo, dirá el autor, la «supervivencia de la especie humana» no cumple

De hecho, volviendo al tema que nos atañe, en repetidas ocasiones, se ha puesto el acento sobre la titularidad colectiva del interés hacia el correcto y regular desempeño de la función pública: con la protección penal del mismo, se ha dicho, se apunta a proteger intereses no ya de la Administración, sino de la sociedad entera⁶²⁸. Y, una vez individualizada la sociedad como sujeto pasivo del delito, no quedaría sino catalogar al bien jurídico institucional como bien jurídico supra-individual sin referente individual⁶²⁹. Y, reconocido el carácter institucionalizado sin referente individual del bien jurídico, el paso siguiente sería aceptar que «una concreta acción individual atentatoria» contra el mismo «en modo alguno puede ser capaz de lesionar esta clase de bienes jurídicos» y que solo la repetición de las mismas podrá convertirse en penalmente relevante⁶³⁰. La conclusión ya la conocemos: o bien se considera al cohecho como delito acumulativo de peligro

con este requisito, cosa que sí acontecería en delitos socioeconómicos (*Ibidem*: pág. 150).

⁶²⁸ Véase, en este sentido, SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., págs. 265 a 267 quien afirma que «la dañosidad social de las conductas tipificadas en el Título XIX no reside en la infracción del deber de fidelidad del funcionario en su relación con el Estado, como se ha sostenido por la doctrina tradicional, sino que aquélla ha de encontrarse en una perspectiva externa, atenta a la relación entre la Administración Pública y los ciudadanos. De ahí que el titular del bien jurídico protegido no sea el Estado, sino la sociedad en su conjunto».

⁶²⁹ Para esta categoría véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...parte especial...*, cit., pág. 173 y ss. En jurisprudencia, a propósito, por ejemplo, de la clasificación del delito fiscal como ilícito a adscribirse al ámbito de los delitos socioeconómicos, véase STP Baleares (sección 1ª) n. 18 de 29 de enero de 2016 (inherente al conocido caso Nóos) en el que se afirma que «el bien jurídico protegido por el tipo previsto en el artículo 305 del Código Penal es de naturaleza supraindividual, colectiva o difusa. Por tal causa, entendemos que, aun cuando fuera posible identificar un perjudicado concreto y específico por el delito, de existir, no sería con carácter exclusivo un determinado Organismo Público que monopolice todo el desvalor de la acción, por cuanto la lesión del bien jurídico protegido, provoca un detrimento en el presupuesto necesario para procurar la asignación equitativa de los recursos públicos y compromete la consecución de las finalidades de la política económica y social que deben ser garantizadas en un Estado Social y Democrático de Derecho». Sobre el sujeto pasivo en el delito de cohecho, volveremos brevemente *infra* en el apartado 5.7.

⁶³⁰ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...Parte General...*, cit., pág. 173 quien, sin embargo, como diremos, es de otra opinión. Véase también MONCILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 10 a 11.

abstracto⁶³¹, definiendo, si acaso, un bien intermedio espiritualizado y con función representativa cuyas características lo harían idóneo para ser lesionado por medio de una acción individual⁶³² y/o bien se subordina la aplicación de una sanción penal a la lesión de bienes jurídicos individuales finales mediatamente protegidos⁶³³.

Pero, antes de extraer conclusiones apresuradas, cabría poner en tela de juicio la premisa de la que se parte, es decir, que, para resolver los problemas relativos a la tutela penal de la Administración pública, debamos necesariamente medirnos a aquellos otros (como vemos, de no menor envergadura) que atañen a los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Y, de hecho, cuando se dice que, en un Estado democrático, «la Administración somos todos» y de ello se deduce que «lo que afecta a la Administración, nos afecta a todos», puede que, en realidad, no se esté diciendo nada distinto a cuando se reconoce que el asesinato de una persona nos afecta a todos. O, dicho de otra manera, que «la Administración somos todos», es seguramente la *ratio* de la tutela penal de las más graves perturbaciones de la actividad (*latu sensu*) administrativa, pero no necesariamente un elemento que afecta a la naturaleza de todo bien jurídico relacionado con la Administración⁶³⁴. De hecho, convendría tener presente que, en Italia, la práctica totalidad de la doctrina, sigue considerando a la Administración, al Estado o al órgano administrativo en el cual desempeña sus funciones el *intraneus* como titulares del bien jurídico protegido por los delitos (significativamente rubricados) «contra la Administración pública». Pero tampoco se olvide que la más destacada doctrina que se ha ocupado del Derecho penal económico y de la empresa en España sigue

⁶³¹ En estos términos, aparte de algunos de los autores ya mencionados en este trabajo, véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos...*, cit., pág. 303.

⁶³² Véase, en este sentido, la aportación de OLAIZOLA de la que se ha dicho *supra* (apartado 4.3.2.).

⁶³³ Véase *supra* apartado 4.8.

⁶³⁴ Como se ha acertadamente subrayado, «el interés público no es el interés de todos en sentido sustancial» sino que es aquél que se individualiza en sede política o administrativa, que es de todos en sentido meramente formal (porque elegido según determinados procedimientos de determinadas autoridades legitimadas en una determinada manera) pero que, en la sustancia, «bien puede coincidir, y normalmente coincide, con el interés de algunos particulares opuestos a otros intereses particulares, sin que esta coincidencia, de por sí, sea síntoma de ilicitud alguna» (así, CUDIA, C.: «L'atto...», cit., pág. 715).

identificando al sujeto pasivo del delito de defraudaciones tributarias con «la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local» sin que ello implique (que yo sepa) negación alguna de la función social del patrimonio público ni resuene a nostalgia para tiempos «oscuros»⁶³⁵. Así, antes de dejarnos rápidamente hipnotizar por la supuesta relación necesaria que existiría entre la «democracia» y la titularidad necesariamente «social» del bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración pública, quizás podríamos plantearnos el aprovechamiento de conceptos elaborados por la doctrina administrativista y mercantilista y no descartar demasiado apresuradamente la posibilidad de considerar al órgano afectado como un *unicum*⁶³⁶, dejando sin consecuencias el hecho de que titular del bien jurídico sea una persona física o una entidad orgánica considerada en su individualidad. El resultado de esta forma de proceder podría ser que, a fin de cuentas, el bien jurídico institucional termine tratándose como un bien jurídico individual cualquiera⁶³⁷.

⁶³⁵ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte Especial...cit.* pág. 666. Sobre la cuestión, volveremos *infra* en el apartado 5.7.

⁶³⁶ Se ha observado que «la puesta en relación de la naturaleza y de la estructura de los delitos de funcionarios públicos con los elementos conceptuales propios de la teoría del órgano administrativo no puede considerarse como un ‘cuerpo extraño’ en los estudios doctrinales en la materia» (así VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos contra la Administración Pública: teoría general*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública; Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pág. 384). En las páginas siguientes, el autor confunde el planteamiento de Angioni con aquello propuesto, por ejemplo por Mir Puig (MIR PUIG, S.: «Nombramientos ilegales», citado por VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., pág. 385) que identifica el bien jurídico de algunos de los delitos contra la Administración pública con la «organización del poder público». En nuestro caso, como se verá, esa idea organicista tan solo presta cierta ayuda a la hora de acotar el sujeto pasivo del delito y, en específico, la naturaleza del bien jurídico protegido. De su adopción, creo que lo único que puede extraerse es la necesidad de aclarar que la lesionabilidad del bien jurídico en nada se ve influenciada por la naturaleza institucional de su titular.

⁶³⁷ Véase ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 189 y ss.: en particular pág. 190 en donde se afirma que, «si se quiere mantenerse fieles a la idea de bien jurídico y de la ofensa como términos de referencia fundamentales del sistema penal, es necesario dejar a un lado (...) las formas sociológicas de explicar el fenómeno institucional, que no permite reconducir el Derecho penal a un conjunto de normas que tutelan bienes referibles a sujetos; y acercarse al modo de ver jurídico tradicional, que, en cambio, parte y llega siempre a la imputación



De la misma manera, cuando se pretende construir los bienes jurídicos relacionados con el obrar de la Administración como entidades no lesionables por un único comportamiento (sino solo por una «acumulación» de lesiones, lo que remite a la proyección de la tutela penal hacia el peligro abstracto que supone la lesión individual) debería tenerse presente el riesgo que entraña confundir el interés (*rectius*: la preocupación) de la colectividad en la integridad del bien jurídico con la relevancia de la lesión concreta y singular del interés que el Código penal pone en su punto de mira: la primera, como *ratio* de la norma, no tiene por qué imposibilitar la segunda. A fin de cuentas, que un homicidio aislado no suponga una preocupación generalizada de cara a la «seguridad colectiva» o a la «supervivencia de la especie» no implica poner en discusión la relevancia penal del daño al bien jurídico «vida»...aunque «solo» de una vida se trate. Cosa distinta es que se reconozca que la repetición «serial» de determinados comportamientos delictivos (y no solo de la corrupción) afecta a la que se ha llamado «dimensión macro-ofensiva» de los mismos que, en el caso del cohecho, se caracterizaría por repercusiones sobre la competencia, el aprovechamiento de los servicios públicos, la confianza en la democracia, la seguridad etc. siempre, claro está, que se mantenga esta marco-ofensividad en un plano claramente distinto al del bien jurídico efectivamente protegido⁶³⁸.

Con todo, nada se ha dicho todavía acerca de la posibilidad de que el bien jurídico sea susceptible de ser afectado por el autor del delito de cohecho en términos distintos al peligro abstracto⁶³⁹. Y es que, más que pivotar sobre la individualización del titular del interés protegido (con consecuente definición del bien jurídico como individual, colectivo, supraindividual, institucional etc.), la *querelle* parece poderse reformular en términos de «lesionabilidad» del objeto jurídico que,

de cualquier actividad humana a un sujeto; sea ello persona física o una colectividad que se considera como unidad funcional, trasciende las individualidades particulares de las que es compuesta y adquiere individualidad propia».

⁶³⁸ Así, por ejemplo, PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 250. Sobre la cuestión, volveremos en el apartado 5.6.

⁶³⁹ En efecto, la eliminación del primer término de la ecuación «bienes supraindividuales = peligro abstracto» no ha sido suficiente para resolver los problemas de la lesividad de la corrupción (véase VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., pág. 387).

en el caso que interesa, tiene naturaleza inmaterial. E *ictu oculi*, es justo esta inmaterialidad⁶⁴⁰ que se ha resuelto o bien en la imposibilidad para una conducta aislada de lesionar el bien (que termina en el peligro abstracto), o bien en la necesidad de hallar otro interés cuyas características hagan posible «imaginar fácilmente su lesión» (venalidad, prestigio...). Y, como hemos visto, ninguno de estos dos caminos parece haberse recorrido con resultados suficientes: la calificación del delito como de peligro abstracto ha llevado a abogar para su desaparición; la búsqueda de otro bien jurídico (intermedio) ha resultado o bien tautológica o bien excesivamente limitadora de la función crítica que ha de postularse inherente al concepto mismo de bien jurídico (o bien ambas cosas).

Para tratar de indicar un camino que lleve fuera del *cul de sac*, conviene dar un paso atrás y volver a aquellas tesis que cuestionan *tout court* la legitimidad de la elección legislativa de tutelar penalmente bienes jurídicos supraindividuales inmatrimoniales y sin referente individual. Los argumentos en los que se apoya normalmente esta idea suelen insistir en

1. la naturaleza abstracta del sustrato material del bien jurídico que haría difícilmente verificable su lesión por parte del juez y
2. la imposibilidad de que el mismo, debido a su amplitud, resulte lesionado por una conducta individual que tan solo sería idónea para ponerlo en peligro, peligro que habría de declinarse necesariamente como abstracto⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Y no la naturaleza supraindividual del bien. No creo que deba compartirse cierta opinión (si bien avalada por la doctrina más destacada entre la que se señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos...*, cit., págs. 300 y ss.) que parece sugerir que todo bien jurídico *supraindividual* institucional tiene un contenido inmaterial. El patrimonio de la hacienda pública, bien jurídico protegido por el delito de defraudación tributaria, por ejemplo, es bien jurídico cuya titularidad debe seguramente adscribirse a la Administración tributaria, pero no creo que se pueda razonablemente definir como bien *inmaterial*. De ahí que, realmente, las dificultades dogmáticas no proceden tanto del encasillamiento del bien jurídico protegido como institucional o colectivo, sino, más bien, parecen **relacionados** con su naturaleza *material* o *inmaterial*. Sobre esta cuestión, véase también SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 178.

⁶⁴¹ En este sentido, entre muchos, puede citarse, una vez más, a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos...*, cit., *loc. cit.*



Sobre las perplejidades que suscita el segundo argumento, si relacionado con el tema objeto de estudio, ya hemos dicho hace poco.

De cara al primer problema, en cambio, convendría retener que, si existen bienes jurídicos individuales cuya abstracción hace difícilmente distinguible su lesión en términos de destrucción (piénsese en el honor)⁶⁴², también existen bienes supraindividuales cuya afectación en términos distintos a la mera «puesta en peligro» es fácilmente imaginable⁶⁴³. De ahí que, una vez más, el problema no parece concernir a los bienes jurídicos supraindividuales sin referente individual, sino a todo delito cuyo objeto jurídico tenga un sustrato inmaterial⁶⁴⁴. Dicho ello, postular la no «lesionabilidad» de los bienes inmateriales implica confundir el plano jurídico con el eminentemente naturalístico⁶⁴⁵: no hay que olvidar que el «bien jurídico» puede identificarse con un interés⁶⁴⁶ hacia un sustrato material, pero, en ningún caso, con el sustrato material mismo y que la noción de bien jurídico «ha de ser focalizada no ya sobre la entidad constitutiva del ‘bien’, sino sobre la relación de utilidad que se instaura entre ella y un cierto sujeto, es decir, sobre el ‘interés’ que ella suscita en este último»⁶⁴⁷. La conducta delictiva su-

⁶⁴² Véase, en el mismo sentido, CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 120 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

⁶⁴³ Sobre la posibilidad de lesión de un bien jurídico colectivo, véase HEFENDEHL, R.: «El bien...», cit., pág. 189 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., pág. 173.

⁶⁴⁴ Véase CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 120 a 121 quien observa que «ni la inmaterialidad ni la dificultad en la percepción material de la lesión ni la ausencia de sustantividad del daño son circunstancias que puedan circunscribirse solo a los delitos que afectan bienes jurídicos colectivos».

⁶⁴⁵ Véase SOTO NAVARRO, S.: «Concreción...», cit., pág. 904. Sobre esta cuestión, véanse también las consideraciones de FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., pág. 27 que el autor formula frente a las tesis de Jaeger.

⁶⁴⁶ Se ha observado que sería más correcto hablar de «circunstancias dadas y finalidades» en vez de «intereses»: así se expresaría que el «concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados solo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa». Así ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 56.

⁶⁴⁷ MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 254. En la doctrina española, entre muchos, véase BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual...*, cit., pág. 45; SOTO NAVARRO, S.: «Concreción...», cit., pág. 904 quien recuerda que «ni la materialidad ni el concepto de lesión se entienden, hoy por hoy, en sentido estrictamente naturalístico». Especialmente eficaz resulta CASTRO CUENCA, C. G.: «Lineamientos sobre la antiju-

pone siempre un daño para la relación de utilidad, mientras que, desde un punto de vista naturalístico, el sustrato material puede resultar efectivamente afectado o meramente puesto en peligro. La afectación (naturalística), por otra parte, puede implicar la destrucción total del bien o su lesión parcial, sin que deba confundirse esta última hipótesis con la «puesta en peligro»⁶⁴⁸: el peligro también implica una lesión de la relación de utilidad, pero, por definición, excluye un menoscabo (naturalístico) del bien (sustrato material), ya que es cosa distinta respecto del daño⁶⁴⁹. Por último, conviene no olvidar que «el peligro es el estado previo de la lesión» y que «solamente podrá crearse un peligro si la lesión es posible [...]. De otro modo, el concepto de peligro carece de sentido»⁶⁵⁰. Y, entonces: si el bien jurídico «honor» puede ser afectado en términos de lesión, ¿por qué lo mismo no puede decirse de la imparcialidad de la Administración pública?

Si se comparte esta posición, habrá de concluirse que, como regla general, la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales sin referente individual, de por sí, no implica necesariamente la adopción de una técnica legislativa que insista sobre el «peligro abstracto» de su lesión⁶⁵¹.

ridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva», en *Díjajion – Lo Justo*, 2006, págs. 210 a 211.

⁶⁴⁸ En estos términos, incluso con respecto a los delitos institucionales, véase ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 177. En la doctrina española, se remite a PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.: «¿Pueden...», cit., págs. 24 a 25, con amplias referencias bibliográficas. Véase también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...Parte General...*, cit., pág. 173.

⁶⁴⁹ En términos parecidos, CORCOY BIDASOLO, M.: «Responsabilidad...», cit., págs. 250 y ss. Véase también SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 178.

⁶⁵⁰ Así MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 43. En el mismo sentido, PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.: «¿Pueden...», cit., págs. 18 a 20, con amplias referencias doctrinales.

⁶⁵¹ En este sentido, TIEDEMAN, K.: *Poder económico y delito. Introducción al Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, pág. 36. Véase el planteamiento crítico que, por razones político-criminales ya expresadas, aquí no se comparte de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno...*, cit., págs. 66 a 67 (con amplias referencias bibliográficas en favor y en contra). Según la autora, los bienes jurídicos *supraindividuales* no son sino un «rodeo artificioso: la creación de un bien jurídico *supraindividual* en el ámbito previo del bien jurídico individual (...). De este modo, se construyen tipos de lesión del bien ju-

Con todo, desde un punto de vista político criminal, resultan ahora especialmente pertinentes las observaciones defendidas por quien, aun compartiendo cierta preocupación por la progresiva e inexorable expansión del Derecho penal de parte especial, asume un diferente punto de vista de cara a la cuestión de fondo, es decir, la legitimidad, en el ordenamiento penal actual, de los delitos de peligro abstracto. Así, se ha observado que «es equivocado anatemizar (...) por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea la necesaria aportación de la ciencia del Derecho penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto y, con ello, la aportación a una actividad legisladora racional en este ámbito»⁶⁵². Esta técnica legislativa, se afirma, constituye una «necesaria modernización del Derecho penal, concretamente su adaptación a los cambios de las relaciones sociales»⁶⁵³.

Desde un punto de vista, más bien, dogmático, convendría también rechazar ciertas posturas que, con carácter general, niegan cabida en el ordenamiento jurídico constitucional a los delitos de peligro abstracto por su presunta incompatibilidad con el propio principio de lesividad. A este respecto, convendría sumarnos a aquellas opiniones que defienden que, en realidad, el «peligro» puede declinarse como presupuesto del hecho y/o de la conducta, *ratio*⁶⁵⁴ de la incriminación, modalidad que califique la conducta, o, finalmente, como resultado de la misma. En todos estos casos, la peligrosidad ha de comprobarse por el juez, pero con criterios distintos: en los primeros dos conjuntos, la comprobación habrá de realizarse adoptando el criterio de la «prognosis póstuma»⁶⁵⁵, esto es, «reconstruyendo hipotéticamente la

rídico *supraindividual*, libres ya de reparos desde la perspectiva político-criminal indicada, que constituyen en realidad figuras de peligro abstracto respecto del bien jurídico individual complementado».

⁶⁵² SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., pág. 200.

⁶⁵³ SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones...», cit., pág. 201. En el mismo sentido, aunque con ciertos matices, HEFENDEHL, R.: «El bien...», cit., págs. 193 a 194.

⁶⁵⁴ Véase también MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración...», cit., pág. 42 quien afirma que, en los delitos de peligro abstracto, el peligro viene en consideración como «razón por la que el legislador incrimina determinado comportamiento».

⁶⁵⁵ En doctrina, se ha defendido que la principal diferencia entre peligro concreto y peligro abstracto, se halla en el momento de comprobación del peligro (*ex*

situación existente en el momento de la conducta», mientras que, en los restantes dos casos, la comprobación ha de hacerse *in concreto* y *ex post*⁶⁵⁶.

Así definido el criterio con apoyo en el cual llevar a cabo el juicio de peligro, no sobra recordar que el peligro abstracto, por muy abstracto que sea, siempre peligro es⁶⁵⁷; y si el peligro no es sino la «probabilidad cualificada de un daño», no sorprende que la doctrina más destacada haya hecho hincapié en la utilizabilidad de las categorías de la imputación objetiva al respecto⁶⁵⁸. Y, si se acepta esta lectura,

post, en el primer caso y *ex ante* en el segundo). En este sentido, por ejemplo, MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración...», cit., págs. 66 a 74; RUSCA, B.: *Fundamentos*..., cit., pág. 130; CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., pág. 126. Aquí se comparte la opinión expresada por la doctrina más destacada, de acuerdo con la cual la idoneidad «consiste en la posibilidad de insertar (hipotéticamente) la serie de hechos (o la misma acción...) en el contexto del hecho (siempre hipotéticamente) completo del resultado y de considerarlos (en esta perspectiva) susceptibles de llevar a la plena verificación de este último, según un procedimiento de comprobación que postule una eficiencia *latu sensu* causal hacia la lesión del interés protegido» (MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 706). La aparente *contradictio in adiecto* de la «prognosis póstuma» consiste en lo siguiente: el juicio «ha de ser efectuado en vía hipotética, situándose idealmente en las mismas condiciones y circunstancias en las que se encontraba el sujeto en el momento de realizar su propia conducta. Moviendo de dicha posición de trabajo, se deberá comprobar si, dada las mismas, con base en los elementos de evaluación ‘corrientes’ (lit. «*correnti nell’ambito dei consociati*») enriquecidos por las eventuales, específicas nociones, evaluaciones etc. en posesión del sujeto (...), había de considerarse posible o no la plena realización del hecho (en nuestro caso de la afectación al bien jurídico) que el sujeto apuntaba a realizar. Si la respuesta es positiva, se hablará de» peligro punible. (*Ibidem*: pág. 708). A fin de cuentas, no parece muy distinta la postura de Mendoza Buergo quien, a la hora de describir el juicio de peligrosidad *ex ante*, considera «determinante si un observador objetivo con los conocimientos del autor hubiera considerado arriesgado el comportamiento correspondiente, es decir, básicamente lo mismo que se designa como la previsibilidad objetiva de la imprudencia, o el juicio de peligrosidad o idoneidad de la tentativa» (así MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración...», cit., págs. 77 a 78).

⁶⁵⁶ Véase MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 328.

⁶⁵⁷ Así, entre otros, ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 108 y ss.

⁶⁵⁸ Véase MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración...», cit., pág. 72.

se individualiza la esencia de los delitos de peligro abstracto en una evaluación normativa del riesgo permitido⁶⁵⁹.

Sin ánimo de entrar en detalle, lo único que se pretende dejar aquí claro es que

1. cifrar el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en la imparcialidad o correcto funcionamiento de la Administración pública no implica *necesariamente* dirigir el debate hacia la lesionabilidad de bienes jurídicos supraindividuales ni tampoco identificar al cohecho como delito de peligro abstracto.
2. Dicho ello, aunque se llegara a esta conclusión para algunas vertientes del delito (ofensa del bien jurídico en términos de peligro abstracto), descartando una gran diferencia entre peligro concreto y peligro abstracto⁶⁶⁰, se suscribe aquí la afirmación de acuerdo con la cual «el principio de ofensividad no puede ser declarado inoperante en los delitos de peligro y en los delitos intentados, sino que ha de ser entendido de otra manera»⁶⁶¹, de tal modo que, «allí donde una conducta peligrosa prohibida está claramente descrita y si es claramente visible su referencia al bien jurídico y tampoco se vulnera el principio de culpabilidad, entonces son inobjetables incluso los delitos de peligro abstracto»⁶⁶².

5.1.6. *Teoría de la necesaria relevancia constitucional del bien jurídico. Notas*

Un apunte merece también la idea de que, para individuar un criterio satisfactorio que permita discernir los ámbitos del real no veta-

⁶⁵⁹ Pero véanse, sobre la cuestión, las notas de HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 163.

⁶⁶⁰ Véase QUINTERO OLIVARES, G.: «Los delitos...», cit., pág. 243.

⁶⁶¹ Así literalmente QUINTERO OLIVARES, G.: «Los delitos...», cit., pág. 243. La referencia a los «delitos de peligro», evidentemente, apunta a lo que se ha venido llamando aquí «peligro abstracto». Acto seguido añade el autor que «cuando las legislaciones penales permiten interpretaciones diferentes, en las que de hecho quepan delito de peligro (abstracto) sin ofensividad, se ofenderá además un límite que es preciso no olvidar: el derivado del principio de intervención mínima».

⁶⁶² Así ROXIN, C.: *Derecho...*, cit., pág. 60.

dos para la intervención del legislador penal, es necesario y oportuno acudir a la Constitución. Es suficientemente notorio que, a caballo de los años 60 y 70 del siglo pasado, tanto en Alemania como en Italia, los esfuerzos hacia la determinación de un límite cierto para la acción del legislador penal que girara en torno al concepto de bien jurídico se han dirigido hacia el texto constitucional⁶⁶³.

Debe seguramente adscribirse a Franco Bricola una de las más lúcidas⁶⁶⁴ exposiciones⁶⁶⁵ del planteamiento que ahora se describe. La construcción del autor pivota sobre lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución italiana que consagra que «la libertad personal es inviolable»⁶⁶⁶. De ese principio, deduce el jurista que «la sanción penal [que, de modo paradigmático, supone una violación de la libertad personal] puede ser adoptada solo en presencia de la violación de un bien, que, si bien no tenga» la misma importancia «del valor (libertad personal) sacrificado, sea por lo menos dotado de relevancia constitucional»⁶⁶⁷, debiéndose entender dicha relevancia como

⁶⁶³ Véase el análisis de FIANDACA, G.: «Il 'bene giuridico'...», cit., págs. 5 y ss. Véanse también las consideraciones de ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 152 y ss. quien observa que dicha perspectiva «tiene una virtud esencial: por un lado, recurre el camino de la función crítica, pero permanece en el terreno del derecho positivo y, por lo tanto, vinculante».

⁶⁶⁴ Así literalmente BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Derecho...*, cit., pág. 51. En términos parecido, FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., pág. 49.

⁶⁶⁵ Véase BRICOLA, F.: «Teoría...», cit., págs. 7 y ss. En España, entre otros, avala la idea de Bricola GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien Jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983.

⁶⁶⁶ El texto integral de la norma es el siguiente: «*La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva*».

⁶⁶⁷ BRICOLA, F.: «Teoría...», cit., pág. 15.


«asunción del mismo [bien] entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta Constitucional»⁶⁶⁸.

Las consecuencias de esta deducción son múltiples y en absoluto secundarias a la hora de acotar un criterio capaz de guiar tanto al intérprete como al legislador penal: por un lado, se propone negar (en vía interpretativa o, si se prefiere, aplicativa) relevancia penal a aquellos hechos que, si bien son conformes al modelo legislativo (es decir, típicos), no lesionan un interés constitucionalmente relevante; por otro, de aceptarse este planteamiento, no queda sino considerar constitucionalmente ilegítimas todas aquellas intervenciones del legislador penal que tengan como fin sancionar hechos lesivos de intereses que no encuentran una referencia implícita o explícita en las nor-

⁶⁶⁸ BRICOLA, F.: «Teoría...», cit., pág. 16. En el mismo sentido, ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 166 que explica: «el principio de proporcionalidad impone que el bien jurídico ofendido por el delito sea de valor igual o proporcionado a aquéllo lesionado por la pena. Y el valor de los bienes objeto de la relación de proporción tiene que ser deducido directamente de la Constitución». De ahí, que, puesto que el bien lesionado por la pena privativa de libertad es un bien «primario» (libertad personal) el bien lesionado por todo delito tiene que ser igualmente primario (*Ibidem*: págs. 167 y ss.). Al autor, por otra parte, parece resultarle difícil poner en práctica dicha teoría, sobre todo cuando se trata de justificar la sanción del peligro de lesión de un bien jurídico primario: por lo menos, *prima facie*, en efecto, si la sanción es una *lesión* del bien jurídico libertad personal, para que la misma tenga lugar, parecería lógico exigir la *lesión* de un bien jurídico primario (*id est*, de igual rango respecto a la afectación de la libertad personal). Sobre este punto y para la respuesta del autor, véase ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 183. Melidona, por su parte, relaciona la constitucionalización en Italia del principio de lesividad con la necesaria relevancia constitucional del bien jurídico protegido: afirma el autor que «La Constitución no enuncia expresamente el principio de ofensividad. Los interpretes, sin embargo, lo han fácilmente deducido de la lectura sistemática de los artículos 25.2 y 27 de la misma Carta: la primera disposición, asignando funciones distintas a la pena y a las medidas de seguridad, implica el diverso fin de la norma penal (que sanciona solo comportamientos efectivamente ofensivos) respecto del los instrumentos de tutela preventiva (que tienen la finalidad de reprimir la mera peligrosidad de la persona); la segunda norma afirma el principio por el cual todo valor constitucionalmente protegido no puede sufrir limitaciones sino por la tutela de un bien de rango correspondiente (la libertad y el patrimonio, por lo menos en el ordenamiento italiano) no pudiendo admitirse que estos sufran un perjuicio por la exigencia de tutelar situaciones que no tengan un interés subyacente» (así MELIDONA S.: «Quando il reato...», cit., pág. 15).

mas constitucionales⁶⁶⁹. Finalmente, según algunos, la Constitución permitiría además describir un conjunto de valores jerárquicamente ordenados que deberían guiar al legislador penal a la hora de graduar su tutela (el delito no sería otra cosa que un hecho lesivo de valores constitucionales).

Las discusiones suscitadas por la propuesta que se acaba de resumir ocuparon inmediatamente y han seguido ocupando parte de la especulación de los penalistas. Tanto la doctrina italiana como la alemana y la española han profundizado en los argumentos favorables y desfavorables, expresando cada autor su preferencia para una aproximación de tipo «constitucionalista», «sociológica»⁶⁷⁰ o mixta a la hora de emprender un discurso alrededor del bien jurídico⁶⁷¹. Así

⁶⁶⁹ No interesa recordar aquí la relación planteada por Bricola entre «significatividad» del valor constitucional lesionado por el hecho y la medida de la pena. Para la exposición de  de Bricola y de las principales críticas, véase FIANDACA, G.: *Sul bene...* cit., págs. 14 y ss.

⁶⁷⁰ Sin querer aquí entrar en detalle, baste recordar que «las tendencias sociales o sociológicas intentan determinar el contenido del bien jurídico tomando a la realidad social como referencia fundamental, desde el entendimiento de que ella constituye el sustrato en el que el ser humano —en tanto que sujeto que vive en comunidad— despliega sus potencialidades, manifiesta sus necesidades y, en suma, desarrolla su personalidad» (FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...*, cit., pág. 200 del texto dactilografiado).

⁶⁷¹ Acerca de la disputa entre las dos reconstrucciones, se remite aquí a FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...* págs. 200 y ss. del texto dactilografiado. La propuesta del autor a este respecto consiste esencialmente en una interpretación amplia de los preceptos constitucionales que, si leídos de forma socialmente adecuada, permitirían encontrar un punto de encuentro entre las dos posturas. Desde mi punto de vista, como se afirma en el texto, *de facto* semejante interpretación implica necesariamente una pérdida en términos de determinación del criterio para identificar aquellos bienes de la vida susceptibles de protección mediante el Derecho penal: cuanto más amplia es la interpretación de los preceptos constitucionales, menor eficacia tendrá la referencia a la Constitución como límite «positivo» para el *ius puniendi* en cuanto contenedor en el cual se recogen aquellos bienes particularmente valiosos, posibles objetos de atención por parte del legislador penal: está claro que, si en la Constitución cabe todo, el legislador penal no tendrá límites. Por otra parte, el planteamiento tradicional de la disputa entre teoría «constitucional» del bien jurídico y teoría «sociológica» del bien jurídico no puede prescindir (aunque suele hacerlo) de una clara reflexión alrededor del concepto de Constitución. Sin ánimo de profundizar sobre un argumento clave para un Tratado de Derecho penal, pero marginal en el ámbito de este trabajo, me pregunto si el punto de encuentro entre las dos concepciones no

las cosas, es evidente que la aportación de todos no podría pasarse por alto si se emprendiera aquí la tarea de reconstruir el estado de la cuestión, tarea a la que se renuncia *ab origine*. Parece preferible remitir el lector a la doctrina especializada⁶⁷², limitándonos aquí a referir algunos argumentos genéricos que permitirán discernir la postura que se mantiene respecto de la *querelle*.

Al contrario de la mayoría de los autores que se han ocupado del delito de cohecho o de los delitos contra la Administración pública, creería conveniente sumarme a aquella parte de la doctrina que ha asumido *cum grano salis* el postulado de la necesaria relevancia constitucional del bien jurídico. En particular, ha parecido especialmente preocupante el riesgo de que, siguiendo la postura objeto de crítica, se termine haciendo «política legislativa en el momento aplicativo del derecho»⁶⁷³. Y, en efecto, la amplitud y la necesaria flexibilidad de los preceptos constitucionales mal se presta a interpretaciones restrictivas: de forma particularmente atinada, se ha argumentado que la dificultad en individualizar con la suficiente certidumbre y taxatividad los valores constitucionalmente tutelados nada aporta al debate alrededor del bien jurídico en términos de seguridad jurídica, (esta sí) interés constitucional primario⁶⁷⁴. Esta sensación de indeterminación aparece en toda su claridad a una simple lectura del enunciado a cuyo alrededor Bricola construye la teoría: es evidente que la referencia a

pueda y deba encontrarse en este terreno y si realmente es correcto presentarlas como antitéticas. En este sentido, en una óptica sociológica, se ha afirmado que la Constitución «permite concretar este concepto de bien jurídico. Pues no debe olvidarse que la Constitución, materialmente considerada, constituye la expresión consensuada de la voluntad de los miembros de una comunidad y es, asimismo, expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social» (así BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «El consentimiento en las lesiones», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 14, 1981, pág. 209).

⁶⁷² Por todos, se remite ahora a FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., págs. 49 y ss.

⁶⁷³ NUVOLONE, P.: *Sistema di diritto penale*, Padova, 1982. En el mismo sentido, PAGLIARO A.: *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1998, págs. 227 y ss. Véase también PULITANÓ, D.: «La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione», en *La questione criminale*, 1981, pág. 120.

⁶⁷⁴ En este sentido, entre otros, véase, con particular claridad, CUGAT MAURI, M.: *La deviazione...*, cit., pág. 62.

aquellos valores *explícitamente* referidos en la Constitución no es suficiente para justificar un Derecho penal que bien puede ser mínimo, pero que necesita ser racional y susceptible de tener un desarrollo democrático en los términos del propio sistema constitucional; así las cosas, el mismo jurista italiano se ve casi obligado a alargar el espectro de lo «constitucional», incluyendo todo aquello que «implícitamente» puede deducirse⁶⁷⁵ de la *Grundnorm*. Y es alrededor del adverbio «implícitamente» que se articulan parte de las críticas⁶⁷⁶, ya que, de dos, una: o la interpretación amplia permite justificar constitucionalmente todo tipo de bien jurídico, convirtiendo la construcción teórica en un dique demasiado poroso⁶⁷⁷; o bien, si se opta por un enfoque más restrictivo, resulta complicado dar cabida (hoy) a bienes jurídicos cuya legítima protección penal nadie (hoy) pone en

⁶⁷⁵ En particular, según Bricola, no solo pueden ser objeto de prohibición penal aquellos comportamientos lesivos de bienes jurídicos a los que la Constitución se refiere de forma implícita (en la Constitución italiana vigente, por ejemplo, la vida), sino que «el ilícito penal puede lesionar un valor que no tenga relevancia constitucional, pero que se encuentre ligado a un valor constitucional por una relación de presuposición necesaria; de tal manera que, es decir, la lesión del primero sea necesaria e irrevocablemente idónea para poner en peligro el segundo» (BRICOLA, F.: «Teoría...», cit., pág. 16). En el mismo sentido, ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 195 y ss. Según FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico...*, cit., págs. 59 a 60 un ejemplo de bienes jurídicos necesariamente presupuestos por la Constitución sería la «seguridad en el tráfico». En la doctrina española, se ha empleado a veces la idea de una lectura «material de los principios» contenidos en la Constitución en contraposición a una «mera consideración formal de la relación bien jurídico-texto constitucional» (así, por ejemplo BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Lección 1. El Derecho penal», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ET ALT.: *Curso...*, cit., pág. 10). Para nuestros efectos, la dicotomía implícito/explicito es sustancialmente equivalente a la referencia formal/material.

⁶⁷⁶ Ya los propios defensores de esta postura reconocían sus dificultades. Así, se observaba que «el texto constitucional no es ni una tabla logarítmica que permita rápidamente encontrar soluciones y resultados, ni un *deus ex machina* que lleva por la mano al epílogo deseado» (así ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 157).

⁶⁷⁷ Así FIANDACA, G.: «Il 'bene giuridico'...», cit., págs. 57 a 58. A este respecto, merece ser recordada la observación de FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...*, cit., pág. 197 del texto dactilografiado que advierte acerca de «la falta de concreción en este ámbito» que «puede provocar la completa inutilidad del instituto así como, en última instancia, la instrumentalización del mismo por parte de cualquier sistema político, sea cual fuere la ideología que lo inspire».

discusión⁶⁷⁸ y debería postularse una cierta estaticidad inherente al ámbito de lo penalmente relevante, lo que no parece plausible⁶⁷⁹. Dicho en otras palabras y con cierta simplificación, cuanto más rigurosa se pretende la construcción teórica, menos plausible parece el resultado de su adopción; pero, si se procede en sentido contrario, cuanto más se flexibiliza el planteamiento, más pierde utilidad.

En el mismo sentido, merece cierta atención la observación que se apoya en el propio texto constitucional: se observa que la propia Constitución (tanto italiana como española), al disponer una reserva de ley (orgánica en el caso español) para la materia penal, no ofrece «ningún argumento literal que limite el poder de cualificación del legislador penal»⁶⁸⁰.

Con todo, esta última observación ha de ser convenientemente matizada. Si es cierto que existen planteamientos críticos frente al postulado de la necesaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos objeto de protección por parte del Derecho penal (Constitución como fundamento del sistema penal⁶⁸¹), no puede decirse lo mismo toda


⁶⁷⁸ Véase FIANDACA, G.: «Il 'bene giuridico'...», cit., págs. 54 a 55 con referencia, por ejemplo, a la libre competencia, concepto ausente en la constitución italiana. En el mismo sentido, *Idem: Sul bene giuridico...*, cit., pág. 60. En la doctrina española, véase SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 56.

⁶⁷⁹ Como se ha observado, «El carácter de fundaciones de constitución que a menudo confirman y sellan el éxito de las revoluciones políticas, sugiere la engañosa imagen que las Constituciones así nacidas, producen de un limitarse a consignar, a hacer constar normas estáticas, sustraídas al tiempo y resistentes al cambio histórico». Al contrario, «la primacía que, desde la perspectiva de la técnica jurídica, tiene la Constitución sobre las leyes simples (...) solo significa una fijación *relativa* del contenido de las normas constitucionales», ya que «toda Constitución es un proyecto que solo puede cobrar *consistencia* en el modo de una interpretación constitucional sostenida, impulsada continuamente hacia adelante en todos los planos de la producción de normas» (así HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 195), lo que por supuesto, parece incluir las normas penales.

⁶⁸⁰ En este sentido, véase MARINI G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 261. En términos parecidos y con amplias referencias bibliográficas, FURGIUELE G.: «I limiti...», cit., pág. 3917, nota 10. Para una panorámica sobre los términos del debate, véase FIANDACA, G.: «Il 'bene...», cit., pág. 51 e *Idem: Sul bene giuridico...*, cit., págs. 60 y ss.

⁶⁸¹ Para el planteamiento de la disyuntiva en términos de límite/fundamento, véase BRICOLA, F.: «Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70», en *Questione criminale*, 1980, pág. 180.

vez que la Carta Magna viene en consideración como límite negativo (Constitución como límite del Derecho penal) para el legislador (no solo penal), es decir, como condicionante en términos de necesaria conformidad de la ley con los principios constitucionales. Dicho con otras palabras, si es cuestionable (y cuestionado) que exista una prohibición para el legislador penal para ir más allá de la protección de intereses explícitamente consagrados en la constitución (*praeter constitutionem*), no hay dudas que toda actuación del Estado de Derecho tiene un límite seguro e insuperable en los mismos en la medida en que no puede dirigirse en contra de ellos (*contra constitutionem*)⁶⁸².

Pero la aportación de la teoría de la necesaria relevancia constitucional del bien jurídico no termina en esta afirmación tan *tranchant*. Incluso los críticos conceden que «cuando  en enganche a los principios constitucionales es posible, ello tiene ser cultivado y con prioridad y prevalencia sobre los demás que una interpretación sistemática puede sugerir; y cuando, tratándose de normas incriminatorias restrictivas por su naturaleza de derechos fundamentales y de la diferencia de su peso sancionador, puede encontrarse fácilmente un fundamento constitucional, esto ha de ser mirado con particular atención»⁶⁸³.

En este sentido, aun negando que toda norma del Código penal tenga necesariamente que tener un enganche o una explicación constitucional, en las siguientes páginas, se procederá precisamente a lo largo de ese camino, haciendo, en la materia que nos ocupa, referencia constante a los ya mencionados preceptos constitucionales que regulan la actividad de la Administración pública en el Estado de Derecho italiano y español y en cuyo evidente marco ha de insertarse la acción

⁶⁸² O, como se ha observado en doctrina, «en la Constitución se busca más un límite y principios básicos, que contenidos concretos» (así CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 62). En este mismo sentido, aunque profesándose favorable a una «teoría constitucionalista amplia», CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., pág. 106 con amplias referencias bibliográficas.

⁶⁸³ VASSALLI, G.: «Corruzione...», cit., pág. 326; en el mismo sentido, MARINI G.: *Lineamenti...*, cit., loc. cit.

del legislador penal⁶⁸⁴. Lo anterior, sin descuidar cierta aproximación de tipo (si se quiere) sociológica a la cuestión del bien jurídico⁶⁸⁵.

Finalmente, como se ha observado, el redimensionamiento de la teoría en objeto no debe sorprender «si se tiene en cuenta la diversidad de función respectivamente de la Constitución y del ordenamiento penal. (...) La Carta fundamental contiene un conjunto de normas por su naturaleza dirigidas a poner límites al poder político estatal, a introducir criterios organizadores y/o a promover un tipo de sociedad diversa de la actual» mientras que «el Derecho penal, a la vista de su función específica, ciertamente no tiende, en primer lugar, a disciplinar las reglas del juego político ni a delinear modelos organizadores ni a señalar valores sustanciales (...): tiende, más bien, a prevenir acciones consideradas dañosas para la sociedad que se mueve en el cuadro de la Constitución»⁶⁸⁶. Y, como prueba de ello, piénsese en el muy diferente alcance que tiene la expresión «Administración pública» en los dos textos (Código penal y Constitución), consecuencia de la diferente virtualidad que adquiere la separación de poderes para el Constituyente y para el legislador Penal ordinario (u orgánico)⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ En este mismo sentido, una vez más, véase CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., pág. 106 que correctamente cita a MANTOVANI, F.: *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1988, pág. 200 quien afirma que «el bien jurídico constitucionalmente orientado no ofrece 'mágicas soluciones' al problema de la tutela penal, por la incertidumbre y polivalencia de la Constitución, no siendo esta un catálogo de bienes y no siendo idónea, como sistema cerrado a recibir nuevos bienes emergentes. Pero el carácter 'rígido' y 'garantista-personalístico' de la misma, constituirá siempre un poderoso instrumento para la reconstrucción de la Parte Especial del Derecho penal, señalando 'directrices de fondo' para la criminalización, la descriminalización y la despenalización». Ahora bien, es oportuno entendernos bien (como se propone en el texto) sobre la amplitud de estas «directrices» y sobre la imposibilidad de entender existente una obligación para el legislador penal de justificar toda norma de derecho positivo con indicaciones explícitamente contenidas en preceptos constitucionales.

⁶⁸⁵ Véase, por ejemplo, *infra*, apartado 5.4.4.

⁶⁸⁶ Así literalmente FIANDACA, G.: «Il 'bene...», cit., pág. 59. Sobre la cuestión, se remite también a SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., págs. 72 y ss. y a su crítica a los planteamientos de Amelung.

⁶⁸⁷ Entre otros, véase ROMANO, B.: «Note introduttive», cit., págs. 9 y ss.; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 2 a 3 quien recuerda que, hoy en día, el Derecho penal se ocupa (tutela) «no solo de la actividad administrativa en sentido estricto, es decir, en el significado que asume en la doctrina constitucionalista o admi-

5.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO

5.2.1. Breve recapitulación

Los comportamientos subsumibles en los preceptos tipificados por los artículos 419 y ss. del Código penal español y 318 y ss. del Código penal italiano son considerados ilícitos, *mutatis mutandis*, desde siempre.

Dicho ello, si bien ha de admitirse que los contornos de las figuras en examen ni han sido ni son, en absoluto, firmes, no puede no extrañar la amplitud y complejidad de la discusión que se ha venido apoderando del debate de la doctrina penal alrededor del delito de corrupción, máxime cuando todo parece haber desembocado en un *cul de sac* cuya única salida posible parece la despenalización de gran parte de (o de todos) los comportamientos subsumibles en los tipos penales vigentes (y no solo los introducidos recientemente).

Un tanto arbitrariamente, hemos empezado nuestro camino teniendo en cuenta opiniones de autores cuyo pensamiento ha de colocarse, sin duda, en un contexto histórico-político particular. En este marco, si oportunamente contextualizada, no extraña la debilidad de los interrogantes de las posturas «tradicionales» que, por lo general, justificaban la sanción penal del cohecho, o bien insistiendo en la desobediencia del funcionario público (y del particular) hacia un comando del Estado o bien apuntando a una genérica y no mejor precisada contrariedad del comportamiento tanto del corrupto como del corruptor con el ordenamiento moral o ético. Por otra parte, sobre todo en Italia, la doctrina profundiza considerablemente en el diferente perfil lesivo de la corrupción propia e impropia. En España, el menor interés suscitado por los delitos contra la Administración pública, no ha sido óbice para la formulación de interesantes cuestiones alrededor

ministrativista, sino también de la entera actividad organizativa del Estado en todas sus tres funciones: administrativa, legislativa, y judicial». Véase también COLOMER BEA, D.: «La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia», en *Revista General de Derecho penal*, n. 35, 2021, págs. 3 y ss. Sobre el alcance de la idea «penal» de Administración pública, volveremos más adelante (véase, por ejemplo, el apartado 5.5.5.2).

de la diferenciación (en términos de bien jurídico protegido) entre cohecho activo y pasivo.

En las páginas anteriores, también se ha hecho referencia al impacto que ha tenido sobre el debate la entrada en vigor del texto constitucional, tanto en Italia como en España. La evolución se presenta más gradual en la península itálica por evidentes razones cronológicas. Es allí donde podemos apreciar la aparición de la imparcialidad y del buen funcionamiento de la Administración pública como núcleo lesivo de los delitos de cohecho. Es más, como se ha observado, la especulación de autores de la etapa (que hemos considerado) «constitucional», una vez localizados los bienes a protegerse en el dictado de la Constitución republicana, plantea interesantes cuestiones alrededor de los mismos: son aquí ya más o menos evidentes aquellas tendencias expresadas más recientemente y de forma más madura que insisten sobre un concepto de Administración pública al servicio de los ciudadanos y que sitúa la prohibición penal precisamente a tutela de bienes relacionales de acuerdo con un modelo que pone al centro de la tutela penal a los asociados y no a la Administración-Estado. En este marco, se empieza a advertir que el cambio constitucional habría tenido que acompañarse a un giro en el Estatuto penal de la Administración pública, cuyas normas, hoy en día, no se diferencian sustancialmente de las que contemplaban los códigos penales italiano y español en la primera mitad del siglo XX.

Con todo, a las conclusiones sugeridas sobre la base de una interpretación constitucionalmente aceptable de los bienes jurídicos protegidos, se va sumando una profundización de los mismos conceptos de «lesividad» y «bien jurídico». Conscientes de que una conceptualización formal y abstracta de este límite al *ius puniendi* del Estado no había podido contrarrestar los horrores del nazismo (y fascismo), en direcciones distintas y con significativas excepciones, los penalistas se afanan en la búsqueda de un concepto material de bien jurídico y de un criterio cierto que permita tanto al legislador como al intérprete discernir entre lo punible y aquellos comportamientos no relevantes penalmente por cuanto no lesivos de un bien jurídico merecedor de tutela⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ Véase, entre muchos, ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 4 a 5.

A lo largo de este camino, a la vez que la atención va dirigiéndose hacia la imparcialidad y el buen funcionamiento de la Administración pública, en el «tradicional» delito de cohecho, un primer problema se pone a la hora de fundamentar la lesividad de la vertiente impropia: puesto que el acto objeto del acuerdo remuneratorio no supone, de por sí, ilegalidad alguna, resulta complicado afirmar la existencia de una lesión tanto de la imparcialidad como del buen funcionamiento de la Administración pública entendida en su dimensión dinámica. Y, cuanto más crece la exigencia de dotar de contenido material a los bienes jurídicos en aras de garantizar una mayor comprobabilidad de la lesión de los mismos, tanto más acuciantes se vuelven las dudas: los argumentos favorables a la despenalización de la corrupción impropia parecen adquirir una nueva fuerza expansiva que, en los trabajos más recientes, contagia a todas las demás vertientes de la corrupción⁶⁸⁹.

5.2.1.1. Los problemas de lesividad de la corrupción impropia

Aparte de reflejarse en la interpretación del tipo de injusto, la entrada en escena de la imparcialidad y del buen funcionamiento de la Administración pública como objetos de tutela pone el siguiente problema: si lo que se pretende evitar es que el funcionario público decida de forma parcial y/o que la Administración funcione de forma ineficaz e ineficiente, ¿*quid* en el caso de la corrupción impropia en la que el acto objeto del acuerdo corrupto, en principio, es (*rectius*: puede ser) igual al que se hubiera realizado sin el mismo?

Una primera forma de superar la dificultad que supone el interrogante, ha sido modificar la pregunta. Con la sanción de la corrupción impropia, se ha dicho, el legislador penal apunta precisamente a aquellos supuestos en los que el *intraneus* puede realizar un acto de su función distinto al que hubiera realizado sin el soborno sin que el mismo acto, de por sí, suponga contradicción alguna con sus deberes. Ahora bien, defender que, en los supuestos de cohecho impropio, el acto

⁶⁸⁹ La tesis tiene su *pendant* en DANLEY, J. R.: «*Toward a theory of bribery*», en *Business & Professional Ethics Journal*, vol. 2, n. 2, 1983, págs. 22 y ss., según el cual la corrupción impropia es comportamiento moralmente neutral. Véase también RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 47.

objeto del acuerdo es solo y siempre discrecional, significa confundir lo deseado con lo existente, ya que, *de iure condito*, nada autoriza semejante lectura⁶⁹⁰.

También deberían leerse *cum grano salis* aquellas posturas que han querido ver en el cohecho impropio un supuesto cuasi-atenuado de cohecho propio, argumentando que la compraventa del acto del cargo merece ser reprochada en tanto que implica algún trato de favor (*v.gr.* mayor celeridad en la tramitación) del funcionario hacia el sobornante, lo que situaría al primero en una situación de evidente parcialidad⁶⁹¹. Aun reconociendo que no es difícil imaginar que, detrás de supuestos de remuneración del acto del cargo, puedan hallarse intentos de conseguir un trato, de alguna manera, «favorable» hacia los intereses del *extraneus*, no debería perderse de vista que la relevancia típica del pacto, *de iure condito*, en absoluto requiere la proyección de la parcialidad (ni siquiera atenuada) sobre el acto del cargo objeto del mismo: el ordenamiento jurídico distingue entre cohecho para actos lícitos y cohecho para actos ilícitos y no entre actos parciales-ilícitos y

⁶⁹⁰ Y tampoco convence *de lege ferenda*: véase CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 705 y ss. *De iure condendo*, además, pensar que la corrupción encuentra terreno fértil en la discrecionalidad administrativa no debe hacer olvidar que la procedimentalización de la actividad de la Administración entendida como barrera a la mencionada discrecionalidad no siempre representa una eficaz vacuna contra la proliferación de casos de corrupción: aparte de añadir ulterior engorro a una ya de por sí insoportablemente pesada maquinaria burocrática (cuya «pesadez» se relaciona con la presencia de sobornos «lubricantes»), la delimitación extrema de los comportamientos de los funcionarios públicos «consiente el reparto de micro-poderes en la articulación de los procedimientos» que termina teniendo como efecto una «ampliación de la posibilidad de micro-corrupciones» (así BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 61).

⁶⁹¹ Véase, por ejemplo, VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 34, según la cual, en la corrupción impropia, «lo único que se pretende es obtener un servicio al que se tiene derecho (...) de una forma privilegiada en comparación con el resto de ciudadanía» de tal manera que «el hecho que el funcionario realice una determinada tarea con mayor rapidez que las otras, porque previamente, le han obsequiado (...) se traduce en que el funcionario discrimina a otros usuarios en favor del particular que le ha obsequiado». No obstante, si el funcionario público retrasa indebidamente un acto debido con motivo de una dádiva, presente u ofrecimiento, contraviniendo a sus deberes, probablemente ya deberíamos situarnos por lo menos al borde de la corrupción propia. Sobre esta cuestión, véase también ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., págs. 208 a 209.

actos parciales-lícitos. Dicho en otras palabras, *de iure condito*, en la vertiente impropia del delito de cohecho, la licitud del acto objeto del acuerdo no incluye matices: aquí el acto objeto del cargo no quebranta deber alguno⁶⁹² y el comportamiento sigue siendo típico aunque *ex post* se comprobara que, sin mediar soborno, se habría realizado exactamente aquel mismo acto.

La misma observación ha de moverse a quien, más o menos claramente, ha insinuado que, a fin de cuentas, se trata de un mero problema de prueba: y, se recordará que se ha dicho que, en la corrupción impropia, también existe un acuerdo para realizar un acto ilícito, pero, ya que la ilicitud es compleja de probar, el legislador tipifica autónomamente también esta hipótesis delictiva. Fuera del mundo del meta-derecho que aquí no interesa, debe retenerse que, siempre que existan dos tipos delictivos distintos (de corrupción propia e impropia) con sanciones distintas, será, en todo caso, precisa la prueba de la conformidad o no conformidad con los deberes del cargo del acto para subsumir el comportamiento en uno u otro supuesto.

Descartados, por tanto, los intentos de manipular la pregunta, la respuesta más fácil ha sido y es, evidentemente, la ausencia de una afectación (relevante) para un bien jurídico (relevante) con consecuente ilegitimidad de la decisión del legislador penal que sigue manteniendo la penalidad de esta hipótesis.

⁶⁹² Por ello, tampoco parece poderse compartir el intento de volver a traer a colación el peligro abstracto para el bien jurídico afirmando que, en todo cohecho, la conformidad del acto a los deberes del cargo es, en realidad, una «casualidad» que (entiendo) escapa al control de los autores del *pactum sceleris* (así, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 182) y sirve por lo tanto como sustrato para aquella idea de peligro abstracto que justamente por su medio se fundamentaba (en estos términos, KINDHÄUSER, U.: «Estructura...», cit., pág. 13 y *passim*). Téngase además en cuenta que la afirmación de acuerdo con la cual los supuestos de corrupción impropia serían «en términos empíricos, poco probables» (RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 182), choca de frente con la realidad jurisprudencial española. Según los datos puestos a disposición por el Consejo General del Poder Judicial, entre el año 2015 (III trimestre) y el año 2020 (I trimestre), en España, frente a 27 condenados en vía definitiva por cohecho pasivo propio, ha habido 31 condenados por cohecho impropio y otros 31 condenados por cohecho de facilitación (se remite a cuanto dicho *supra*, en la nota 579).

Otros proponen entender la corrupción impropia como delito de peligro-de-corrupción-propia y sugieren que el funcionario que hoy acepta dinero y, a cambio, se compromete a realizar un acto conforme a sus deberes, al día de mañana, se verá en dificultad a la hora de negar su consentimiento para vender un acto contrario a los mismos. De esta forma, sancionar la corrupción impropia, sería como poner una barrera anticipada que refuerza las defensas del Estado de Derecho frente a episodios de corrupción propia.

Ahora bien, la observación con apoyo en la cual, así argumentando, se aleja excesivamente el hecho típico (de cohecho impropio) de la lesión del bien jurídico, si bien persuasiva para descartar el *escamotage* interpretativo que ve en el «peligro» la solución, esconde (*rectius*: no desvela completamente) la gravedad del problema. Y, en efecto, si se entiende como imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública el deber del funcionario público de realizar imparcialmente actos propios de su cargo y en modo tal que se asegure el funcionamiento eficaz y eficiente de la Administración, es evidente que la lesividad del delito tiende a radicarse cada vez más en la realización de un acto contrario a los deberes del cargo⁶⁹³; y de hecho, ¿cómo puede un acto justo ser «parcial» o mermar la eficacia y eficiencia de la Administración?

Aceptada esta premisa, ya hemos sentado las bases para comprimir de sobremanera la lesividad incluso de la corrupción propia antecedente: el acto contrario a los deberes en el que se materializaría la lesión del bien jurídico así reconstruido, aparece en el tipo penal de corrupción propia antecedente como objeto de un dolo específico (para realizar...). Esta clase de elemento subjetivo se distingue por exigir, por parte del sujeto activo, la representación de un resultado que no tiene que realizarse para que el delito esté completo de todos sus elementos. Y, si la lesión del bien jurídico se produce con el acto del cargo contrario a los deberes, con un simple silogismo, no será difícil defender entonces que, *de iure condito*, el delito de cohecho propio antecedente se consuma con independencia de que se produzca una real lesión del bien jurídico protegido.

⁶⁹³ Sobre este punto, véase, por ejemplo, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág 63.

Y poco aporta la discusión en torno a la naturaleza concreta o abstracta del peligro generado: en primer lugar, carece de sentido y contradice abiertamente el principio de proporcionalidad que se sancione más al peligro de lesión que a la propia lesión; así, no se comprendería por qué el cohecho propio antecedente impone una pena increíblemente más grave respecto a la prevista por la prevaricación administrativa (art. 404 Código penal español) o al *abuso d'ufficio* (art. 423 Código penal italiano)⁶⁹⁴; por otra parte, aceptando que la corrupción propia antecedente es delito de peligro, resulta (todavía más) problemático justificar la lesividad del cohecho impropio que terminaría sancionando solo un peligro de corrupción propia, es decir, un peligro-de-un-peligro⁶⁹⁵. Y, si ello es así, ¿qué decir de la mera solicitud del funcionario público no aceptada por el particular o, viceversa, del ofrecimiento del segundo no aceptado por el primero? En el caso de que solicitud u ofrecimiento (no aceptados) tuvieran por objeto un acto conforme a los deberes del cargo, se estaría sancionando el peligro-de-un-peligro-de-un-peligro de lesión del bien jurídico protegido, lo que es difícilmente conciliable con la vigencia del principio de lesividad, a menos de degradar el límite al *ius puniendi* a mera construcción lógica desprovista de toda relevancia material.

5.2.1.2. Los problemas de lesividad de la corrupción subsiguiente

La penalización de la corrupción subsiguiente ha planteado problemas desde siempre.

Desde el punto de vista del objeto jurídico del delito, el fundamento de la crítica (imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública tienen que reflejarse en la actuación contraria

⁶⁹⁴ Ni se diga que la pena resulta agravada por el mayor desvalor que aportaría el móvil del dinero o precio: la diferencia de sanción entre ambos delitos sobrepasa evidentemente cualquier posible agravante que traiga de ello su fundamento.

⁶⁹⁵ Véase, entre otros, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 65. La doctrina prácticamente unánime rechaza que la sanción de un comportamiento que representa un peligro de un peligro para un bien jurídico sea compatible con el principio de lesividad. En sentido contrario, aunque con ciertos matices, véase ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 184 a 185 que utiliza la expresión «peligro indirecto» y la acerca a los actos preparatorios.

a los deberes) y la conclusión (despenalización) coinciden con cuanto apuntado en el anterior acápite. El argumento, por otra parte, es opuesto: si, en la corrupción antecedente, el delito se consuma con demasiada anterioridad con respecto a la lesión del bien jurídico, aquí el delito se perfecciona con demasiado retraso. Por lo que respecta a la corrupción subsiguiente propia, en efecto, se argumenta que el *pactum* (debemos decir «presuntamente») *sceleris* empieza a formarse y se perfecciona después de que ha tenido lugar la actuación parcial o lesiva del buen funcionamiento de la Administración.

Ni parece suficiente argumentar que, en el caso del cohecho subsiguiente, el problema no es sino de prueba⁶⁹⁶: el pacto, se afirma, es, en realidad, anterior al acto, mientras que lo que acontece de forma posterior, es solamente la entrega de la utilidad. Y, puesto que es difícil probar el pacto mientras que es más fácil demostrar la entrega, tipificando el cohecho subsiguiente, se termina aliviando la carga probatoria, lo que permite disminuir la cifra negra de la corrupción, delito que, precisamente desde el punto de vista probatorio, entraña notables dificultades para la acusación⁶⁹⁷. El argumento parecería haber sido recibido por los legisladores italiano y español⁶⁹⁸ que, en los

⁶⁹⁶ En este sentido, aparte de los autores ya mencionados, véanse también SEMINARA, S.: «La corrupción en la Administración pública», en ARROYO ZAPATEIRO, L. y NIETO MARTÍN, A.: *Fraude y Corrupción...*, cit., pág. 145; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 269; COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 71; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2019, cit., pág. 916.

⁶⁹⁷ En este sentido, véase, en particular, OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 269.

⁶⁹⁸ Aun siendo igualmente censurable, debe reconocerse que la disciplina actualmente en vigor en España e introducida por el legislador de 2010 presenta indudables ventajas respecto de la anterior. Vigente el Código penal de 1995 (por lo tanto, antes del año 2010), los artículos 425 y 426 del Código penal español presentaban conspicuos problemas de técnica legislativa, aparte de establecer una disciplina difícilmente aceptable tanto dogmática como político-criminalmente. La equiparación en cuanto a pena del cohecho impropio antecedente, del cohecho impropio subsiguiente y del cohecho propio subsiguiente (en el que el acto objeto del acuerdo es ilícito pero no constitutivo de delito) parecía realmente difícil de justificar, cualquiera que fuera el bien jurídico realmente protegido por los delitos *de quibus*, y sobre todo en presencia del artículo 425.2 del Código penal español: la norma (que conminaba una pena mayor al caso de corrupción propia subsiguiente en la que el acto objeto del acuerdo es, de por sí, delictivo) representaba el *pendant* del artículo 419 (en materia de corrupción antecedente

últimos años, han ido igualando la sanción prevista para las vertientes antecedente y subsiguiente⁶⁹⁹.

A este respecto, parece poder afirmarse que, en un Derecho penal garantista y que reconoce el principio de presunción de inocencia, presumir *ope legis (e iuris et de iure)* y *contra reo* la anterioridad del acuerdo remuneratorio es inaceptable⁷⁰⁰. Al contrario, precisamente en la óptica en la que aquí nos movemos (la reconstrucción del bien jurídico protegido por el delito), los términos de la cuestión deberían invertirse: solo una vez comparado el interés lesionado (o puesto en peligro) y la gravedad de su menoscabo, podrá, en su caso, postularse la igualdad de sanción entre las vertientes antecedentes y subsiguientes del delito. Exigencias probatorias que no encuentren su amparo en la lesividad, deberían probablemente abordarse en una óptica procesal (o incluso policial) más que sustantiva⁷⁰¹.

Aparte de ello, frente a quien sugiere que, con la tipificación de la corrupción subsiguiente (*rectius*: con la equiparación *quoad poenam*

propia) de tal manera que, *mutatis mutandis*, las consideraciones críticas que se movían a este último precepto, podían extenderse al primero. Con carácter general, se perdona la remisión a CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., *passim*.

⁶⁹⁹ Como ha observado la doctrina más atenta, el legislador penal parece tender hacia una diferenciación penológica cada vez menor entre las distintas vertientes del delito de cohecho. En la doctrina italiana, en este sentido, véase MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 244.

⁷⁰⁰ Véase también COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 66 quien observa que «la recepción de una ventaja patrimonial *ex post* no es razón suficiente para presumir futuras actitudes del mismo funcionario contrarias a la neutralidad e indiferencia».

⁷⁰¹ Como se ha observado, sin embargo, parece que las lógicas procesales han terminado prevaleciendo sobre «una racional reconstrucción del sistema» (en estos términos, PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 264). Y, si se pone el foco en un marco más general de lucha contra la corrupción, deberían recordarse las palabras de PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3389 quien reconoce que «parece cada vez menos probable que el trabajo interpretativo que desplaza un poco más allá o un poco más acá el límite de los crecientes (en todos los sentidos) tipos penales pueda de verdad resultar adecuado para contrastar la vastedad y la endemividad de las prácticas corruptivas. No consigo», afirma el autor «por tanto, implicarme en proclamas de última hora que lanzan y relanzan campañas represivas, a menudo fundadas sobre el puro endurecimiento [lit. *inasprimento*] sancionatorio. Si acaso, son las normas procesales y más todavía las preventivas las que pueden producir menos efímeros y más consistentes efectos».

entre corrupción antecedente y subsiguiente) se exonera al órgano jurisdiccional del deber probar la relación cronológica entre el acto y el pacto, podría contestarse que la idea no termina de convencer ni siquiera *de iure condito*, ya que, toda vez que el legislador sigue diferenciando (aunque no en cuanto a pena) entre acto-*causa-del-pacto* y acto-*fin-del-pacto*⁷⁰², reafirma la necesidad de que la acusación pruebe la existencia de una u otra relación. Ahora, si la finalidad es aliviar la carga probatoria, resulta ciertamente más eficaz la superposición penológica del cohecho de facilitación con el cohecho propio e impropio, antecedente y subsiguiente (como acontece, por ejemplo, en Italia): aquí bastará defender (*rectius*: acusar) que el soborno se ha correspondido *per* «el ejercicio de la función»⁷⁰³.

Y, a los que afirman que, en el cohecho subsiguiente, se pretende presumir que, toda vez que ha lugar una recompensa de un acto, siempre ha existido un pacto previo imposible de demostrar, debe contestarse que, en el proceso penal, *actore non probante, reus absolvitur* y lo que no se puede probar debería resultar *tamquam non esset*. Y no se olvide que, *de iure condito*, en la corrupción subsiguiente, se sigue postulando una relación entre el acto y el acuerdo en cuyo marco el primero sigue siendo uno de los términos del segundo: el riesgo para la afectación de la imparcialidad en el proceso de toma de decisión, en

⁷⁰² Sobre este punto, véase la STS 166/2014, de 28 de febrero, que reitera que las diferencias entre cohecho subsiguiente y antecedente «no estriban en el momento en que se efectúa el pago, sino en el motor de la acción constitutiva de delito. El segundo habla de “recompensa” por el acto delictivo ya realizado. De su radio de acción hay que excluir todos aquellos casos en que esa “recompensa” posterior estuviese ya previamente solicitada, exigida, pactada o prometida. En tal tipo especial se incardinan tan solo los pagos posteriores no pactados. Cuando ya existe promesa o exigencia de recompensa hay que reconducir los hechos al art. 419.1» y añade que «el cohecho subsiguiente (anterior art. 425.2) —y esto es una afirmación habitual en los comentaristas— requiere que la recompensa o dádiva no haya sido solicitada, aceptada o pactada antes de la realización del acto. En cualquiera de esos casos estamos ante un cohecho antecedente. La dicción del art. 419 a este respecto es cristalina al referirse expresamente a la ‘promesa’ o ‘solicitud’» y concluye recordando como «hoy ya están plenamente equiparados unos y otros supuestos (arts. 419 y 421)». Aquí parece que la equiparación debe entenderse solo *quoad poenam* y no incluye rebajas probatorias. Véanse también las consideraciones de BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 386 a 387.

⁷⁰³ Véase CINGARI, F.: «Sull’ennesima...», cit., pág. 12; VIGANÒ, F.: «I delitti...», cit., págs. 9 a 10.

otras palabras, se convierte en excesivo en tanto en cuanto se apoye en la conclusión no ya de un genérico acuerdo remuneratorio, sino de un pacto que tiene por objeto la recompensa de «un acto» y siempre que implique (el peligro de) la formación de una aptitud hacia la comercialización de actos futuros.

En materia de cohecho subsiguiente impropio, vale cuanto ya dicho en los dos acápites anteriores: aquí, la ausencia de lesividad del acuerdo remuneratorio posterior a la realización del acto ha de sumarse a la absoluta falta de desvalor del propio acto objeto (*rectius*: causa) del acuerdo⁷⁰⁴. En otras palabras, el *intraneus* cobra una recompensa por haber actuado bien: parece difícil llamarle «parcial» o acusarle de mantener comportamientos lesivos del buen funcionamiento de la Administración pública si, por conductas lesivas de la imparcialidad, eficacia y eficiencia de la Administración pública, entendemos la realización de concretos actos del oficio perjudiciales para sendos intereses. Todo lo más, podrá hablarse de comportamientos «poco decorosos» que no entrañan «mayor incidencia en la acción pública»⁷⁰⁵.

5.2.1.3. Los problemas de lesividad de la corrupción activa

Si, en doctrina, es pacíficamente aceptada la diferenciación entre corrupción propia e impropia, antecedente y subsiguiente, lo mismo no puede decirse para el binomio cohecho activo-cohecho pasivo⁷⁰⁶. No obstante no se quiera desconocer que la acotación del bien jurídico afectado por la corrupción es relevante para la solución de la *querelle*, se prefiere aquí remitir al lector interesado en su profundización a otros lugares⁷⁰⁷. Baste ahora con señalar que, de acuerdo

⁷⁰⁴ *Ad abundantiam*, véase también SEMINARA, S.: «La corrupción...», cit., pág. 146.

⁷⁰⁵ Así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 66.

⁷⁰⁶ Se perdona la remisión a CERINA, G. D. M.: *La insoportable...*, cit., págs. 147 a 148.

⁷⁰⁷ Véase, por ejemplo, PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 258 y ss. quien (al igual que aquí) apuesta por la naturaleza unitaria de la corrupción como delito plurisubjetivo a concurso necesario. Para limitarnos a autores ya citados en este trabajo, véase también en el mismo sentido, MORMANDO, V.: «Appunti...», cit., págs. 253 a 254. Siendo esta la postura que, en Italia, parecería mayoritaria, para la opinión contraria, entre otros, se remite a PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO,

con la postura que aquí se mantiene, todo dependerá de la correcta «colocación» del «momento» en el que se lesiona el bien jurídico: si se identifica el menoscabo del bien jurídico con el pacto corrupto, puesto que, para que pueda hablarse de pacto, es precisa la intervención de *intraneus* y *extraneus*, no quedará sino degradar la utilidad de la diferenciación cohecho activo/cohecho pasivo (si es que alguna utilidad tiene) al terreno de la didáctica. Las cosas naturalmente cambian toda vez que se prefiera poner el acento sobre los deberes del cargo violados por el acto objeto de corrupción propia, deberes que, según se afirma, se observan de forma significativamente distinta desde la óptica de los dos intervinientes.

Por ahora, sea suficiente apuntar que, ya desde el momento en el que se quiso ver en el cohecho una mera infracción de deberes impuestos por la Administración al funcionario, empezó a discutirse acerca de la oportunidad de aplicar al particular una sanción igual o distinta respecto de la que se conminaba al *intraneus*: si solo este último lesionaba el bien jurídico, el primero podía considerarse partícipe pero no coautor, con todas las consecuencias del caso.

5.2.1.4. Los problemas de lesividad del cohecho de facilitación

El cohecho de facilitación es criatura ciertamente incómoda tanto para la doctrina española⁷⁰⁸ como para la italiana, especialmente cuando de lesividad se discute. Es cierto que su (reciente) introducción en el Código penal italiano se ha llevado a cabo de forma (significativamente) diferente respecto a como el delito aparece en el Código penal español. Con todo, es innegable que, con su tipificación, el legislador busca restar importancia al acto del cargo objeto (o causa) del

M.: *Principi...*, cit., págs. 187 y ss.; LEOTTA, C. D.: «La corruzione...», cit., págs. 216 y ss. y, para la toma de postura, págs. 218 y ss. En la doctrina española, en cambio, la opinión mayoritaria parece la de MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2019, cit., págs. 913 a 914 quien subraya que, vigente el actual Código penal español, el diferente tratamiento de la que en Italia se llama «instigación a la corrupción» (véase *infra*, apartado 5.5.3.) parece *de iure condito* sugerir la conveniencia de considerar que corrupción activa y corrupción pasiva son dos delitos autónomos.

⁷⁰⁸ Aparte de los autores ya citados, véase COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 30 y ss.

acuerdo. Y lo cierto es que, frente a cualquier planteamiento que haga pivotar la lesividad del cohecho sobre la (posible) ilicitud del acto del cargo, el cohecho de facilitación no puede sobrevivir.

De alguna ayuda resultan todas aquellas interpretaciones que apuntan a restringir el ámbito de aplicación de la figura *de qua* a supuestos en los que existe un sinalagma cuyos términos ya no son dádiva/acto del cargo sino dádiva/ejercicio del cargo. Así procediendo, se otorga una justa relevancia al hecho de que (tanto en España como en Italia) se tipifica como cohecho de facilitación no ya el otorgamiento *tout court* al sujeto público de una utilidad sino, en cualquier caso, de una utilidad conectada con el ejercicio del cargo.

Aclarado que, *de iure condito*, semejante opción exegética tiene mejor encaje en el actual artículo 318 del Código penal italiano que en el artículo 422 Código penal español⁷⁰⁹, lo cierto es que tampoco parece resolutive: si lo que se pretende con la tipificación del cohecho de facilitación sigue siendo evitar la realización por parte del *intra-neus* de actos contrario a sus deberes, la consumación del delito se halla demasiado lejos del bien jurídico para representar una perturbación del mismo que justifique la activación de la *extrema ratio* del Estado de derecho.

5.2.1.5. Las dudas de la doctrina frente a las tendencias legislativas «inspiradas» en los instrumentos internacionales: ¿una contradicción evidente?

Antes de proceder a cualquier tipo de consideración personal, conviene recordar que el análisis crítico de la mayoría de los autores que se han ocupado recientemente del problema de la lesividad del delito

⁷⁰⁹ Véase, por ejemplo, GARCÍA ARROYO, C.: *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 31 e *Idem*: «Sobre el bien jurídico...», cit., págs. 674 a 675 quien señala (si leo correctamente, en una perspectiva *de lege ferenda*) que «si al hecho de aceptar una dádiva o promesa en consideración a su cargo, no se le unen otros elementos que (...) acerquen la conducta a la verificación del pacto corrupto (...) no sería sostenible la potencial ofensividad de estos comportamientos». De cara a la postura de la autora, como se verá más adelante, habría que preguntarse si no pueda predicarse una interpretación orientada por el bien jurídico ya *de iure condito*.

de cohecho no ha tenido reflejo en la evolución de los planteamientos de los legisladores italiano y español: mientras que, de un lado, aumenta el escepticismo acerca de la compatibilidad del delito con el principio de lesividad (y proporcionalidad, fragmentariedad...) y (con distintos matices e intensidad) se aboga para una revisión «a la baja», del otro, las penas no paran de subir, los tipos no paran de desdibujarse, la sanción penal no para de adelantarse a actos preparatorios y el espectro de lo penalmente relevante sigue aumentando.

Los legisladores, como hemos visto, suelen esgrimir obligaciones internacionales que tienen que cumplir.

Y, en efecto, todos los instrumentos internacionales con normas de carácter penal en materia de corrupción contemplan la obligación para los Estados parte de tipificar como delito la corrupción antecedente propia e impropia, activa y pasiva, incluyendo las formas incompletas de ejecución como la solicitud del *intraneus* no aceptada o el ofrecimiento del *extraneus* no aceptado. Y, tanto Italia como España los han ratificado democrática y libremente (lo que debe oportunamente subrayarse), haciéndose cargo de dichas obligaciones.

Por ello, de cara a la aproximación crítica que denuncia cierta incompatibilidad entre el delito de cohecho y el principio de lesividad, se ha dicho que «se presentaría una grave antinomia entre la posición de la doctrina penal y la realidad, en relación con la corrupción pública, pues mientras existen múltiples circunstancias que nos demuestran que la corrupción es un fenómeno lesivo de la economía, la legitimidad del Estado y la Administración pública, la dogmática califica los delitos» de contrarios a los principios básicos del Derecho penal y, por lo tanto, requiere su desaparición (en mayor o menos medida)⁷¹⁰.

Ahora bien, huyendo de lecturas demasiado apresuradas, cada vez que la elección del legislador se orienta en sentido opuesto al que sugieren las reflexiones de la doctrina, conviene examinar con cierto recelo los argumentos que la justifican amparándola genéricamente en exigencias internacionales. Así, en primer lugar, convendría no olvidar que las obligaciones internacionales contraídas por Italia y España no parecen contemplar la tipificación como delito del cohecho

⁷¹⁰ CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., pág. 125.

subsiguiente, ni propio ni impropio, ni activo ni pasivo⁷¹¹. Tampoco parece poderse hacer descender de instrumento jurídico internacional alguno la obligación o sugerencia de tipificar como delito el cohecho de facilitación⁷¹². Y, por último, ninguno de los textos internacionales impone la equiparación *quoad poenam* entre solicitud, ofrecimiento o promesa no aceptados y el pacto sellado (es decir, solicitud, ofrecimiento o promesa aceptados) ni mucho menos entre cohecho antecedente y subsiguiente. Ni que decir tiene que, vista la intensidad de las sanciones, suena francamente desentonado el amparo de su imparable aumento en supuestas exigencias supranacionales⁷¹³.

En mi opinión, lo anterior permite por lo menos sospechar de toda coartada que pretenda ocultar detrás de pretendidos poderes con dudosa legitimación democrática decisiones político-criminales que se producen en el lugar en el que habitualmente se toman: el Parlamento nacional⁷¹⁴. Con todo, aunque así no estuvieran las cosas, la contrariedad a una (pretendida) tendencia internacional no resta ni un ápice de legitimidad a las objeciones movidas por la doctrina al delito de

⁷¹¹ Aunque, en sentido contrario, véase DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma...», cit., pág. 4. No obstante, a título de ejemplo, véase el informe del GRECO sobre España emitido en el marco de la III ronda de evaluación, adoptado en la 42ª reunión plenaria (11-15 de mayo de 2009) y que se puede consultar en el enlace <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c9d6d> que dice textualmente: «El EEG advirtió que el Código Penal español va más allá de lo exigido por el Convenio puesto que también criminaliza la recepción de un beneficio después de que empleado público haya realizado el acto, sin ofrecimiento, solicitud o aceptación anterior, es decir, el denominado cohecho a posteriori (“cohecho subsiguiente”)» (así págs. 27 a 28). Opina de la misma manera, ACALE SÁNCHEZ, M.: «La lucha...», pág. 42.

⁷¹² Parece compartir el mayor alcance del ordenamiento español respecto del supestatamente impuesto por los instrumentos jurídicos inter y supranacionales ratificados por España también DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 193. En este sentido, también DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma...», cit., pág. 5.

⁷¹³ Parece tener una opinión parecida DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Derecho penal europeo...*, cit., pág. 194.

⁷¹⁴ Muy sugerente BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 3 quien acertadamente señala que la génesis de las recientes reformas se cifra en un sucederse de razones «inter-sobranacionales», «jurisprudenciales» y «mediático-populistas».

cohecho en el terreno del principio de lesividad que (como trataremos de hacer) merecen, creo, ser analizadas y (a lo mejor) confutadas en ese mismo terreno.

5.2.1.6. ¿Alternativas a la imparcialidad y/o buen funcionamiento de la Administración pública? La (por lo menos aparente) inconsistencia de las soluciones planteadas

En los anteriores epígrafes, se ha dado cuenta de como un grupo de autores de reconocido prestigio ha propuesto encauzar la acotación del objeto jurídico protegido por el delito de cohecho por caminos distintos respecto de la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración pública. También se ha señalado que la doctrina mayoritaria ha recibido críticamente estas soluciones «peculiares». Como se ha observado, con carácter general, por lo menos algunas de ellas, parecen caracterizarse por abandonar una aproximación de tipo «dinámico» que pone al centro de la atención el «actuar» de la Administración pública y volver a una concepción del objeto jurídico del delito de tipo «estático», más centrada en el «ser» de la Administración⁷¹⁵.

A quienes cifran el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en la «confianza» de los administrados en el correcto desempeño de la actividad de la Administración, puede responderse que se desplaza así la acotación del bien jurídico hacia un estado emocional que, de forma un tanto tautológica, parece pretenderse afectado por su propio quebrantamiento: en primer lugar, si se confía en «algo» inherente a la Administración, el objeto de protección coincidirá con el objeto de la confianza y no con la confianza misma; por otra parte, admitiendo que se pudiera considerar relevante la «confianza en la Administración» *tout court*, no puede negarse que la misma se vería menoscabada por la lesión de otro interés que (este último y no la

⁷¹⁵ Véase SPENA, A.: *Il turpe...*, cit., págs. 192 y ss. Subraya el autor que, si, quienes abogan para una idea dinámica de la Administración tienen el problema de justificar la lesión del cohecho subsiguiente (en el cual el pacto en nada atañe al buen funcionamiento ni a la imparcialidad de la Administración), quienes abordan la problemática con una aproximación más bien estática, encuentran dificultades a la hora de explicar la lesividad de la corrupción activa.

confianza en su vigencia) coincidiría con el bien jurídico protegido. Con todo, de querer seguir queriendo reconocer cierta relevancia a la «confianza» (entendida como «docilidad», *pendant* de cierta idea de «legitimidad») a la hora de explicar la tipificación penal del delito de cohecho (siguiendo quizás cierta reconstrucción sociológica bien conocida y a la que nos referiremos en breve⁷¹⁶), parece quizás más coherente dirigir la mirada hacia la *ratio* de la incriminación más que al bien jurídico protegido por el delito.

Discurso aparte merece aquella postura que ha argumentado que el objeto jurídico del delito se cifra en la prohibición de compraventa de un acto público. Se ha dicho, con razón y sin que sea preciso insistir ulteriormente en ello, que los autores que se inclinan para esta tesis, confunden la prohibición con el objeto de protección del delito en una construcción que suena francamente tautológica.

Algo parecido ocurre cuando se quiere hacer referencia a la «venalidad»⁷¹⁷ con el añadido que, en mi opinión, la persecución penal de comportamientos «venales» deja en la boca un cierto regusto a planteamientos de tipo ético-morales asociados a la «suciedad» del dinero envilecedor que, desde luego, mal encajan con la idea de Administración constitucional «controlada» por un Derecho penal moderno y «racional» así como con el hecho de que (no se olvide) existe cohecho incluso si la «ventaja» no es dineraria ni redundante en provecho del funcionario (que inevitablemente ya no resulta entonces tan) venal⁷¹⁸.

⁷¹⁶ Se remite a *infra* apartado 5.4.4.

⁷¹⁷ Que, en otro trabajo presentado sobre el mismo tema, yo mismo había pensado identificar con el bien jurídico protegido por el delito en cuestión (véase CERINA, G. D. M.: BENITO SÁNCHEZ C. D.: «Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma», en DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *De los delitos y de las penas hoy: la nueva reforma del Código penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, págs. 67 y ss.). *Melius re perpensa*, creería que la postura ha de ser convenientemente matizada.


⁷¹⁸ Como se ha dicho, la idea de venalidad reblandece «la capacidad selectiva» del bien jurídico, «reproponiendo como objeto de tutela deberes instrumentales más que tangibles objetividades jurídicas» (así PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 263). Para un acercamiento de la «venalidad» al enriquecimiento injusto, véase BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 237 y 269. Parece similar a la que aquí se defiende la idea de BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 382: según el autor,

No obstante, debe reconocerse a ambos estos últimos planteamientos su capacidad para explicar desde un punto de vista eminentemente deductivo todas y cada una de las formas de corrupción recogidas en los códigos penales español e italiano.

De hecho, no parece del todo correcto afirmar que, en el caso de cohecho en consideración al cargo, falte un término al que pueda referirse el adjetivo «venal» o, lo que es lo mismo, falte el objeto de la presunta compraventa⁷¹⁹: como se ha dicho, el cohecho de facilitación puede (y debería) entenderse como una compraventa «de la función» (que no de un «acto de la función») ejercida por el funcionario público quien, desde luego, actúa de forma «venal» cuando acepta una remuneración en consideración a la misma. Lo mismo cabe argumentar respecto de la corrupción subsiguiente, tanto propia como impropia: si bien es cierto que, en estos casos, el acto no encarna la finalidad del acuerdo, no lo es menos que el primero aparece aquí como causa del segundo de tal manera que, aunque en términos opuestos, sigue existiendo una relación causa-efecto entre acto del cargo y acuerdo remunerativo.

En síntesis, a mi modo de ver, los autores que han encauzado por estas vías (venalidad o prohibición de compraventa) la reconstrucción

poner el acento en la violación del deber de no venalidad del público agente, «no agota el desvalor, no sirve para borrar las dimensiones lesivas de más amplio espectro», ya que describe solo una de las características que atañe solo a uno de los protagonistas de la vicisitud corruptiva que, de todas formas, «ve la no venalidad como bien, por así decirlo, intermedio, de paso hacia la dimensión del funcionamiento imparcial de la Administración y de la competencia». Por motivos de espacio, no es posible entrar aquí en la *vexata quaestio* relativa a la necesidad de que la corrupción penalmente relevante implique siempre un beneficio para el *intraneus*. A este respecto, baste simplemente reiterar que la opinión que aquí se mantiene es negativa, ya que ni la reconstrucción de la objetividad jurídica que aquí se propone ni el tenor literal de las normas vigentes sugiere dicha restricción del ámbito de operatividad del delito. Se perdona la remisión a las consideraciones realizadas en CERINA, C. D. G.: *La insoportable...*, cit., págs. 194 a 195 y 197 a 198. En la doctrina, para una postura conforme a la que aquí se mantiene, véase LEOTTA, C. D.: «La corruzione...», cit., pág. 232; OLAIZOLA NOGALES, I.: «Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n. 5, dedicado a *Corrupción y urbanismo*, Deusto publicaciones, Bilbao, 2008, págs. 142 a 143.

⁷¹⁹ Tal como afirma, por ejemplo, Vizueta Fernández para cuya postura se remi  *supra*, apartado 4.4.2.

del bien jurídico protegido tienen el mérito de haber conseguido igualar la lesión del mismo con el momento consumativo del delito. Desde este punto conviene quizás empezar el análisis que llevará a formular la propuesta objeto de este trabajo.

5.3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO POSIBLE OBJETO DE TUTELA DE TODOS LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para dar un paso significativo hacia la concreción del objeto jurídico del delito de cohecho, resultan de especial interés las consideraciones de Vázquez-Portomeñe Seijas⁷²⁰.

Limitándonos aquí a algunas notas sobre la construcción del autor⁷²¹, interesa ahora el protagonismo que el mismo otorga al proce-

⁷²⁰ En un escrito publicado al comienzo del nuevo milenio, el autor aborda el problema de los delitos contra la Administración pública desde una óptica peculiar: la relevancia del consentimiento del administrado. Sobre el mismo problema (que ahora no podemos tratar), véase PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 7 a 8 y ROMANO, B.: «Note...», cit., págs. 14 a 15. Naturalmente, la respuesta a la cuestión depende de la exacta acotación de la objetividad jurídica.

⁷²¹ Por motivos de economía en la redacción, se obvian las observaciones críticas del autor hacia los planteamientos mayoritarios (que, a su decir, resultan incapaces de «describir un objeto de protección penal apto para reflejar el ingente material legislativo de las figuras que integran el estatuto penal de la Administración Pública») en tanto en cuanto las mismas reflejan posturas ya descritas en las páginas anteriores. El autor sustancialmente se suma a las críticas que la doctrina mayoritaria dirige a aquellas tesis que pretenden acotar el objeto jurídico de los delitos contra la Administración pública en la confianza de los ciudadanos o en la «probidad de los funcionarios», críticas de las que se ha ya ampliamente dado cuenta. Respecto de las posiciones que se limitan a cifrar el bien jurídico en conceptos como el buen funcionamiento o la imparcialidad de la Administración pública, observa que se trata de «criterios abstractos, inservibles tanto para circunscribir correctamente los ámbitos de las singulares normas incriminatorias, como para clarificar las relaciones concursales existentes entre las distintas figuras». *De iure condito*, además, no parece constitucionalmente admisible una jerarquización entre los distintos principios rectores de la actividad administrativa (legalidad, imparcialidad, eficiencia), de tal manera que resulta difícil elegir uno de los tres como subyacente a la tipificación de los delitos contra la Administración pública. Por otra parte y para cerrar el razonamiento, si se conviene que es

dimiento administrativo: la Administración, subraya el jurista, se guía por «valores» recogidos en el texto constitucional y «procedimientos comunes» que permiten «satisfacer las necesidades de la sociedad»; y, si el objetivo del Derecho penal es garantizar la satisfacción de estas necesidades, es sobre la observancia de los «procedimientos comunes» que ha de insistirse a la hora de fundamentar la intervención penal, puesto que son «aquéllos que, hallándose sometidos a un constante peligro de infracción, repercuten directa o indirectamente sobre derechos e intereses individuales»⁷²². Para decirlo utilizando las

de ese conjunto que ha de deducirse la *ratio* del Título entero, también debería admitirse que, así descrito, el objeto de protección no aporta mucho y resulta altamente insatisfactorio si se acepta una idea material y crítica de bien jurídico. Dicho ello, y no sobra repetirlo, la existencia/necesidad de hallar un bien jurídico común a todos los tipos recogidos en el Título no está ahora en discusión, de tal manera que no interesa debatir las razones que llevan al autor a sostener la inidoneidad de la eficacia y de la imparcialidad de la Administración pública para desempeñar aquella función agrupadora y sistemática que parte de la doctrina pareciera querer reconocerles. Por las mismas razones, tampoco parece deberse insistir ulteriormente sobre la importancia que reconoce Vázquez-Portomeñe al Estatuto constitucional de la Administración pública, refiriéndose a los artículos 97 de la Constitución italiana y al 103.1 de la española. Con respecto a este último punto, por otra parte, según el jurista, la referencia a la Constitución puede constituir un primer y significativo paso adelante, pero, de por sí, no es suficiente para agotar la cuestión de forma satisfactoria: «una vez reconocidas las virtudes del argumento constitucional», observa, «lo que habrá que constatar es si con ayuda del mismo es posible identificar un referente político-criminal y dogmático que sirva para generar la agrupación, que permita captar la esencia de todos y cada uno de los tipos sin necesidad de recurrir a la formulación de ulteriores bienes jurídicos. Para ello, el intérprete deberá trabajar con conceptos que, además de poseer el necesario coeficiente de certeza, le permitan controlar los fenómenos de crisis de la propia racionalidad de la disciplina motivados por su demostrada potencialidad expansiva, al ser plenamente abarcable por el dolo del autor y permitir calibrar la entidad de la ofensa» (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento...», cit.). Respecto de la posibilidad de considerar como bien jurídico común a todas las figuras comprendidas en el título *de quo* al buen funcionamiento de la Administración pública, se remite a *infra*, apartado 5.6. y, para la postura de este autor, a la nota 1064.

⁷²² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento...», cit. Véase ya TAGLIARINI, F.: *Il concetto...* cit, pág. 14 que subrayaba, por un lado, que la Administración pública, es «preordinada al perseguimiento de fines tipificados por el ordenamiento estatal en modo extremadamente preciso», y, por otro, «la reglamentación por parte del ordenamiento estatal, en modo más amplio y a la vez más efectivo (lit. *cogente*) respecto de lo que acontece en las administraciones

palabras de Vázquez-Portomeñe, en materia de delitos contra la Administración pública,

«si de lo que se trata es de captar (...) una dirección de ataque unitaria (...), deberá volverse la mirada hacia los procedimientos por los que discurren los asuntos encomendados a la Administración⁷²³ y a los que incumbe, de forma inmediata, la misión de asegurar que el funcionamiento cotidiano de aquella responde a las exigencias y requerimientos que el Texto fundamental le dirige. En un desarrollo de los procedimientos de gestión administrativa ajustado a los cánones constitucionales se cifra, pues el denominador común de los delitos del cargo, cuya naturaleza ‘procedimental’ se justifica, además, sobre el plano de su propia formulación normativa»⁷²⁴.

Ahora bien, fijar la atención en el procedimiento como instrumento concebido para realizar fines muy amplios y cuyas pautas encuentran su fundamento en el texto constitucional⁷²⁵, permite trabajar sobre una hipótesis que, a primera vista, parecería posibilitar una salida

privadas, de medios predisuestos al alcance de los fines perseguidos por los administradores públicos, y también de los procedimientos a través de los cuales se desenlaza la compleja acción de los poderes públicos en ámbito administrativo». Ahora bien, que el Derecho penal no solo cuestione la observancia de los *medios* y de los *procedimientos* sino también aquellos comportamientos que, aun correctos desde el punto de vista procedimental, se distancian de los fines, no es cuestión que aquí se quiera discutir. Lo interesante, parece precisamente este (re) descubrimiento del, por decirlo de alguna manera, *Derecho penal procedimental*. El autor se refiere al procedimiento administrativo en un sentido amplio, como a un «conjunto de procedimientos decisorios —aquellos que desembocan en una resolución administrativa—, de producción de normas con efecto vinculante para terceros – disposiciones administrativas, directivas o planes reparatorios – y de prestación efectiva, que desembocan en el otorgamiento de prestaciones administrativas y sociales» (así VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., pág. 390).

⁷²⁴ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento...», cit. Véase también DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 104.

⁷²⁵ La referencia del autor, a decir la verdad, va al procedimiento administrativo. Esto, si entendido en sentido amplio, obliga a Vázquez-Portomeñe a solucionar el problema que plantea la *actio finium regundorum* entre sanción penal y administrativa, diferenciación que fundamenta sustancialmente apoyándose en criterios cuantitativos (el apoyo al texto constitucional se plantea como hipótesis teórica que el propio jurista desatiende en la práctica: como diremos en seguida, todo se reduce a que los casos más graves de nulidad y anulabilidad administrativa, podrán ser objeto de atención por parte del legislador penal).

del *cul de sac* en el que parece haber desembocado el debate: por un lado, se centra la atención sobre perturbaciones (como el pacto corrupto) cuya relevancia no se encuentra supeditada a la efectiva producción de un resultado ilícito: si el procedimiento tiene suficiente virtualidad para merecer protección, cobra relevancia su alteración en sí misma; por otro, la proyección del propio procedimiento hacia finalidades concretas no desenfoca por completo los intereses de los administrados: la procedimentalización del bien jurídico pivotaría por tanto sobre la necesidad de «reforzar los mecanismos de acción de las organizaciones administrativas como instrumentos de protección, efectividad y garantía de los bienes jurídicos individuales de los administrados», con la advertencia que «su protección no puede confundirse con la salvaguardia de aquellos»⁷²⁶.

En una perspectiva *de lege lata*, habíamos notado que la categorización del cohecho propio antecedente como un delito de peligro, desembocaba en un rechazo hacia la mayoría (o totalidad) de los supuestos sancionados penalmente por su contrariedad con el principio de lesividad. En este sentido, la referencia al procedimiento administrativo permite un cambio de óptica: «será atendiendo a la perspectiva que proporciona esa precisa referencia conceptual», argumenta Vázquez-Portomeñe, «cómo podamos y debemos responder a la pregunta de si es posible clasificar» a cada uno de los delitos en cuestión «como lesivos, de peligro concreto o de peligro abstracto», tarea que, según afirma el autor, no supone excesivas dificultades.

Ahora, recuperando la virtualidad del procedimiento administrativo, la tensión entre «proceso» y «resultado del proceso» no desaparece: basculando completamente hacia el primero, el riesgo es construir un bien jurídico demasiado formal que desempeña una escasa función crítica bajo todos los puntos de vista y cuya legítima protección se acerca a la mera preservación de la legalidad administrativa: está claro que todo contacto público/privado es susceptible de generar una perturbación del bien jurídico; si, en cambio, la atención se desplaza demasiado hacia el resultado del procedimiento, ya sabemos lo que ocurre: la tipificación penal del delito de cohecho en los actuales términos, es inexplicable.

⁷²⁶ Así VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., pág. 392.

El autor del que ahora nos ocupamos resuelve la tensión identificándola con la delimitación entre ámbito de competencia del Derecho penal y ámbito de competencia del derecho administrativo. Lo que sucede es que, así procediendo, la construcción vuelve a hacerse pivotar sobre la imparcialidad y legalidad del acto objeto del acuerdo toda vez que se sugiere limitar la intervención penal a los casos más graves (de lesión de la imparcialidad que consistirían en supuestos) de invalidez del acto administrativo, esto es, los casos en los que la ley prevé que la «expulsión de un acto del ordenamiento debe realizarse mediante el procedimiento de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho»⁷²⁷. Simplificando un poco: acto nulo, Derecho penal; en los demás casos, derecho administrativo⁷²⁸.

⁷²⁷ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento...», cit., con referencia al artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común entonces vigente. El autor, una vez aclarada la centralidad de la imparcialidad de la Administración pública (entendida como «capacidad para generar una racionalidad independiente de la jurídica»), para acotar el bien jurídico protegido por el delito de cohecho (que no por otros delitos contra la Administración pública) aconseja tener presente que, «en sede de tutela de la imparcialidad, convendría dispensar la mayor significación a las causas de nulidad de pleno derecho recogidas» en la legislación vigente en materia de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, señalando que las causas de nulidad aluden «tanto a los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, como a los de contenido imposible, que incluyen, según la mejor doctrina, los supuestos en que falta el substrato jurídico o fáctico —personal o material— que presupone el acto». Sobre la (por lo menos aparente) incompatibilidad de esta propuesta con el derecho vigente, véase telegráficamente *infra*, apartado 5.4.3.

⁷²⁸ Aunque no podamos aquí detenernos sobre esta cuestión, obsérvese que la propuesta del autor debería convenientemente medirse con los problemas que supone la relevancia penal del acto nulo de pleno derecho (como objeto del dolo específico de cohecho u objeto material de cualquier otro delito contra la Administración pública): fuera de la tautología que representaría el caso de nulidad del artículo 47.1 d) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (sobre el cual diremos brevemente *infra* en el apartado 5.4.3), en los demás supuestos de nulidad de pleno derecho, parte de la doctrina ha insistido en que, puesto que el acto nulo es *tamquam non esset*, es dudoso que, en todos los casos de nulidad, pueda hablarse de acto «realizado en el ejercicio de la función». Conviene ahora remitir a LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 258 a 259 y PAGLIARO, A. y PARODI

Por otra parte, el acento puesto en la titularidad colectiva del bien jurídico y la primacía del interés individual mediato⁷²⁹ llevan a Vázquez-Portomeñe a supeditar la intervención del legislador penal también a la efectiva lesión de bienes jurídicos individuales finales que solo se verían afectados por actos administrativos con un destinatario concreto⁷³⁰.

GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 221 a 222 quienes, por ejemplo, excluyen que pueda hablarse de cohecho penalmente relevante en el supuesto de incompetencia absoluta (que, en España, podrían subsumirse en el supuesto descrito por la letra b) del mencionado artículo 47).

⁷²⁹ El jurista insiste sobre la necesidad de entender la titularidad de los bienes jurídicos protegidos no ya referida a la Administración, sino a los administrados, en obsequio a aquella idea de Administración como servicio para los ciudadanos y subraya el carácter instrumental de la actividad administrativa de cara al desarrollo del individuo que «es un ser esencialmente social que únicamente puede proteger y hacer efectivos sus intereses en el seno de la sociedad y de sus instituciones» y, por ende, también de la Administración pública, entendida como «ente de intermediación de relaciones sociales», «instrumento fundamental con vistas a controlar la aplicación práctica de aquéllas [las relaciones sociales] y, sobre todo, a valorar su idoneidad para lograr los objetivos que deben perseguir». Todo ello le sugiere la oportunidad de referirse a la Administración pública como a una entidad «viva», dinámica, y, desde un punto de vista sociológico, entenderla como un «sistema organizado de relaciones sociales que incluye valores y procedimientos comunes, y que satisface necesidades básicas de la sociedad». El epílogo es considerar como titular del bien jurídico protegido a los administrados y no a la propia Administración, lo que supone descartar *ab origine* todas aquellas tesis que individualizan la *ratio* de las normas *de quibus* en el «no desmoronamiento» de la propia Administración (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento...», cit. En el mismo sentido, junto con la mayoría de la doctrina española, véase CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., pág. 108 con amplias referencias). Sobre esta cuestión, no obstante, se volverá *infra*, en el apartado 5.7. en el que se asumirá una postura por lo menos parcialmente diferente.

⁷³⁰ Así, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., pág. 393. No obstante, así procediendo, se termina confundiendo el titular del bien con la *ratio* de su protección y se pretende limitar la intervención penal tuitiva de la imparcialidad de la Administración pública a aquellos actos o actuaciones que tengan un destinatario concreto o individualizado y además se propone una interpretación restrictiva del tipo que, *de iure condito*, no parece del todo aceptable. Y, de hecho, la noción de «acto», en el delito de cohecho (tanto en su tipificación actual en el Código penal italiano como en el español), ni se corresponde necesariamente con la noción de «acto administrativo», ni, mucho menos, abarca solo a los «actos administrativos con destinatario individual» (lo que no quiere decir que la protección de los bienes jurídicos colectivos no tenga su raíz en intereses indi-

Empero, juntando estas dos últimas anotaciones, se terminan recuperando aquellas premisas que habían llevado a la resolución del debate en términos de peligro abstracto y despenalización: lo relevante (para el legislador penal) vuelve a ser el acto del cargo (gravemente) ilícito que lesiona intereses individuales (¿cuáles?) y que, en el delito de cohecho, solo está presente en la vertiente propia, pero, o es posterior a la consumación del delito y su efectiva realización es solo eventual (en la corrupción antecedente), o existe ya en el momento en el que empieza la conducta típica (en el cohecho subsiguiente).

Además, así procediendo, se termina descafeinando la importancia del «procedimiento» que se absorbe (por lo menos, en el ámbito penal) en la imparcialidad de su *output*: la atención, a fin de cuentas, sigue sólidamente anclada al «resultado del procedimiento», olvidando que «el sentido último de la disciplina penal de la eficacia procedimental» podría cifrarse «en la represión de aquellas conductas equiparables, por su gravedad y trascendencia, a las omisiones globales y flagrantes de trámites esenciales del procedimiento»⁷³¹. La referencia a la disciplina de los vicios del acto administrativo anula todas aquellas ventajas que la acotación del bien jurídico general en el procedimiento administrativo proporcionaba sobre el terreno de la «lesionabilidad» del mismo incluso en supuestos de cohecho impropio.

El postulado general sobre el cual el autor construye su teoría general de los delitos contra la Administración pública, es decir, la «idea de la manipulación o violación de los procedimientos de actuación administrativa» queda relegado en un plano secundario y termina convirtiéndose en innecesario toda vez que se concluye que «la imparcialidad de los procedimientos administrativos» se entiende lesionada solo en el momento de «la ejecución del ‘acto’ del funcionario público al que se dirige la dádiva»⁷³².

viduales para cuyo desarrollo sea instrumental el bien colectivo que se protege). Piénsese, por ejemplo, en el pago de un soborno a cambio de la inserción de una cláusula de unas bases reguladoras de subvenciones públicas. Sobre la problemática inherente a la reconstrucción del bien jurídico «a geometría variable» y parametrizado sobre no mejor precisados intereses individuales, ya hemos dicho *supra*, en el apartado 4.8. y diremos también *infra* en el apartado 5.4.3.

⁷³¹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El consentimiento...», cit.

⁷³² Así VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., pág. 398. Sobre el diferente enfoque que debe asistir al legislador penal, véanse las consideraciones

El resultado inevitable es que la «piedra angular» del delito de cohecho «no se halla en el hecho de mercadear» sino en la «omisión o la efectiva realización de la actividad prometida por el funcionario»⁷³³, olvidando que, *de iure condito*, es cierto justamente lo contrario: así, no queda sino considerar a la corrupción propia antecedente como delito de peligro abstracto porque solo supone un riesgo de que el procedimiento viciado concluya con la producción de actos o actuaciones viciadas y con un destinatario concreto o individualizado. Y, como hemos visto, de ahí a abogar para la despenalización de todas las demás vertientes del cohecho, el paso es más bien breve⁷³⁴. Como se ha ya ampliamente comentado, una vez dirigida la atención hacia el resultado del acuerdo (el acto ilícito), ésta parece ser la conclusión obligada.

5.4. LA IMPARCIALIDAD «PROCEDIMENTAL» COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO

A lo largo de las páginas anteriores, se han expuesto con detenimiento las críticas que ha suscitado la identificación del bien jurídico protegido por el delito de cohecho con la imparcialidad de la acción administrativa. En particular, se ha hecho hincapié en que, si se acepta

de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación...», cit. quien sustancialmente recuerda que el merecimiento de sanción penal ha de tener en cuenta no solo la gravedad del vicio del acto administrativo, sino también la conducta del sujeto activo frente a dicho vicio. Las consideraciones del autor en materia de prevaricación, *mutatis mutandis*, pueden ser trasladadas sin muchos problemas al tema que nos atañe: como veremos, en el delito de cohecho (incluso propio antecedente), no es la ilegalidad del acto lo que explica la intervención del legislador penal, sino más bien el merecimiento de sanción que se halla en el *pactum sceleris* del que el acto es objeto.

⁷³³ Así VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., pág. 398.

⁷³⁴ El salto desde el vicio del procedimiento a los efectos del procedimiento viciado termina colocando la postura de Vázquez-Portomeñe sustancialmente en línea con la de quien, calificando como delito de peligro abstracto a la corrupción propia antecedente, aboga para la despenalización de todas las demás hipótesis de cohecho (delictivo) hecho, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos...*, cit., págs. 394 y ss.

que puede considerarse parcial solo aquella situación caracterizada por la contrariedad a los deberes del cargo del acto fruto del acuerdo, difícilmente es posible llegar a una conclusión distinta de la que apunta a la desaparición del delito de cohecho de los textos legales (o, por lo menos, de gran parte de las hipótesis de cohecho hoy consideradas punibles).

Por otra parte, ha llegado el momento de poner en tela de juicio la premisa de este razonamiento, es decir, preguntarnos si el quebrantamiento del principio de imparcialidad de la acción administrativa realmente ha de identificarse con el momento en que la misma «produce» una actuación «contraria a los deberes».

5.4.1. *La imparcialidad*

No parece necesario insistir ulteriormente sobre el significado a atribuirse al término «imparcialidad». La doctrina, tanto italiana como española, se ha largamente detenido sobre el punto, proporcionando interesantes reflexiones de las que ya se ha dado (brevemente) cuenta. Por otra parte, nadie niega que exista un deber, descendiente de la propia Carta constitucional, tanto italiana como española, de sometimiento al principio de imparcialidad que rige la actuación de todos los funcionarios públicos: y puede suscribirse la afirmación de acuerdo con la cual «la imparcialidad [entendida] como momento subjetivo de respeto a los principios del buen funcionamiento de la Administración pública, y, en concreto, de la objetividad, se erige en clave del bien jurídico de todos los delitos contra la Administración pública»⁷³⁵.

La reflexión sobre la relación existente entre objetividad⁷³⁶ e imparcialidad pone de manifiesto como la segunda sea corolario de la

⁷³⁵ En estos términos, CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 99. Véase también BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 3 y 4.

⁷³⁶ Sobre el concepto de objetividad, se remite, entre otros, a CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., pág. 112, con amplias referencias bibliográficas. Por otra parte, creo necesario distanciar me aquí de la postura de este autor respecto de la relación entre objetividad e imparcialidad y, sobre todo, de la definición que propone de esta última. Entiende Castro Cuenca que la imparcialidad no es sino «el deber de fidelidad» (*Ibidem*: pág. 113). Coherente con sus premisas, afirma (*Ibidem*: pág. 114) que aquellos supuestos que tutelan exclusivamente la

primera, corolario que pasa a través de la legalidad, a su vez, concreción del principio democrático. Y, si la objetividad-racionalidad, aparece como atributo de la acción administrativa, la imparcialidad «mantiene un vínculo más directo con la condición personal» del funcionario público, de tal manera que se presenta como concepto más adecuado de la primera para describir el objeto jurídico del delito⁷³⁷. De ahí que, si es cierto que la función de la Administración pública se caracteriza finalísticamente por ir dirigida al desarrollo de intereses generales, no lo es menos que dicho desarrollo ha de verse encauzado dentro de los parámetros (o procedimientos que se rigen en la idea) de la objetividad que deriva del propio principio de legalidad⁷³⁸.

Ahora bien, la referencia a la Constitución no debe hacer perder de vista que, cuando hablamos de Estatuto penal de la Administración pública, no nos estamos refiriendo tan solo al poder ejecutivo: la idea

imparcialidad deben ser despenalizados y podrán ser objetos de sanción administrativa. Según el jurista, en el delito de cohecho (por lo menos, antecedente, tanto propio como impropio) el bien jurídico protegido sería la objetividad, entendida como, «por una parte, una constatación del supuesto ajeno a toda consideración personal; por la otra, la ponderación de intereses de conformidad con lo establecido por una voluntad distinta del sujeto que actúa». El concepto de objetividad así entendido, se acerca (aunque quizás no se corresponda exactamente) con el de imparcialidad procedimental que aquí se defiende.

⁷³⁷ CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 99. En sentido contrario, CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos...*, cit., págs. 194 a 195 según el cual los principios que se integran en la definición del bien jurídico tutelado son el de eficacia y de objetividad «y no el de imparcialidad que no es un principio expreso en nuestra Carta Magna, sino un aspecto concreto del principio de objetividad». Aquí y al contrario de lo que defiende este autor, se sostiene que el bien jurídico lesionado es un determinado aspecto o vertiente del principio de imparcialidad.

⁷³⁸ Véase, una vez más, CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 110. En términos parecidos, CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 30 a 31 aunque con significativas diferencias respecto de la postura que aquí se defiende. Véase también BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 4. Como se ha observado, «el criterio de objetividad rige como criterio rector del comportamiento de la Administración, hasta el punto que si decae, el Estado y su aparato administrativo dejarán de ser democráticos. La corrupción hace que los sectores económicos sean los que impongan los reales programas políticos aunque no se publiciten» (así OLAIZOLA NOGALES, I.: «Medidas de regeneración democrática». La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España», en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 2015, n. 63, pág. 342).

de imparcialidad por lo tanto, debe configurarse teniendo siempre presente que la misma abarca a la actividad tanto legislativa como del poder judicial⁷³⁹ y que incluso cuando va referida a la Administración, vincula a un número de sujetos ciertamente más amplios que los que interesan al derecho administrativo como «funcionarios» (*recitius*: «empleados públicos»). De ahí que, a la hora de configurar la imparcialidad/bien jurídico protegido por el Derecho penal, podrían resultar de cierta utilidad aquellos planteamientos filosóficos que han entendido la Justicia como imparcialidad (*fairness*), identificándola como el conjunto de «principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación»⁷⁴⁰. En este contexto, la imparcialidad (o, como se ha dicho, «la explicitación de un punto de vista de un enjuiciamiento imparcial»⁷⁴¹), aglutina ideas como «igualdad, independencia, desconocimiento de la propia posición en una sociedad futura» [aquí diríamos quizás mejor, «abstracción de los intereses individuales»], se eleva a condición que garantiza la racionalidad de las elecciones y el hecho de que las mismas se adoptan en el interés general⁷⁴².

⁷³⁹ Volveremos sobre la cuestión *infra* en el apartado 5.5.5.

⁷⁴⁰ Así RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, edición electrónica, 2012, pág. 23.

⁷⁴¹ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 122.

⁷⁴² *Ibidem*. A quienes perciban que, a fin de cuentas, planteamientos excesivamente teóricos-filosóficos funcionan bien solo en mundos alejados de la realidad, puede recordarse que el concepto de «imparcialidad» es utilizado de forma, sin dudas, «práctica». Como ejemplo, se señala la medición de la «calidad del Gobierno» en los Estados miembros de la Unión Europea realizada por *The quality of Government Institute* (Universidad de Göteborg - <https://www.gu.se/en/quality-government>) que construye su índice alrededor de tres parámetros: la «calidad», la «corrupción» (naturalmente en negativo) y (significativamente) la «imparcialidad». Como anotación final a nuestro análisis (más conceptual), podría resultar quizás sugerente apuntar ahora que, de acuerdo con la encuesta realizada por el Instituto (Véase CHARRON, N.; LAPUENTE, V. y BAUHR, M.: «*Sub-national Quality of Government in EU Member States: presenting the 2021 European quality of Government Index and its relationship with COVID-19 indicators*», al que se puede acceder libremente en la web del Instituto) la imparcialidad se identifica esencialmente con: el «otorgamiento de ventajas a ciertas personas» (en negativo); el hecho de que los ciudadanos «son tratados de forma equitativa (*equally*)»

5.4.2. *El proceso de toma de decisiones*

Dicho ello, si es cierto que «la Constitución objetiviza criterios de actuación como la imparcialidad o eficacia», no debe pasar desapercibido que la objetividad puede referirse tanto al procedimiento de adopción de las decisiones, como a las decisiones mismas (resultados de dicho procedimiento)⁷⁴³. Ahora bien, la doctrina que se ha ocupado recientemente del delito de cohecho, más o menos explícitamente, se ha centrado en el segundo término, colocando el primero en un segundo plano⁷⁴⁴: la parcialidad penalmente relevante sería, en suma,

por la administración; que las elecciones se lleven a cabo «de forma libre e imparcial» (*freely and fairly*).

⁷⁴³ CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 111. En este sentido, parece deberse leer aquella propuesta doctrinal que dividía los delitos contra la Administración pública en dos grupos: del primero, harían parte todos aquellos delitos dirigidos «a reprimir todo comportamiento que tiende a insertar (de forma indebida o arbitraria) al interior de la Administración pública intereses de naturaleza particular o, de todas formas, ajenos a los fines de público interés de la Administración misma; y ello tanto porque la debida neutralidad de la Administración sea alterada a través de una relación ilícita entre *extraneo* e *intraneo*, como cuando el *intraneo* se haga portador de propios y particulares intereses violando ‘desde dentro’ y autónomamente su mencionada posición de extraneidad». En el segundo grupo, en cambio, podrían colocarse «aquellos tipos que reprimen las conductas de los administradores públicos que tengan el fin de causar, por vía de actos ilegítimos o arbitrarios, un daño, una ventaja o un provecho a un tercero, o bien al actor» (así TAGLIARINI, F. *Il concetto...*, cit., pág. 168. Este texto es citado también por VALEIJE ÁLVAREZ, I.: Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Estudios penales y criminológicos*, 1994-1995, n. 18, págs. 361 a 362 que se dice de acuerdo con el autor). Quizás apartándonos un poco de la (muy sugerente) postura de estos dos autores, podríamos considerar que el primer grupo (en el cual se encuentra el cohecho) se caracteriza por el menoscabo de un interés protegido cuyo sustrato no se sustancia en bienes «tangibles» referibles a un individuo concreto. Al contrario, es en el segundo grupo, en donde se apunta claramente a los efectos (si se quiere, materiales y, algunas veces, reconducibles a individuos concretos) producidos por los actos ilegítimos objeto del dolo específico de corrupción propia. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

⁷⁴⁴ Como significativa excepción, véase MEDINA ARNAÍZ, T.: «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», en *Diario La Ley*, n. 7382, 2010 (versión electrónica), donde la autora define corrupción (aparte que como abuso de poder), como «incorrección en el proceso de toma de decisiones a cambio de incentivo o de ventaja indebida». De esta definición debe

solo aquella que, de alguna manera, se refleja en la decisión tomada⁷⁴⁵.

Parece haber pasado desapercibida la advertencia de Giuliano Vassalli que observaba que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho tiene que postularse como distinto respecto del lesionado por la realización del acto contrario a los deberes objeto del dolo en

subrayarse la referencia no ya a la «decisión» en sí, sino al «proceso» que lleva a la toma de decisión.

⁷⁴⁵ Así, por ejemplo, Rodríguez Puerta observa que «una de las formas más graves de interferir en el desempeño imparcial de la actividad pública viene representada por aquellas situaciones en las que el funcionario lleva a cabo un acto propio de su cargo a cambio de una retribución» (así RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El Delito...*, cit., pág. 79). Pero, en lugar que profundizar en el análisis de la «interferencia» que la compraventa de un acto supone para el desempeño imparcial de la actividad pública, la autora pasa directamente a mencionar «otras formas» de atentar contra el bien jurídico «imparcialidad» como «conductas encaminadas a obtener una resolución o decisión administrativa, no a través de la entrega o promesa de una ventaja o beneficio, sino haciendo uso de otros medios (la amistad, el parentesco o la pertenencia a una misma formación política)». Por otra parte, la misma Rodríguez Puerta reconoce que la agresión al bien jurídico protegido se produce cuando funcionario y particular alcanzan un acuerdo (*Ibidem*: pág. 108), pero, en seguida, matiza que el objeto de dicho acuerdo tiene que ser un acto parcial. Y ahí, en mi opinión, se halla la contradicción: si lo que otorga desvalor es la parcialidad del acto, no se ve cómo pueda desplazarse luego la lesividad del delito al momento del acuerdo. La misma observación puede formularse, *mutatis mutandis*, también a CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., loc. cit., quien indica que, para que de corrupción pueda hablarse, deben concurrir ambos elementos: parcialidad en el proceso decisional y de su objeto. Empero la primera se degrada a «elemento subjetivo o interno, que afecta directamente la formación de la voluntad de la administración y que está constituido por la motivación del sujeto a realizar el acto corrupto»; el «abuso del cargo», por su parte, se sustanciaría o bien en proferir «un acto administrativo ilegal, omitiendo proferirlo o realizando cualquier otra actuación administrativa». Dicha reconstrucción parece adolecer de los mismos problemas que surgen toda vez que se pretende cifrar el desvalor de la corrupción alrededor de la ilegalidad del acto: la incapacidad de explicar la regulación vigente (y, por lo tanto, de aprehender el bien jurídico que el legislador, *hic et nunc*, ha puesto en el punto de mira). Y, en efecto, el autor debe concluir que «para lesionar el bien jurídico de la Administración pública es necesario que exista una actuación administrativa (acto administrativo, operación administrativa, vía de hecho u omisión administrativo); por ello, si esta no se realiza, existirá solamente un delito de peligro» (*Ibidem*: pág. 108). Sobre las consecuencias que conlleva asumir este planteamiento (la despenalización del cohecho) ya se ha dicho abundantemente.

la corrupción propia⁷⁴⁶. Y ello ha ocurrido porque, entre otras cosas, se ha infravalorado el dato literal que ofrece la normativa vigente que califica al acto objeto del acuerdo no con la disyuntiva parcial/imparcial sino conforme/contrario a los deberes. Y, si la conformidad/contrariedad del acto a los deberes ha de entenderse como conformidad o disconformidad con los fines que la Constitución encomienda a la acción administrativa (como se verá, filtrados por la legalidad), la objetividad y la imparcialidad son, en cambio, «un modo de cumplimiento de la función constitucional asignada a la Administración Pública»⁷⁴⁷.

Y, en efecto, que parcialidad, por un lado, y contrariedad con los deberes, por otro, no sean lo mismo, parece evidente.

Si asumimos que, *de iure condito*, tanto en Italia como en España, la corrupción propia se caracteriza por la ilegalidad del acto objeto/causa del acuerdo, parece claro que no todo acto generado por un procedimiento de decisión parcial ha de clasificarse como ilegal: puede pensarse en el caso del funcionario público «A» que recibe dinero del señor «B» para programar la fecha de publicación de un acto administrativo (por ejemplo, una convocatoria de subvenciones en la que «B» tiene interés). A cambio del beneficio obtenido, «A» se compromete a fijar la publicación en la fecha pactada (discurriendo el plazo de presentación de solicitudes a partir del día siguiente a la publicación del acto administrativo en el Boletín Oficial). Ahora, supongamos que «B», realizada la oportuna solicitud de subvención y, cumpliendo todos los requisitos, resulta finalmente beneficiario de un importe que, de haber sido la fecha de publicación anterior, no habría logrado obtener (porque, por ejemplo, no habría podido acreditar a tiempo el cumplimiento de un requisito)⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Véase *supra*, apartado 3.3.

⁷⁴⁷ Así, literalmente MORELL OCAÑA, L.: «La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 111, 2001, pág. 347.

⁷⁴⁸ O, si se prefiere, considérese el caso del funcionario público A que, tras la recepción de un soborno, se compromete a conceder una subvención a la ONG B en el marco de una convocatoria pública de concurrencia competitiva que se resolverá en breve (pacto anterior a la reunión de la Comisión de valoración). Y piénsese ahora que, a la hora de valorar las solicitudes, efectivamente se compruebe que la de B merecía resultar beneficiaria de la subvención de acuerdo con la aplicación

Pues bien, parece difícil tachar a las decisiones (fecha de publicación y resolución de la convocatoria) de contrarias a los deberes de «A» (por lo menos, por lo que concierne a la valoración encomendada al Juez del orden penal⁷⁴⁹). Por otra parte, tampoco parece poderse argumentar que ha habido «imparcialidad» en el procedimiento subyacente⁷⁵⁰. Parece francamente difícil negar que, en el ejemplo *de quo*, existen intereses privados que interfieren con los criterios de actuación institucionalizados y son responsables de la decisión tomada⁷⁵¹,

de los criterios objetivos de valoración incluidos en las bases reguladoras. Sobre el hecho de que, en este supuesto, para la clasificación del cohecho como propio o impropio, habrá que atenerse a una evaluación objetiva del acto del cargo que permite discernir si efectivamente se trata o no de acto contrario o conforme a los deberes, véase PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 233.

⁷⁴⁹ Véase, entre muchos, COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 158 quien recuerda que «al Derecho penal no le interesa la suerte y ventura del acto administrativo en el ámbito que le es propio». Sobre la diferente perspectiva en la que se sitúa el derecho administrativo, se dirá *infra* en el apartado 5.4.3.

⁷⁵⁰ Sustancialmente de la misma idea MIRRI, M.B.: «Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, pág. 441; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 232; PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 231 y 232; RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 182 quien pone el ejemplo del juez «que en virtud del dinero que el acusado le ofrece dicta la misma sentencia absolutoria que debía pronunciar», argumentando que, en ese supuesto, el juez «adopta una decisión correcta, pero lo hace por el procedimiento equivocado». Sin embargo, *contra* DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 127, según el cual «aunque no todo lo que es ilegal es parcial, sí es ilegal todo lo que es parcial».

⁷⁵¹ Véase CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 110. Conviene decir claramente que, si se comparte esta afirmación, deberán desecharse aquellas reconstrucciones que han visto en la corrupción impropia una forma de instaurar una relación entre público y privado que sienta las bases para futuros actos de corrupción propia. Según la idea que aquí se defiende y como se verá más adelante, la corrupción impropia no constituye una simple puesta en peligro para la (futura) imparcialidad de la actuación de la Administración, sino que representa ya una lesión de la misma entendida como prohibición de interferencias externas en el proceso de toma de decisión del funcionario público. Así las cosas, debe compartirse, por ejemplo, la postura de Tagliarini, en la parte en que señala que ambas formas de corrupción (la propia y la impropia) sancionan la instauración de un nexo no permitido legalmente entre lo público y lo privado, mientras que (la misma postura) debe rechazarse en la medida en que subordina el merecimiento de sanción de este nexo a la ejecución de futuras actividades. De acuerdo con cuanto afirmábamos en materia de bienes jurídicos institucionalizados, creo conveniente entender que evitar que se decida de forma ilegal puede

sin que el supuesto pueda, por eso solo, rubricarse como corrupción propia⁷⁵². Y si, como sugiere la Real Academia de la Lengua Española, «imparcialidad» es la «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud» ¿cómo no ver que, en este caso, sí ha existido un designio anticipado y que no se ha procedido con rectitud⁷⁵³?

ser *ratio* de tutela de todas y cada una de los delitos de cohecho. Pero, como es bien sabido, la *ratio* es instrumento útil para discernir el bien jurídico protegido, pero no coincide con él so pena de quitar utilidad a una u otra categoría. Así las cosas, considero más plausible defender que el bien jurídico protegido, si así se prefiere formularlo, se identifica con la «ausencia de un nexo no permitido entre lo público o lo privado», nexo que, de forma quizás atécnica, hemos llamado «influencia» y que hemos caracterizado por materializarse a lo largo de un proceso de decisión (*rectius*: proceso de ponderación de intereses que subyace a toda decisión de la Administración pública).

⁷⁵² Como se ha acertadamente observado, si bien es cierto que el «acto del cargo» que interesa al Código penal no coincide con el acto administrativo y abarca no solo al acto formalmente emanado, sino también al «actuar» del funcionario público que se orienta hacia su adopción, no lo es menos que, para calificar al «acto» de «contrario a los deberes», no es suficiente constatar su contradicción con los genéricos deberes de fidelidad, obediencia, secreto y (sobre todo) imparcialidad, sino que, por así decirlo, para que haya corrupción propia, es preciso constatar el quebrantamiento de un «doble deber: el de imparcialidad, quebrantado toda vez que el funcionario público actúe para la persecución de una utilidad privada y no de un interés público (característica común a los delitos contra la Administración pública) y el específico deber que impone conformar los actos y las actuaciones a las normas de ley» (así, literalmente PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 311). La solución contraria, se advierte, implica *de facto* una sustancial abrogación interpretativa de la corrupción impropia (sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 25 a 26; CUDIA, C.: «L'atto...», cit., *passim* pero, sobre todo, pág. 685; PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3389 quien habla de una «omnívora tendencia aplicativa del artículo 319 del Código penal» italiano; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 245 a 246; en sentido contrario parece OLAIZOLA NOGALES, I.: «La regulación...», cit., pág. 744). Tampoco convence la afirmación de acuerdo con la cual, en la corrupción propia, el acto del cargo debe considerarse contrario a los deberes toda vez que el mismo resulte «ilegítimo» (véase, por ejemplo, BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 297 a 298): de acuerdo con la propuesta que aquí se formula, como se verá en seguida, el acto objeto de pacto corrupto carece siempre de legitimidad (por ser producto de un *pactum sceleris*), con independencia de que se trate de corrupción propia o impropia.

⁷⁵³ En doctrina, se ha observado que, argumentar que la corrupción impropia no lesiona la imparcialidad de la Administración pública debido a la legalidad del acto de oficio, implica confundir legalidad con imparcialidad. De tal manera

Ni se diga que, en la corrupción impropia antecedente, sancionando el *pactum*, se sanciona el peligro de lesión del bien jurídico protegido que, en el ejemplo, finalmente no resultaría lesionado (la resolución de concesión, finalmente, se ajusta a derecho). Si, con ello, se quiere significar que el resultado del procedimiento es incluso jurídicamente impecable, se dice algo difícilmente refutable; pero, si se sostiene que el procedimiento de toma de decisión se ha desarrollado de forma conforme con los cánones de imparcialidad, no se dice cosa cierta. Y, si se acepta este punto de vista, tampoco importa que el acto objeto del acuerdo sea absolutamente el mismo que se habría adoptado sin que interviniera pacto alguno (piénsese, en el ejemplo, que, a la hora de recibir la remuneración, el funcionario «A», antes de recibir el soborno, *sua sponte*, ya estaba considerando la opción de aplazar la publicación porque le parecía que podría haber sido mejor que el plazo para presentar solicitudes discurriese lejos de festividades próximas)⁷⁵⁴: el procedimiento de formación de la voluntad, para ser legalmente imparcial, precisa prescindir de (ciertas) influencias externas⁷⁵⁵.

Lo cierto es que, así reconstruida la imparcialidad procedimental, cuesta seguir viendo razones que impongan recurrir a categorías como «peligro abstracto» o «delito acumulativo»: en particular, a quien objetara que la imparcialidad de la Administración pública solo se vería significativamente afectada por la *proliferación* de episodios de

que, mientras que ha de negarse que en el cohecho impropio resulte afectada la legalidad de la Administración pública (o su buen funcionamiento o la legal distribución de los poderes y las competencias), debe admitirse que, incluso en esta vertiente de cohecho, resulta mermado el «deber de la Administración pública de obrar en una posición de sustancial extraneidad respecto de intereses particulares (...)» y que «dicho deber es lesionado con igual gravedad toda vez que los órganos de la Administración pública entretienen relaciones o sufren influencias por parte de los *extranei*, fuera de las formas previstas por la ley» (así TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 170 a 171).

⁷⁵⁴ Como parece sugerir, en cambio, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 69. Sobre las críticas a este planteamiento, volveremos en seguida (véase *infra* la nota 759).

⁷⁵⁵ En términos parecidos, véase KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos...», cit., págs. 9 a 10 quien, sin embargo, junto con la imparcialidad y la igualdad ante la ley, también enfatiza la «eficiencia». Sobre la conveniencia de no considerar la eficacia y eficiencia de la acción administrativa como bienes jurídicos cuya protección se confía al delito de cohecho, véase *infra*, apartado 5.6.

parcialidad⁷⁵⁶, cabría oponer que el interés del administrado en que *todos y cada uno* de los procesos de toma de decisiones de los «funcionarios públicos» se desarrollen de forma imparcial parece ya de por sí merecedor de atención por parte del legislador, sin que parezca necesario supeditar la relevancia de la parcialidad a su repetición⁷⁵⁷.

Ahora bien, afirmando que, en el momento en el que el *intraneus* es destinatario de una influencia del *extraneus* idónea para alterar el procedimiento de ponderación de los intereses⁷⁵⁸, su imparcialidad resulta perjudicada, todavía no se ha dicho nada respecto del merecimiento de pena del primero. Y, en efecto, se ha objetado que, someter al control de objetividad el proceso decisorio subjetivo del funcionario, podría llevar a una absurda indagación de los motivos internos de su actuación, más propia de un modelo inquisitorial preocupado por el descubrimiento de la «verdad» sustancial, de tal manera que «los únicos casos de conflicto de interés que pueden ser susceptibles de sanción penal son aquellos que se traducen en la infracción de la objetividad en las decisiones»⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ La observación, como hemos visto, es bastante difusa. Véase, por ejemplo, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 184.

⁷⁵⁷ Sobre la cuestión inherente a la relevancia de una única actuación para la afectación a bienes jurídicos supraindividuales, véase PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.: «¿Pueden...», cit., págs. 23 a 24 y *passim*.

⁷⁵⁸ Hay que subrayar que una ponderación de intereses obrada por el funcionario de forma parcial, no conlleva necesariamente la ilegalidad del acto.

⁷⁵⁹ Véase CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 86. Parece tener la misma opinión COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 65. Véase también CARDENAL MONTRAVETA, S.: «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentarios a la STS de 7 de noviembre de 2001», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 10, 2002, pág. 306. A mi modo de ver, la crítica en objeto podría oponerse a aquellos planteamientos que, más o menos explícitamente, pretenden conectar el merecimiento de sanción con los *motivos* subyacentes a la actuación del funcionario: en este sentido, se ha dicho que, el meollo de la cuestión es discernir si el *intraneus* decide «por el soborno» (véase, por ejemplo, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 69). Y, aunque no sea directamente objeto de análisis ahora (pero los argumentos críticos, *mutatis mutandis*, son ahora válidos), puede aclararse que tampoco convence la postura de quienes han querido ver en la «motivación» del *intraneus* un criterio idóneo para diferenciar la corrupción propia de la impropia; este criterio diferenciador sí se expone a las críticas enunciadas en el texto (entre otros, véase PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 313 a 314; PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 230 quienes aclaran que la opinión que se critica «no tiene en cuenta que la mo-

Para fugar cualquier duda, conviene insistir en que, en el caso *de quo*, el legislador no remite *tout court* al proceso de formación de la voluntad del *intraneus*, sino que objetiviza la imparcialidad que tiene que guiarlo, cifrándola en la ausencia de pactos remunerativos que, de alguna manera, «exterioricen» la existencia de influencias externas⁷⁶⁰. En otras palabras, para efecto de configuración del delito de cohecho, es irrelevante la decisión del funcionario público de actuar de forma ilegal o incluso delictiva en el ejercicio de sus funciones en aras (por ejemplo) de complacer a un empresario particularmente influyente (o amigo) sin que haya mediado contacto alguno (ni siquiera mediato) entre el *interaneus* y el *extraneus*. Los procesos eminentemente psicológicos que empujan al funcionario a actuar son aquí insuficientes para fundamentar el merecimiento de sanción penal si no tienen un reflejo externo. Pero, *de iure condito*, la alternativa no es centrarse en la realización del acto pactado como materialización de la injerencia indebida; aquí la influencia se materializa en el acuerdo entre dos sujetos, acuerdo que incide en el proceso de formación de la voluntad del funcionario público y que tiene como término necesario una actuación funcional⁷⁶¹: como se ha observado, «si el ejercicio del poder

tivación, hasta que permanece como momento interno a la esfera psíquica del» *intraneus*, «no puede por sí sola convertir un acto conforme a los deberes del oficio en acto contrario a los deberes del oficio»). *Ad abundantiam*, reténgase que tampoco convence el intento de concretar la diferencia entre corrupción propia e impropia en la diferencia/igualdad del acto dictado como consecuencia del soborno respecto del que se habría realizado sin el mismo: se dice, en suma, que, si el *pactum sceleris* ha implicado un cambio en la elección del *intraneus*, se trata de corrupción propia, mientras que, si el acto dictado como consecuencia del pacto es el mismo que se habría dictado sin el pacto mismo, deberíamos hablar de corrupción impropia. Pues bien, así procediendo, no podría explicarse el supuesto en el que el *intraneus*, antes de pactar el soborno, ya estuviera decidido a realizar un acto contrario a sus deberes o, viceversa, en el que el *extraneus*, por medio de la dádiva, haga sí cambiar de idea al funcionario, pero convenciéndole a actuar de conformidad con sus deberes (véase PAGLIARO A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 231).

⁷⁶⁰ Sustancialmente en esta línea también BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 385 a 386.

⁷⁶¹ Véase, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 386 quien recuerda que, mediante la tipificación penal de la corrupción que tiene su epicentro en el *pactum sceleris*, «no se castiga (...) al funcionario venal de por sí, al funcionario que recibe dinero para su propia utilidad, al funcionario con un ‘temperamento clientelar’, sino

de decisión estatal se vincula al otorgamiento de ventajas, la falta de independencia frente a los intereses particulares (...) resulta patente y, por tanto, evidente el merecimiento de pena»⁷⁶².

un hecho, el acuerdo criminoso entre aquel funcionario y el particular». No muy diversa parece la propuesta de SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Cohecho», cit., pág. 382 que además tiene el mérito de ser extensible (*mutatis mutandis*) a otras formas de corrupción también relevantes para el Código penal tanto italiano como español (*in primis*, corrupción en el sector privado). La doctrina prácticamente unánime señala que «la abstracta y genérica predisposición del funcionario público a favorecer al particular» no es aquí relevante, ya que no integra el supuesto típico de cohecho (así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 167 quien se ocupa, sin embargo, tan solo del cohecho propio antecedente). Reténgase que la observación no pierde ni un ápice de virtualidad en el cohecho de facilitación: aquí también, como veremos, resulta necesario un pacto aunque uno de sus términos (el acto del cargo) desaparezca o resulte desdibujado.

⁷⁶² Así literalmente KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos...», cit., pág. 10 quien, no obstante, ve en la corrupción impropia un delito de peligro abstracto. Afirma el jurista que «debe formar parte de las condiciones elementales de la Administración Pública el hecho de que en sus fundamentos de decisión no pueden encontrar cabida ventajas no fundamentadas objetivamente, *con absoluta independencia de si estas ventajas influyen o no finalmente en la decisión*. En este sentido», sigue el autor, «resulta acertado que los delitos de aceptación de ventaja y otorgamiento de ventaja constituyen delitos de peligro abstracto» (las cursivas son mías). Razonando en términos de peligro abstracto, el autor parece situar la clave de bóveda de la reconstrucción del bien jurídico en la influencia del soborno sobre la decisión que, según Kindhäuser, en el caso de cohecho impropio, solo podría presumirse (*rectius*: el cohecho impropio solo podría generar una situación de inseguridad de cara a la falta de influencias privadas en las decisiones públicas). A mi modo de ver, la propuesta debería ser convenientemente matizada. En primer lugar, por mucho que la preocupante tendencia legislativa parezca apuntar inexorablemente hacia otros lares, *de iure condito*, rotular al cohecho como «delito de aceptación de ventaja» implica desenfocar un aspecto central de su penalización: el *intraheus* no es corrupto cuando recibe dinero *tout court*, sino solo cuando lo hace *a cambio de la realización de un acto del cargo* o, en el cohecho de facilitación, de la puesta a disposición de la función (aunque sobre la practicabilidad esta opción ya *de iure condito*, volveremos *infra* en el apartado 5.5.4.). Haciendo hincapié en el nexo entre beneficio y ejercicio del cargo, el legislador objetiviza la necesaria interferencia que el *pactum sceleris* supone para el proceso de toma de decisión, aclarando que, para que haya un cohecho (antecedente) punible, dicha relación no es *posible*, sino *necesaria*. En segundo lugar, cuando Kindhäuser se refiere a la *posible* influencia de las ventajas «en la decisión», de dos una: o bien el autor entiende que, cuando la influencia no se produce, la decisión final resulta conforme a los deberes del cargo; o bien entendemos que, según Kindhäuser, incluso una decisión conforme con los deberes del cargo puede

Esta última observación también podría quedar expuesta a aquellos planteamientos críticos que observan que el caso del cohecho no es el único en el cual lo que se pretende es vetar las influencias privadas en la toma de decisión del funcionario público, de tal manera que el objeto de tutela así configurado, no sería específico de esta figura⁷⁶³. Empero, así razonando, *ictu oculi*, parece asumirse como necesario postular la protección de un bien jurídico diferente por parte de cada uno de los delitos previstos en la parte especial del Código penal. A ello, la doctrina más autorizada ha contestado con especial contundencia, subrayando que, en el caso *de quo*, «no se trata de establecer un bien jurídico distinto del genéricamente protegido en este Título (...) sino de precisar qué aspecto concreto del mismo resulta afectado por los delitos» de cohecho⁷⁶⁴. Esta consideración hace *pendant* con la concepción (bien arraigada en doctrina) del ilícito penal como ilícito «de modalidad de lesión» y no «de lesión»: a diferencia de «lo que puede decirse (tendencialmente) del ilícito civil y, dentro de ciertos límites, del administrativo entendido en sentido estricto y tradicional (...) el ordenamiento penal no pena *tout court* la lesión de un interés

haber sido influenciada (y que la influencia no es algo que la convierte en ilegal).



Ahora, si fuera cierta la primera opción, basta recordar lo que ya hemos dicho que sucede cuando se cifra la lesividad del cohecho en el peligro abstracto de que se dicte un acto contrario a los deberes del sujeto público; en cambio, si (como parece) es verdadera la segunda y el autor, cunado habla de «decisión» se refiere al «proceso de toma de decisión», entonces debería retenerse que la *influencia* (*rectius*: interferencia) no es un peligro (abstracto) sino algo que tiene necesariamente que producirse para que el delito se consume. Para una muestra de las críticas que se han dirigido a la tesis de Kindhäuser y que han tomado como diana su reconstrucción de los delitos de peligro abstracto que pivota sobre la idea de «inseguridad» (véase KINDHÄUSER, U.: «Estructura...», cit.), se remite a RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 167. Sobre este particular, no parece necesario aquí pronunciarnos, puesto que, como veremos en seguida (y, concretamente, *infra*, apartados 5.4.4. y 5.4.5.), los pilares sobre los que construimos aquí el merecimiento de tutela del bien jurídico «imparcialidad procedimental», se descubren y cobran virtualidad siguiendo caminos que poco o nada tienen que ver con la «inseguridad» del autor alemán.

⁷⁶³ Formula esta objeción de forma casi específicamente referida a la reconstrucción del bien jurídico protegido por el delito de cohecho en términos de imparcialidad, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 167.

⁷⁶⁴ Véase CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 100 con referencia al delito de tráfico de influencias. Sobre este punto, véase también CARDENAL MONTRAVETA, S.: «Concepto...», cit., pág. 303.

protegido, sino la lesión de un interés protegido considerado en un aspecto⁷⁶⁵ particular⁷⁶⁶, si y en tanto en cuanto haya sido realizada en un modo determinado»⁷⁶⁷: la protección penal del patrimonio no implica la criminalización de todo daño patrimonial causado a otros, sino que se limita a algunos determinados casos de daños patrimoniales que se caracterizan por ser realizados con determinadas modalidades, especificadas en cada una de las hipótesis de delito contra el patrimonio⁷⁶⁸. Asimismo, reiterando que interesan solo mínimamente las discusiones alrededor de la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos contra la Administración pública, conviene aclarar que, aunque se quisiera identificar dicho bien con la imparcialidad de la Administración pública, el delito de cohecho se caracterizaría por *procedimentalizar* tanto al bien jurídico como a la modalidad de ataque al mismo: el primero debería identificarse, en concreto, con la imparcialidad en el proceso de toma de decisión del funcionario; la segunda se sustanciaría en la conclusión de un acuerdo remuneratorio en virtud del cual un *extraneus* retribuye el acto (no se olvide, futuro y eventual) resultado del proceso de decisión⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ Literalmente «*sfaccettatura*».

⁷⁶⁶ Cursiva fuera del texto original.

⁷⁶⁷ Así MARINI, G.: *Lineamenti...*, cit., pág. 238. En materia de delito de cohecho, en términos parecidos, véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., págs. 78 a 79. Véase también SOTO NAVARRO, S.: «Concreción...», cit., pág. 908 que se apoya en Welzel y Rudolphi.

⁷⁶⁸ *Ibidem*. Sobre esta cuestión, véase también, GALLO, M.: voz «Dolo (Diritto penale)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 1964, pág. 788 donde se observa que «en la hipótesis de homicidio está claro que la norma incriminatoria no tutela *sic et simpliciter* el interés a la vida, sino el interés a que esta última no sea destruada a través de conductas de un cierto tipo. Y tanto es así que, si la causación de la muerte de un hombre acontece por caso fortuito, el interés a la vida no es absolutamente objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico, por lo menos, penal». Ello, bien entendido, sin perjuicio de que, una cosa es el bien jurídico protegido, otra bien distinta es el objeto de tutela de la norma (sobre el punto, véanse las aclaraciones de ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 37). Para ulteriores ejemplos, véase también ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., págs. 144 a 145.

⁷⁶⁹ Y, en efecto, no es suficiente decir que el ordenamiento jurídico pretende proteger la imparcialidad en el procedimiento de toma de decisión del funcionario público, sino que es necesario precisar frente a qué tipo de ataques se persigue la preservación de este interés. Hay que recordar que, como se sostiene comúnmente, el Derecho penal no solo protege bienes jurídicos de particular relevancia,

Concluyendo, frente a los resultados insatisfactorios alcanzados por aquellos planteamientos que han desembocado en la necesaria despenalización del delito de cohecho (en todo o en parte), se propone aquí cifrar la lesión del bien jurídico en la alteración del proceso de toma de decisión del funcionario público que, inclinándose hacia exigencias «particulares»⁷⁷⁰, procede alejándose de aquella imparcialidad que, tanto la Constitución italiana como la española, quieren subyacente a toda actuación administrativa. Y reténgase que lo anterior no implica conferir relevancia penal a toda alteración del proceso de toma de decisión sino solo a aquella que reúne determinadas características que la convierten en especialmente significativa de cara a la capacidad de la Administración de garantizar una vida en común: en nuestro caso, un soborno que implica remuneración de un acto o del ejercicio de la función pública.

sino que ha de limitarse a sancionar los ataques *más graves* hacia los mismos. Ahora bien, en el delito de cohecho, no es suficiente cualquier influencia privada en el proceso de decisión, sino que la misma ha de sustanciarse en la recepción/aceptación, por parte del *intraneus*, de una dádiva, presente, promesa u ofrecimiento de los mismos. La lesión del bien jurídico se produce en el momento de la conclusión del acuerdo remuneratorio precisamente porque el contrato ilícito *certifica* la interferencia. Como se ha observado, en efecto, el legislador parece compartir la opinión con apoyo en la cual «ningún medio se presenta más eficaz para doblegar la posición imparcial característica de la actuación administrativa que la obtención directa de un beneficio» (así RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El Delito...*, cit., pág. 79). Sobre este punto, véase también ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., pág. 159 quien observa que el buen funcionamiento [lit. *andamento*] y la imparcialidad son protegidos «mediante la prohibición de acuerdos basados en un intercambio de ventajas extra y actos del oficio o servicio o mejor sobre dinero u otras utilidades *en relación* con actos todavía a realizarse o ya realizados». Acatar esta consideración, por otra parte, significa desplazar la *querelle* relativa a la posible diferenciación entre corrupción activa y pasiva desde el *bien jurídico* a la *modalidad de ataque penalmente relevante del bien jurídico*. En otras palabras, la pregunta correcta debe ser la siguiente: ¿puede el ataque al bien jurídico ser perpetrado por el solo funcionario público o precisa de una actuación conjunta del particular? En caso de respuesta afirmativa, deberá desecharse la postura sostenida por parte de la doctrina (en verdad aislada) con apoyo en la cual la actuación del particular tan solo pone en peligro el bien jurídico «imparcialidad» (se recordará, en estos términos, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 107): el bien jurídico, en otras palabras, deberá asumirse lesionado solo por la actuación conjunta de *intraneus* y *extraneus*.

⁷⁷⁰ Entre las cuales, no debe olvidarse la suya propia que se sustancia en obtener una ganancia.

5.4.3. *El procedimiento de toma de decisión como algo distinto al procedimiento administrativo*

Hemos empezado la elaboración de la propuesta de acotación del bien jurídico protegido por el delito de cohecho con una referencia al procedimiento de toma de decisiones. Conviene ahora aclarar que «procedimiento de toma de decisiones» no equivale a «procedimiento administrativo» por muy ampliamente declinado que se quiera este segundo término.

Y, en efecto, el concepto penal de funcionario público (y, por ende, de Administración pública) no coincide con el de empleado público hecho propio por el derecho administrativo ni entiende de teorías de separación de poderes: es pacífico que sujetos activos del delito de cohecho pasivo pueden ser también jueces, fiscales y parlamentarios, amén de Altos cargos de la Administración y personas no ligadas a la misma por una relación funcionarial ni laboral: comprimir el espectro de relevancia del delito a los supuestos en los que su perpetración supone una perturbación del procedimiento administrativo, parece incompatible no solo con la *litera legis* sino con la propia idea de Administración pública cuya tutela se demanda (no solo *de iure condito* sino también *de iure condendo*) al legislador penal. Reténgase además que está fuera de dudas que el acto del cargo objeto del dolo del tipo penal no se agota en el concepto de «acto administrativo»⁷⁷¹.

En segundo lugar, como hemos visto, la vista fijada en el procedimiento administrativo termina desplazando la atención hacia los vicios del acto administrativo resultado del mismo (lo que hace *pendant* con aquellas reconstrucciones del bien jurídico protegido que insisten sobre la contrariedad del acto a los deberes del cargo como elemento que agota el desvalor de resultado). Y ello, *mutatis mutandis*, nos devuelve a problemas de los que ya nos hemos ocupado y de los que

⁷⁷¹ Sobre la cuestión, *ex pluribus*, se remite a COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 157 y ss.; CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 689 a 690 quien con razón aclara que el acto del cargo incluye no solo las resoluciones [lit. *provvedimenti*] y los «actos endoprocedimentales (instrumentales a la emanación de la resolución [lit. *provvedimento*], sino también los actos normativos, los actos a elevado contenido político, los actos de derecho privado y todos los comportamientos materiales que resulten de cualquier manera conectables con la función administrativa».

precisamos ahora liberarnos si el objetivo es una reconstrucción plausible (por lo menos, *de iure condito*⁷⁷²) del bien jurídico protegido por el delito de cohecho.

De lege lata, lo hemos dicho, identificar la perturbación del bien jurídico con la realización del acto contrario a los deberes del cargo resulta insatisfactorio y, además, se coloca a las antípodas de (y no puede explicar) la reciente tendencia legislativa: las reformas tanto del Código penal italiano como del español han ido situando el núcleo del injusto de la hipótesis base de cohecho (artículo 318 del Código penal italiano y 420 del Código penal español) en el pacto remuneratorio y la tipificación del cohecho de facilitación ha desenfocado casi por completo el objeto del mismo, colocando en un segundo plano la diferencia entre actos conformes o contrario a los deberes del cargo⁷⁷³.

⁷⁷² Pero también *de iure condendo* como demuestra la propuesta elaborada por BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 380 y ss. que, aunque no se comparta en cuanto al resultado que plantea, no deja de construirse sobre la centralidad del *pactum sceleris* como epicentro lesivo del delito de cohecho, lo que, como se dirá, no solo refleja la reciente tendencia legislativa, sino que recoge la esencia de la figura *de qua*, ya en una óptica *de lege lata*.

⁷⁷³ Ya se ha insistido suficientemente sobre la cuestión. Para el caso italiano, véase BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 235 y ss. quien correctamente pone de manifiesto que el legislador va fijando la atención cada vez más en el *pactum* y cada vez menos en el *actum*. Nótese que sería apresurado concluir que se respalda sin más aquí la reciente tendencia legislativa. Y, en efecto, se reitera que el hecho de que la sanción del pacto-para-la-realización-de-un-acto se convierta en sanción de un genérico pacto remuneratorio resta de forma inequívoca aprehensibilidad al bien jurídico protegido y tiñe de moralista el compromiso sancionador sin límites del legislador-comunicador y dispensador de seguridad. Empero, ello nada resta, a su vez, al hecho de que la corrupción, en mi opinión, ni ha sido ni ha pretendido ser una prohibición (adelantada) de realizar determinados actos administrativos: para aprehender correctamente la esencia de la figura *de qua*, no puede (o, no debería) perderse de vista ninguno de los dos términos (pacto remuneratorio y acto del cargo), reteniendo además que su propia descripción atomizada (pacto, por un lado y acto del cargo, por otro) no encuentra amparo alguno en la tradición legislativa ni italiana ni española: en ambos casos, la historia de la corrupción es una historia de un pacto-para/por-realizar/haber realizado-un acto. Por último, siguiendo a Palazzo (PALAZZO, F.: «Gli effetti...», cit: pág. 22) debería retenerse que una cosa es reconocer la reciente tendencia legislativa hacia un modelo de tipificación «centrado sobre el pacto corruptivo y sobre la función»; cosa distinta es que eso sea equivalente o permita obliterar tendencias hacia un (todavía distinto) modelo «fuertemente gaseoso [lit. *rarefatto*] que pivota sobre el simple

Y, aun queriendo admitir las críticas formuladas por un amplio sector doctrinal hacia la tipificación como delito del cohecho en consideración a la función (y, dicho sea de paso, a la equiparación *quoad poenam* entre cohecho antecedente y subsiguiente), la reconstrucción del desvalor de resultado que ahora se critica (y que se apoya en la idea de que la imparcialidad de la Administración solo puede verse mermada en el momento en el que se realiza un acto contrario a los deberes del cargo) se pone en una posición problemática respecto a la *litera legis* más allá de eso. Se recordará que, una vez identificados los deberes «internos» del funcionario como aquellos que subyacen a su relación con la Administración y contrapuestos los mismos a los deberes «externos» que, en cambio, atañen a la relación Administración-administrados, la práctica totalidad de la doctrina se ha apresurado a acotar el ámbito de la relevancia penal al quebrantamiento de esos últimos, relegando la violación de los primeros al ámbito administrativo-disciplinario. Ahora, compatibilizar esta reconstrucción con el desplazamiento de la lesión del bien jurídico penalmente relevante hacia la ilicitud del acto objeto del pacto, implica (y no parece existir otra posibilidad) identificar a los deberes «externos» (penalmente relevantes) con aquellos cuyo quebrantamiento implica la propia ilicitud del acto, degradando el *pactum* a mero menoscabo de deberes «internos»⁷⁷⁴. No obstante y en sentido contrario, el legislador (italiano y español), a la hora de rubricar estos deberes (pretendidamente «externos») se refiere explícitamente a ellos como a «deberes del oficio»⁷⁷⁵ o «deberes inherentes» al cargo⁷⁷⁶ lo que parece apuntar sin

acercamiento entre privado y público y que prescinde de cualquier desvalor que pueda anclarse a la compraventa [lit. *mercimonio*] de las funciones».

⁷⁷⁴ En estos términos, véase SCHUNEMANN, B.: «Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales», en *Derecho PUCP*, 2018, n. 81, pág. 12 (de la versión electrónica). En realidad, el autor contrapone el pacto que tiene la finalidad la realización de un acto ilegal (que quebrantaría un deber «externo») y pacto «para un acto debido» (deber interno). Según Schunemann, cobrar un sobresueldo (aun prometiendo a cambio un acto debido) es infracción que debe resolverse en el terreno de la relación administración-funcionario, lo que vendría refrendado por «los numerosos ejemplos de funcionarios que están autorizados a cobrar las tasas o comisiones que les corresponden por su actividad».

⁷⁷⁵ Así el artículo 319 del Código penal italiano.

⁷⁷⁶ Así el artículo 419 del Código penal español.

ambages al marco «interno» relativo a la relación Administración-funcionario⁷⁷⁷. De ahí que, si a toda costa se quisiera mantener la disyuntiva «deberes internos»/«deberes externos», debería también tomarse nota de que la *litera legis* es suficientemente clara: la contrariedad a los deberes del cargo del acto resultado del procedimiento de toma de decisión concita la infracción de un deber «interno»⁷⁷⁸. Pero entonces deviene problemático conciliar la reconstrucción del bien jurídico que pivota sobre el acto del cargo con las premisas de las que suelen partir sus defensores que pretenden poner en el foco del Estatuto penal de la Administración pública a la Administración servidora de los intereses generales, descartando la relevancia penal de la desobediencia «administrativa».

En este mismo sentido, reténgase que es evidente que la *actio finium regundorum* entre corrupción propia y corrupción impropia no se agota en el ordenamiento penal, sino que abarca, por lo menos, al

⁷⁷⁷ Así lo reconocen incluso aquellos autores que, poniendo el acento sobre una inteligencia dinámica de la Administración orientada por el texto Constitucional y que proyecta la tutela penal hacia la dimensión externa de su actividad (léase: admiten una lesividad suficiente del delito de cohecho solo a condición de que la misma insista sobre la tutela de intereses de los administrados, excluyendo en cambio que el delito de corrupción pueda resolverse en la protección del correcto desempeño del funcionario de los deberes que le impone la Administración a la que tiene que obedecer - véase, por ejemplo COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 175). A mi modo de ver, si se dice que el epicentro de la lesividad del delito de cohecho se cifra en el acto objeto del pacto «contrario a los deberes», reconocer que la contrariedad a los deberes del cargo atañe a la dimensión «interna», implica volver a una perspectiva que ve en la tipificación del delito de cohecho un mecanismo de protección de la obediencia (llámese fidelidad, prestigio, lealtad...) del *intraneus* a las obligaciones de su principal (la Administración). Y, si se recuerda que dicha perspectiva era justamente aquella de la que se pretendía huir cuando se situaba el núcleo del injusto típico en el acto del cargo (que no en el pacto), la contradicción parece evidente. Por ello, en mi opinión, si se toma en serio el entendimiento del Estatuto penal de la Administración pública como fortaleza edificada a protección del correcto desarrollo de la relación Administración-ciudadanos (que no de la relación Administración-funcionarios) no queda sino fijar definitivamente la atención en el *pactum sceleris*.

⁷⁷⁸ Reténgase además que lo contrario colocaría la normativa vigente ante una peligrosa violación del principio de proporcionalidad (cohecho vs. prevaricación y, sobre todo, cohecho vs ilícito administrativo sin pacto remuneratorio previo). Sobre este punto, se volverá *infra*, apartado 5.5.1.1.

derecho administrativo⁷⁷⁹. Y si las (loables) razones de quienes abogan para una construcción del bien jurídico protegido por el cohecho anclada a la ilicitud del acto objeto del pacto guardan relación con el intento de restituir a la idea de bien jurídico una función crítica también en el ámbito de los delitos de infracción del deber, debe advertirse que, así procediendo, se consigue lo contrario: una vez consignada la corrupción impropia al ámbito de lo penalmente irrelevante (con el argumento esgrimido), en la práctica, afirmando que la ofensa para el bien jurídico se sustancia en la «contrariedad a los deberes» del cargo del acto objeto del pacto, se termina parametrizando la intervención penal sobre elecciones (*latu sensu*) administrativas (o, de todas formas, extrapenales), degradando sustancialmente el cohecho a ilícito meramente formal cuya finalidad es la sanción de una mera desobediencia (*rectius et peior*: de evitar el peligro de que se desobedezca).

Y tampoco parece resolutivo el intento de superar la objeción planteada condicionando la relevancia penal del cohecho propio antecedente a la lesión de un bien jurídico individual cuya titularidad pertenecería al administrado-víctima de la ilicitud del acto objeto del acuerdo⁷⁸⁰. Así procediendo, se cuenta una historia con dos posibles desenlaces y *tertium non datur*: o bien se termina penalizando todo tipo de discrepancia del acto con la normativa (administrativa) sectorial, convirtiendo en bienes jurídicos mercedores de tutela penal a to-

⁷⁷⁹ Por evidentes razones, no puede entrarse aquí en el examen de las opciones esgrimidas por la doctrina y por la jurisprudencia a la hora de acotar los «deberes del cargo» a cuya contrariedad el ordenamiento asocia la diferenciación entre cohecho propio e impropio. Baste retener que, cuando, en el texto, se hace referencia a la contrariedad al ordenamiento administrativo, se está obrando cierta simplificación: el concepto de acto del cargo no coincide con el de acto administrativo y la cuestión de la conformidad o contrariedad a los deberes del cargo entraña cierta complejidad. Se remite al completo análisis que realizan COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 175 y ss.; CUDIA, C.: «L'atto...», cit., *passim*. y, para casuística jurisprudencial, PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La corrupción...*, cit., págs. 135 a 136 (para el cohecho pasivo propio) y 137 a 138.

⁷⁸⁰ Ya sabemos que, según algunos, solo sería penalmente relevante aquel supuesto de cohecho en el que el funcionario pacta la realización de un acto administrativamente ilícito generando un peligro (otra cosa no puede suceder, ya que el acto del cargo solo aparece como futuro posible cumplimiento del pacto) para pretendidos y no mejor definidos intereses individuales (¿mercedores de tutela penal?) afectados por el acto resultado del acuerdo. Sobre esta postura ya dijimos *supra*, en los apartados 3.3.5. y 4.8.

dos los intereses tutelados por la normativa administrativa-sectorial; o bien se atribuye al intérprete/aplicador del Derecho penal la tarea de sustituirse al legislador en el cometido de seleccionar los bienes jurídicos individuales merecedores de protección. En el primer caso, lo hemos dicho, el bien jurídico pierde todo su pretendido valor crítico y se termina utilizando el Derecho penal como impulso para los fines de la acción administrativa⁷⁸¹; el segundo escenario, simplemente no parece viable (como ya hemos dicho, ni *de iure condito* ni *de iure condendo*⁷⁸²). Además, parece olvidarse que la imparcialidad de la Administración pública no se considera «necesariamente como criterio guía de los contactos de la administración con esferas individuales» ni tampoco tiene necesariamente relación con «la confrontación entre distintos sujetos» sino que, más bien, atañe a la «objetividad» e «indiferencia (‘aparcialidad’) de la administración», con independencia de que se trate de ponderar intereses individuales contrapuestos, que estén o no implicados individuos contrapuestos o incluso que el reflejo de la actividad administrativa esté proyectado sobre el exterior o que simplemente tenga efectos dentro de la Administración⁷⁸³; como ya hemos visto, una reconstrucción del bien jurídico protegido por el delito de cohecho que excluya la relevancia penal de la corrupción (que hemos llamado) *endoadministrativa*, no parece defendible ni *de iure condito* ni *de iure condendo*; y, si se supedita el reproche al peligro abstracto para no mejor precisados intereses adscribibles a individuos «en carne y huesos», junto con esa (poco plausible) exclusión, se mantienen en el espectro de relevancia penal a comportamientos que no siempre parecen tener mayor relevancia para el conjunto de la ciudadanía de los que se excluyen, con los consiguientes problemas que se plantean en términos no solo de proporcionalidad, sino también de racionalidad político-criminal del sistema⁷⁸⁴.

Resumiendo, la confusión entre perturbación penalmente relevante del procedimiento y desvalor penalmente relevante de los vicios de

781 Y se comparten las observaciones de LOSAPPIO, G.: «Corruzione...», cit., pág. 171 y de CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 702 a 703.

782 Véase *supra*, apartado 4.8.

783 En estos términos, ya BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 134.

784 Véase también cuanto ya hemos dicho, en estos mismos términos, *supra* en el apartado 4.8.

los resultados del procedimiento mismo, lleva consigo la correspondiente confusión entre deberes internos y externos del funcionario público: una vez asumido como (único) objeto de tutela la conformidad del acto objeto del acuerdo con las disposiciones «administrativas» vigentes, el pacto remuneratorio pierde relevancia y no puede aportar ya nada en términos de desvalor. Lo que queda es ya solo la contrariedad del acto a la normativa sectorial (simplificando un poco) administrativa.

Y el problema, lo hemos dicho, es el entendimiento «invertido» de la naturaleza interna/externa de los deberes quebrantados por el funcionario sobornado: en la corrupción propia, el acto objeto del acuerdo se caracteriza (exclusivamente) por su contrariedad a la normativa sectorial (normalmente de naturaleza administrativa)⁷⁸⁵ cuyo destinatario es precisamente el funcionario público. No así en la corrupción impropia (o en el cohecho de facilitación) en la que no parece quedar más remedio que fijar el desvalor en el pacto remuneratorio, ya que su objeto es conforme a los deberes del cargo.

Por ello, como veremos en seguida, la alternativa que aquí se baraja pretende reconstruir el bien jurídico protegido partiendo (que no desvirtuando) del dato literal de las normas vigentes (no solo en Italia y en España) que sugiere fijar la atención en el pacto remuneratorio. El mismo, como ya hemos adelantado, es elemento espurio que, sea lícito o ilícito su objeto, se interpone en el proceso de formación de opinión y voluntad del funcionario público. Y lo que aquí se defiende es que, mediante la tipificación del delito de cohecho, el Código penal pretende tutelar el correcto (*rectius*: imparcial) desarrollo del procedimiento de formación de opinión y voluntad del servidor público, movilizándolo la *extrema ratio* del ordenamiento precisamente para mantener bien apartado de él elementos fuertemente perturbadores.

Por último, un ulterior argumento a favor de la tesis que aquí se defiende y que refiere la imparcialidad tutelada penalmente al procedimiento de toma de decisión distinguiéndola de la ilicitud del acto

⁷⁸⁵ Como se ha acertadamente observado, «la infracción del deber del cargo no se producirá cuando se trate de un deber que corresponda a todos los ciudadanos, aunque el funcionario esté obligado a respetarlo en razón de su cargo» (así COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 175).

objeto del mismo, quizás pueda hallarse (por lo menos *prima facie*) incluso en la literalidad de la disciplina de la validez de los actos administrativos contenida en la legislación sectorial española. Y, de hecho, sin que sea posible ahora detenernos sobre una cuestión compleja en demasía, quizás no sobre apuntar que el propio ordenamiento administrativo español parece (por lo menos) dejar la puerta abierta a la expulsión (nulidad) de aquellos actos administrativos pactados en el marco de un delito de corrupción impropia: de acuerdo con el artículo 47, letra d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, son «nulos de pleno derecho» no solo los actos administrativos «constitutivos de infracción penal» sino también aquellos que se dicten «como consecuencia de ésta»⁷⁸⁶. Y, en toda franqueza, por muy contrario que parezca al principio general de conservación del acto administrativo (e incluso, si se quiere, al de eficiencia de la acción administrativa⁷⁸⁷),

⁷⁸⁶ Más explícito, si cabe, el artículo 125 de la propia Ley 39/2015 que desglosa el «objeto» y los «plazos» del «recurso extraordinario de revisión»; pues bien, dispone la norma que incluso «contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó (...) cuando (...) la resolución se hubiese dictado como consecuencia de (...) cohecho». Y si *ubi lei non distinguit, nec nos distinguere debemus*, parece difícilmente refutable que, incluso el acto administrativo objeto de un delito de cohecho impropio antecedente, puede ser objeto de recurso extraordinario de revisión.

⁷⁸⁷ Este parece ser el argumento esgrimido por parte de la doctrina administrativista para proponer la solución contraria. Véase, RODRÍGUEZ-ARANA, J. y SENDÍN, M. A.: *Derecho administrativo español, Tomo II. Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa*, Netbiblio, 2009, págs. 127 y ss. quienes, por un lado, subrayan que, en el caso de un acto reglado conforme a derecho, no parece lógico optar por la anulación del acto administrativo; por otro, argumentan que debe existir «causalidad» entre el delito y el acto administrativo y entienden la causalidad como *conditio sine qua non*. Parafraseando a los autores, si el acto administrativo se hubiese dictado de la misma manera incluso sin mediar delito (de cohecho), no debería decirse que se ha dictado como consecuencia de un hecho delictivo y, por lo tanto, no debería declararse nulo de pleno de derecho. Ahora bien, en primer lugar, el argumento no parece extensible a los actos discrecionales. Y, puesto que, como hemos visto, un acto conforme a los deberes del cargo puede ser incluso discrecional, el supuesto en el cual el mismo (conforme a los deberes) se ha adoptado solo y exclusivamente en virtud de la remuneración obtenida, sigue siendo nulo de pleno derecho. Sobre la cuestión, véase también pero en sentido contrario respecto a

parece complicado defender que el acto objeto de un *pactum sceleris* tipificado como delito por el artículo 420 del Código penal español no se dicta «como consecuencia» de una «infracción penal»⁷⁸⁸. Más

los mencionados autores, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La nulidad...», cit., págs. 246 y ss. quien, frente a un supuesto de cohecho subsiguiente (aparentemente impropio) en el que el Tribunal Supremo había afirmado que no podía decirse que el acto administrativo tuviera relación con el delito (cuya comisión, sabemos, es posterior), discrepa «radicalmente del juicio concreto de esta sentencia, que el cohecho de una corporación en bloque pueda separarse de la validez del acto administrativo que dicha corporación había emanado con anterioridad (eso suele ser lo corriente según la experiencia, me permito observar) a la entrega de los regalos en joyas a todos sus integrantes por el beneficiario de dicho acto». Leyendo entre líneas, no es difícil ver en la postura de García de Enterría un planteamiento no disímil al que se defiende en el texto. También se remite a AYMERICH CANO, C.: «Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia», en BAUZÁ MARTORELL, F. J. (DIR.): y *Derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kluwer, 2017, págs. 153 a 154 quien, en sentido también crítico, cita varias resoluciones de órganos consultivo autonómicos que esgrimen argumentos cercanos a la «eficiencia» de la acción administrativa para justificar la decisión de no anular incluso contratos suscritos entre la Administración y un tercero al que le estaba vetado contratar con la misma.

⁷⁸⁸ En mi opinión, resultaría igualmente nulo el conjunto de actos administrativos eventualmente dictados como consecuencia de un delito de cohecho de facilitación (con independencia de su conformidad o contrariedad a la normativa administrativa). No así, en cambio, el acto del cargo considerado por el artículo 421 del Código penal español (cohecho subsiguiente); salvo que el propio acto resulte constitutivo de delito, en este caso, es imposible defender que el acto es «consecuencia» de un hecho delictivo. En la doctrina administrativa, véase AYMERICH CANO, C.: «Sentencia...», cit., pág. 153, donde el autor cita literalmente un dictamen del Consejo de Estado (687/2005, de 11 de mayo, advirtiendo que su contenido es reproducido en dictámenes posteriores) que expresamente afirma que «la causa de nulidad sería aplicable (...) a una licencia de obras adjudicada por cohecho» (aunque debe reconocerse que no es posible saber si el Consejo de Estado pretendía referirse tan solo al cohecho propio). Véase también, recientemente, ARAUJO ARCE, B.: «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la doctrina del Consejo de Estado», en ORTEGA BURGOS, E. y PASTOR RUIZ, F. (DIRS.): 2021, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 51 a 53. Señala el autor que la dificultad parece cifrarse en la acotación de la «causalidad» (es decir, la pregunta sería ¿cuándo un acto administrativo es consecuencia de la infracción penal?). Obsérvese que ninguna de las formulaciones esgrimidas o citadas por el autor (que refiere la orientación del Consejo de Estado) descarta por completo la nulidad de actos dictados como consecuencia del delito de cohecho impropio antecedente: y, en efecto, aun aceptando (lo que parece, por lo menos, *praeter legem*) que, si el acto dictado como consecuencia del delito fuera

allá de la interesante problemática analizada por la doctrina y que concierne a la cuestión procesal relativa a la competencia para declarar la conformidad/contrariedad al ordenamiento jurídico del acto administrativo delictivo y para anular el acto administrativo dictado como consecuencia de un hecho delictivo⁷⁸⁹, me parece difícilmente rebatible que la literalidad del citado artículo 47 permite apuntar, por lo menos, dos sugerencias: la primera es que, a la hora trazar el límite entre cohecho propio e impropio, será irrelevante lo dispuesto por la letra d) de esta norma (y, por lo tanto, no podrá decirse que toda vez que la normativa administrativa considera al acto nulo de pleno de derecho estamos ante un supuesto de cohecho propio); en segundo lugar, si se descarta un «despiste» del legislador así como interpretaciones *praeter* o incluso *contra legem*, probablemente lo menos atrevido

el mismo que se habría dictado sin el delito, no cabría decir que el mismo ha sido dictado como consecuencia del delito y, por ende, podría excluirse su nulidad, no es difícil pensar en actos del cargo (normalmente discrecionales) que, como consecuencias del soborno, se dictan en sentido distinto del que habrían tenido sin que mediara el cohecho, pero que, aun con ello, no puedan calificarse como contrarios a derecho (y, por lo tanto, el juez penal seguiría calificando el supuesto como cohecho impropio y el acto objeto del acuerdo ilícito resultaría a la vez: de acuerdo con el Código penal, conforme a los deberes del cargo; de acuerdo con el art. 47 de la LPACAP, nulo de pleno derecho). En la jurisprudencia contenciosa, véase STS de 15 de abril de 2004 (recurso 7249/1999), Ponente Exmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto.

⁷⁸⁹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La nulidad...», cit., págs. 231 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de y Derecho Público General, Tomo XII: Actos Administrativos y sanciones administrativas*, 2ª edición, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, Boletín Oficial del Estado, 2017, págs. 200 y ss.; BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales», en BAUZÁ MARTORELL, F. J. (DIR.): *y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kluwer, 2017, págs. 100 y ss. La postura de este último autor es especialmente significativa y permite apuntar aquí que la cuestión que se plantea en el texto no parece interesar mucho: lo que llama la atención, normalmente, es la posibilidad de que «un acto sea válido en el ámbito administrativo y en cambio constituya delito en el ámbito penal». Como veremos en seguida aquí lo que planteamos es casi lo contrario: frente a una resolución dictada por un juez del orden penal quien afirme la «conformidad [*rectius*: no contrariedad] a los deberes del cargo» del acto administrativo, nos preguntamos si podremos tener una declaración de nulidad del acto administrativo mismo. Sobre el control judicial del juez penal sobre el acto administrativo en Italia, véase, brevemente BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 4 y ss. y CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 709 a 712.

resulte postular que incluso el ordenamiento administrativo reconoce en el *pactum sceleris* una alteración del procedimiento de toma de decisiones que (desde un punto de vista, sustantivo, administrativo) invalida su resultado, sin que sea necesario comprobar la conformidad o contrariedad de este último con los deberes del cargo (que, por lo tanto, tendrá relevancia en el ámbito penal pero no a la hora de decidir sobre la validez del acto mismo)⁷⁹⁰.

5.4.4. *La importancia legitimadora del proceso de toma de decisiones*

La referencia al procedimiento de toma de decisiones así formulada (y desanclada del procedimiento administrativo), podría quizás suscitar dudas basadas en cierta excesiva abstracción y formalismo: a fin de cuentas, decir que el procedimiento de toma de decisiones (públicas) dibujado por el ordenamiento jurídico en su conjunto (incluido, naturalmente, el Código penal) es bien que debe ser protegido por el Código penal no deja de parecer un razonamiento circular (una petición de principio) en virtud del cual la norma penal parece legitimarse a sí misma y tener como finalidad el mero mantenimiento del *status quo*⁷⁹¹. Parecería faltar un principio superior que fundamente la importancia del procedimiento (imparcial) de toma de decisión y que legitime así la elección del legislador penal de erigirlo a bien jurí-

⁷⁹⁰ Como se ha afirmado, «hay ocasiones en las que el acto en sí puede ser lícito, incurriendo en vicio de nulidad si un acontecimiento externo al mismo, productor de infracción penal, influye en sus elementos» (DOC 2005/41 de la base datos Aranzadi titulado «Disposiciones y actos administrativos: invalidez de los actos Administrativos: nulidad y anulabilidad»). Véase también la STS 52/1994, de 18 de enero, Ponente Exmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo en la que, frente a una Administración que se opone a la declaración de nulidad de un acto administrativo realizada por la jurisdicción penal, el tribunal contesta que, aunque se hubiera dejado el asunto a lo contencioso-administrativo, «el resultado prácticamente no conduciría a nada, la jurisdicción contencioso-administrativa estaría vinculada por lo declarado por el Juez penal».

⁷⁹¹ Entonces, con apoyo en la idea de Derecho penal como *extrema ratio* del ordenamiento jurídico, podría volver a objetarse que, a esta rama del ordenamiento, deberían interesarle tan solo aquellas desviaciones procedimentales que se plasman en un resultado (aprehensible) contrario a la legalidad vigente (y/o, como se ha dicho, en un resultado que afecte a intereses individuales).

dico merecedor de tutela, por lo menos frente a graves ataques frontales (como lo son los sobornos).

En este sentido, y aun reconociendo los límites de este trabajo, creería poder traer a colación cierta reconstrucción procedimental bien conocida y abundantemente discutida del derecho que mira al procedimiento de toma de decisiones como criterio legitimador capaz de convertir lo fáctico en válido⁷⁹² y (añadiría), en cuanto tal, merecedor de protección incluso mediante la utilización de la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico.

Y, en efecto, sí, como se repite incesantemente, la corrupción supone un problema para «la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley»⁷⁹³, quizás no resulte ocioso buscar la respuesta a nuestro interrogante partiendo precisamente de los criterios que legitiman el «imperio de la ley» en el Estado de derecho: si se trata de bienes valiosos que la corrupción menoscaba, preguntarnos por qué son valiosos no puede ser un ejercicio inútil.

En el mismo sentido, la especulación doctrinal alrededor de la corrupción parece haber experimentado una evolución, en cierta medida, comparable con la que ha acompañado la reflexión sobre la propia legitimidad del derecho: como veremos en seguida, la insatisfacción que producen las respuestas tradicionales a esta cuestión, forma un sugerente *pendant* con la que han suscitado las que se han proporcionado tradicionalmente a los interrogantes relativos a la lesividad de la corrupción; al igual que la reconstrucción de la legitimidad del derecho sufre por la exclusión del discurso de la «razón práctica» y del «derecho natural»⁷⁹⁴, en el estudio del delito de cohecho, una vez

⁷⁹² Véase, HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 372 y *passim*.

⁷⁹³ Así, literalmente, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En la doctrina, afirmaciones más o menos genéricas (que no privas de fundamento) acerca de la relación entre la corrupción y la «pobreza», «desigualdad», «democracia» y «Estado de derecho» son recurrente. *Ex plurimus*, véase, como ejemplo, SANZ MULAS, N.: «El habilitado nacional en el entrecruce de fuegos de una política judicializada» en *Revista de estudios locales - CUNAL*, n. 221, 2019, pág. 361 y *passim*.

⁷⁹⁴ Véase HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., págs. 64 y ss.

abandonado cualquier planteamiento de corte ético-moral (recuérdese la reconstrucción de bienes jurídicos en clave de «pureza» pero también de «venalidad») y desmantelada la construcción del Estado como bien que debe ser preservado *per se* (y piénsese aquí en el prestigio/dignidad de la Administración pública, pero también en la fidelidad del empleado público para con su empleador)⁷⁹⁵, podría decirse que el penalista ya navega a vista a lo largo de una angosta ruta que se mueve entre rocas extremadamente peligrosas para cualquier barco empujado por el viento de la racionalidad: por un lado, el esfuerzo por explicar lo existente se arriesga a desembocar en una legitimación tautológica del mismo; al extremo opuesto, a menudo, el planteamiento crítico se limita a tomar nota de su incapacidad para explicar y comprender la atención que el Código penal presta a un comportamiento indudablemente percibido como merecedor de sanción⁷⁹⁶ y de hecho sancionado penalmente en la práctica totalidad de los países que además no paran de declararse preocupados por un fenómeno contra el que pretenden luchar a través de cada vez más herramientas jurídicas supranacionales que, desde luego, parecen intensificar (que no matizar, como parece pretender la doctrina) la respuesta jurídico-penal contra la corrupción⁷⁹⁷. El resultado es que la «desacralización» de la cuestión relativa a la «maldad» de la corrupción acompañada por la entendible expansión del espacio de debate en una sociedad cada vez más compleja⁷⁹⁸, deja una sensación de insatisfacción bien visible en algunos ensayos incluso recientes sobre la materia.

⁷⁹⁵ Habermas lo explica con dos preguntas: «¿Qué debo hacer?» y «¿Qué es a largo plazo y visto en conjunto lo bueno para mí?» (*Idem: Facticidad...*, cit., pág. 71).

⁷⁹⁶ Que sea difícil discutir las razones político-criminales subyacentes a la tipificación del delito de cohecho es dato difícilmente rebatible. A este respecto, véase COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 29.

⁷⁹⁷ Sobre esta solo aparente contradicción, véase *supra*, apartado 5.2.1.5.

⁷⁹⁸ Si quisiéramos explicarlo con Habermas (HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., págs. 86 y ss.) podríamos recordar que «el peso de la integración social se desplaza cada vez más a las operaciones de entendimiento intersubjetivo de actores para los que quedan irremediadamente separadas validez y facticidad, es decir, la función vinculante de convicciones racionalmente motivadas y la coerción ejercida por sanciones externas, por lo menos fuera de los ámbitos de acción regulados por los usos y costumbres». De la misma manera, el autor hace hincapié en que «los espacios para el disenso que representan los posicionamientos de afirma-

Ahora bien, aun teniendo muy presentes las limitaciones de este trabajo, se propone aquí recuperar la relación existente entre legitimidad y procedimiento de toma de decisión de la Administración (entendida aquí en sentido amplio, que abarca a los tres poderes). Aunque sea *en passant*, no sobra recordar que, tanto desde una óptica funcionalista-sistémica como desde un punto de vista de la teoría del derecho, la referencia al procedimiento de toma de decisión como criterio legitimador es recurrente⁷⁹⁹.

Siguiendo un planteamiento funcionalista-sistémico, se ha dicho que «la legitimidad no se apoya en la aceptación de decisiones vinculantes en atención a su contenido concreto, sino con base en el procedimiento a través del cual se toma la decisión»⁸⁰⁰. Los procedimientos aparecen así como «mecanismos de institucionalización selectiva» que permiten decidir «qué pretensiones normativas pueden hallar un consenso (...) y en consecuencia qué expectativas normativas pueden ser socialmente utilizables»⁸⁰¹; el contenido de las normas se fija en los procedimientos que procuran su estabilización. Y es justamente el procedimiento jurídico lo que marca la diferencia entre sociedades arcaicas, premodernas y moderna: esta última se caracterizaría por la existencia de un procedimiento de aplicación del derecho (lo que la diferencia de la arcaica) y de un procedimiento de creación del derecho (lo que la diferencia de la premoderna)⁸⁰². En la sociedad moderna, son los procedimientos de toma de decisión los que otorgan legitimidad al derecho y al sistema político⁸⁰³, ya que son justamente

ción o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica crecen en el curso de la evolución social» (*Ibidem*: pág. 87).

⁷⁹⁹ Véase SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., págs. 12 y ss. y 35 y ss. Como se ha dicho, «si la justicia y la verdad no saltan a la vista inmediatamente desde la naturaleza de las cosas, hay que idear vías para aproximarse a ellas en la medida de lo posible. Si no es posible estar de acuerdo de antemano acerca de determinadas soluciones a los problemas, al menos habrá que ponerse de acuerdo en torno a los procedimientos que permitan resolver los problemas que surjan» (así LUHMANN, N.: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, p. 148, citado por LÓPEZ DE LIZIAGA, J. L.: *Lenguajes...*, cit., pág. 141).

⁸⁰⁰ SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 13.

⁸⁰¹ Véase GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El Derecho en la teoría de la Sociedad de N. Luhmann*, Tecnos, Barcelona, 1993, pág. 229.

⁸⁰² GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El Derecho...*, cit., pág. 230.

⁸⁰³ GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El Derecho...*, cit., pág. 243.

los «procedimientos políticos jurídicamente regulados» los que impiden «la consolidación de expectativas de un interés de terceros contrarios a las decisiones colectivamente vinculantes», es decir, los que permiten suponer la existencia de consenso⁸⁰⁴.

De cara al procedimiento político, se recordará además la importancia que se concede al «rol» del participante en él, que, en cuanto pretende concurrir en la toma de decisión, acepta las reglas del juego y generaliza sus intereses «como susceptibles de consenso general». La procedimentalización de los mecanismos electorales, legislativos y judiciales, por lo tanto, es lo que permite «esperar irrefutablemente que terceros esperen normativamente que todos los interesados se adapten cognitivamente a lo que las decisiones vinculantes establecen normativamente»⁸⁰⁵. Los procedimientos desempeñan así la función «de institucionalizar expectativas normativas»⁸⁰⁶. El procedimiento judicial, por su parte, viene en consideración como algo que une «normación e institucionalización»⁸⁰⁷, ya que «sirve como mecanismo para la solución de conflictos»⁸⁰⁸. Es en este marco en el que la imparcialidad del juez deviene clave para asegurar la aplicación del procedimiento.

Cambiando de tercio, la reconstrucción del bien jurídico protegido propuesta, bien podría apoyarse en las referencias a la importancia de la idea imparcialidad del procedimiento a florada en el marco de cierta teoría crítica del derecho que se coloca en horizontes bien distintos respecto del funcionalismo sistémico.

Es bien sabido que una posibilidad especialmente sugerente es la que parte de la acción comunicativa como cauce legitimador de «la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales» que proporciona tanto una explicación racional de lo existente como un «estándar crítico con el que poder

⁸⁰⁴ Véase GARCÍA BLANCO, J. M.: «Legitimación o diferenciación», en *Política y Sociedad*, 1997, n. 24, pág. 146.

⁸⁰⁵ Así LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, Hamburg, Rowohlt Reinbek bei, 1972, pág. 265, citado por GARCÍA BLANCO, J. M.: «Legitimación...», cit., pág. 147.

⁸⁰⁶ GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El Derecho...*, cit., pág. 212.

⁸⁰⁷ Véase GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El Derecho...*, cit., pág. 211.

⁸⁰⁸ LUHMANN, N.: *Normen in soziologischer Perspektive*, citado por GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El Derecho...*, cit., pág. 212.

juzgar las prácticas de una realidad constitucional que se ha vuelto inabarcable»⁸⁰⁹. En este marco, el requisito que se postula para el procedimiento legitimador es sustancialmente la incorporación al mismo de la ética discursiva para la «producción imparcial» de normas⁸¹⁰.

Según Habermas, las normas jurídicas deberían ser capaces de suscitarse «en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima»⁸¹¹ y, mientras la primera, declinada como aceptación, es inherente a cualquier «amenaza que representan unas sanciones jurídicamente definidas, cuya imposición puede reclamarse a los tribunales»⁸¹², la segunda, declinada como «legitimidad» y entendida como aceptabilidad⁸¹³, estaría garantizada por un «procedimiento» («de producción del derecho»⁸¹⁴) «que quepa considerar racional»⁸¹⁵. Y, mientras la facticidad (de la imperatividad garantizada por la sanción) se impone a quienes eligen libremente actuar de forma estratégica⁸¹⁶, la exigen-

⁸⁰⁹ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 67. El autor pretende sustituir la «razón comunicativa» a la «razón práctica».

⁸¹⁰ ASÍ SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 40. La idea de fondo es que «en el modo de validez del derecho la facticidad de la imposición del derecho por parte del Estado se entrelaza con la fuerza fundadora de legitimidad que caracteriza a un procedimiento de producción del derecho, que por su propia pretensión había de considerarse racional por ser garantizador de libertad» (así, de hecho, HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 90).

⁸¹¹ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 89. O, si se prefiere, «el derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan positividad del derecho y su pretensión de legitimidad» (*Ibidem*: pág. 101).

⁸¹² HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 92. Añade el autor que incluso la imposición de sanciones precisa de una expectativa de legitimidad entendida como presunción de racionalidad (*Ibidem*: pág. 95).

⁸¹³ Sobre la diferenciación entre aceptación y aceptabilidad racional, véase HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 100.

⁸¹⁴ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 90.

⁸¹⁵ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 92 donde se añade que, «la validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de los miembros de la comunidad jurídica, y esa fe se apoya a su vez en la suposición de legitimidad, es decir, de la fundamentabilidad de las normas de que se trate».

⁸¹⁶ Donde por interacción estratégica se entiende fundamentalmente aquella actuación egoísta de sujetos «orientados a conseguir sus propias metas» (HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 88) y para los que «todos los ingredientes de la situación se convierten en hechos que los actores evalúan a la luz de sus propias

cia de validez es necesaria frente a quien opta por una forma de actuar comunicativa⁸¹⁷ y es realmente lo que permite al derecho desempeñar su función de integración social. Ahora, la positivización del derecho incluye casi por antonomasia lo primero (que va de la mano de su positividad) mientras que su legitimidad racional viene garantizada por la racionalidad del procedimiento de producción: la conclusión es que «el proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social»⁸¹⁸ y que, a fin de cuentas, la fuerza vinculante del derecho (diríamos probablemente aquí de las actuaciones administrativas, entendiendo el sustan-

preferencias individuales», olvidando cualquier consideración intersubjetiva (*Ibidem*: pág. 89).

⁸¹⁷ Al contrario, quien actúa guiado por la razón comunicativa, se orienta por el objetivo del entendimiento («reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez» —HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 66—) lo que implica que deben satisfacerse determinados «presupuestos pragmáticos de tipo contrafácticos» o, si se prefiere, se asumen ciertas obligaciones trascendentales (débiles), como: necesidad de que todos atribuyan un significado idéntico a las expresiones (*Ibidem*: pág. 73); pretender validez de lo que se dice más allá del contexto en el que se dice (*Ibidem*: págs. 73 y ss.) lo que acontece toda vez que utilizamos «signos lingüísticos y reglas gramaticales» que convierten al «suceso lingüístico» en algo «estable y susceptible de reconocerse»; suponer al otro la capacidad de «responder de sus actos» (*Ibidem*: págs. 66 y 81), es decir, «los participantes en la interacción tienen que atribuirse mutuamente la capacidad de responder de sus propios actos, es decir, tienen que suponerse mutuamente capaces de orientar su acción por pretensiones de validez»; imposibilidad de excluir a nadie (carácter público e inclusión); otorgar a todos las mismas oportunidades para expresarse (igualdad en el ejercicio de las facultades de comunicación); no engañar a los demás diciendo cosas distintas de las que creen; la comunicación debe ser libre de toda coacción, ya que solo así podrá esgrimirse el argumento mejor que será el que convencerá racionalmente. Y, si la integración social depende de la existencia de estas normas, no debe sorprender el intento de preservar su vigencia, incluso mediante la utilización del Derecho penal. Como dice el autor, «las energías de vínculo que despliega el lenguaje solo pueden movilizar para la coordinación de los planes de acción si los participantes pueden suspender la actitud objetivante propia del observador y del actor que se orienta directamente a su propio éxito, sustituyéndola por la actitud realizativa de un hablante que busca entenderse con una segunda persona sobre algo en el mundo» (*Ibidem*: pág. 80). Según Habermas, podría entenderse el derecho moderno «como mecanismo que descarga de tareas de integración social a las operaciones de entendimiento de los actores que actúan comunicativamente» (*Ibidem*: pág. 100).

⁸¹⁸ *Ibidem*: pág. 94.

tivo «actuación» de forma atécnica y el adjetivo «administrativa» de forma extraordinariamente amplia, compatible con los artículos 24 del Código penal español y 357 y 358 del Código penal italiano) se debe «a la alianza que entablan la positividad (...) y su pretensión de legitimidad»⁸¹⁹ (que aquí, como veremos, iremos declinando como legalidad e imparcialidad procedimental).

A la hora de configurar el proceso de elaboración de normas que dote a su producto de legitimidad, Habermas se apresura a presuponer que «a los implicados» se le debe exigir «que salgan del papel de sujetos jurídicos privados y, entrando en el papel de ciudadanos, adopten la perspectiva de miembros de una comunidad jurídica libremente constituida»⁸²⁰ lo que parece incompatible con cualquier perspectiva estratégica (en la que los sujetos actúan solo de acuerdo con sus propios intereses)⁸²¹: probablemente, nosotros diríamos aquí que deben actuar con (cierta) imparcialidad. Y si lo anterior concurre a dotar al procedimiento democrático de racionalidad, es precisamente la «racionalidad del procedimiento democrático que caracteriza la actividad política de producción de normas» lo que dota de legitimidad al propio derecho⁸²².

Si trasladamos el discurso hacia la Administración pública (entendida aquí como poder ejecutivo y cuya actuación se caracteriza por la posibilidad de modificar unilateralmente la situación jurídica de los administrados), la exigencia de legitimidad referida a su actuación no debería ser menor⁸²³ y, al igual que existe una «expectativa de legiti-

⁸¹⁹ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 101.

⁸²⁰ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 94.

⁸²¹ Así lo reconoce el autor al exigir a los participantes (en el proceso de elaboración de normas) una actitud orientada al entendimiento intersubjetivo (HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 94).

⁸²² HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 305 quien añade que «La legitimidad de las leyes no solo se mide por la rectitud de juicios morales, sino entre otras cosas, también por (...) la racionalidad de las elecciones que se hacen, por la autenticidad de las valoraciones fuertes y, sobre todo, por la *fairness* de los compromisos alcanzados».

⁸²³ Conviene advertir sobre la diferencia de perspectivas de las que aquí se aborda la problemática respecto de la que adoptan autores como Habermas. A Habermas, que tiene de elaborar una teoría del derecho, en el marco de sus referencias a la división de poderes, le interesa subrayar que «a diferencia de lo que sucede en el caso del poder legislativo y el poder judicial, la Administración tiene veda-

midad asociada a la decisión que toma el legislador»⁸²⁴, todo sugiere que dicha pretensión también debe acompañar a la acción de la Administración en la medida en que la misma (por muy regladas que sean) toma decisiones relacionadas con la aplicación del derecho vigente⁸²⁵ que ciertamente son limitadas y controladas por el derecho⁸²⁶, pero

do el trato constructivo y reconstructivo con razones normativas. Las normas emitidas por el legislativo ligan la persecución de fines colectivos a premisas establecidas y limitan la actividad de la Administración al horizonte de la racionalidad con arreglo a fines. Esas normas facultan a las autoridades para seleccionar tecnologías y estrategias de acción, pero con la reserva de que – a diferencia de los sujetos jurídicos privados – esas autoridades no persigan sus propios intereses y preferencias» (HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 261). Nosotros, sin embargo, nos movemos en un contexto normativo limitado (el Derecho penal) que, lo sabemos, en su definición de Administración pública (recuérdese: tanto *de iure condito*, como *de iure condendo*) no demuestra interés alguno en la división de poderes, sino que, por lo menos desde un punto de vista teórico, apunta hacia aquellos elementos comunes a los tres poderes. Nótese, no obstante, que el propio Habermas debe reconocer que «el derecho tiene que mantener su fuerte pretensión de que ni siquiera (...) el subsistema regulado por el poder administrativo puede sustraerse por entero a una ‘integración social’, mediada a través de la conciencia social global» (así HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 105).

⁸²⁴ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 95. Habermas parece estar pensando en una Administración que, al igual que el poder, actúa «objetivamente» y que se integra a través de la acción comunicativa a través de la «institucionalización jurídica», lo que, según el autor, quiere decir que sus «operaciones (...) se efectúan en las formas que les presta el derecho». (*Ibidem*: pág. 102).

⁸²⁵ De hecho, Habermas protesta la utilización de la forma jurídica por parte del poder administrativo «con el fin de disimular o encubrir» la afirmación fáctica de intereses «normativamente no filtrados, por la sola razón de que son los más fuertes» (*Ibidem*: pág. 101). La conclusión es que «también las operaciones de integración sistémica que el sistema económico y el aparato estatal efectúan, respectivamente, a través del dinero y del poder administrativo, deben quedar conectadas con el progreso de integración social que representa la praxis de autodeterminación de los ciudadanos» (*Ibidem*: pág. 102).

⁸²⁶ Como se ha dicho, el ámbito de actuación de la Administración (en este caso, la potestad reglamentaria) «necesita de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el Juez (...) y también (...) justiciable por los destinatarios. Su sumisión a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido» (así GARCÍA DE ENTERRÍA, E: *Curso de derecho Administrativo*, Thomson, Civitas, Madrid, 2006, pág. 182 quien además, citando al Tribunal Constitucional, subraya que «La distinción clásica entre Ley

que (sobre todo hoy en día) tampoco pueden reducirse a mecánica ejecución de la legalidad. Naturalmente, de acuerdo con una reconstrucción esquemática que parta de la separación de poderes, la idea de Administración-ejecutora de la ley de la forma más eficaz y eficiente posible, agota en un procedimiento que garantice el respeto del principio de legalidad (incluyendo por supuesto la legalidad constitucional) la exigencia de legitimidad relacionada con su actuación que, de alguna manera, parece proceder de la ley legítima que se implementa. Empero, fuera de construcciones ideales que funcionan solo tras una improbable equiparación del técnico-administrador con un equipo informático que, recibido un *input*, devuelve un *output*, toda vez que se piense en la Administración creadora de derecho⁸²⁷ o en la acción administrativa impulsora de programas legalmente codificados, entonces la racionalidad legitimadora vuelve a reclamar toda su virtualidad⁸²⁸. Y de hecho, el principio de legalidad no implica la

y reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución), y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y, salvo muy contadas excepciones, solo puede actuar cuando el primero lo habilita».

⁸²⁷ Y piénsese aquí en la potestad reglamentaria que, como se ha dicho «guste o desagrade, sean o no grandes los riesgos (...) es hoy absolutamente imprescindible» (así GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso...*, cit., pág. 185).

⁸²⁸ A este respecto, se percibe cierta ingenuidad en el planteamiento tradicional anclado a la teoría de división de poderes y que ve en la Administración un mero implementador de la ley cuya acción es legítima porque legítima es la ley que implementa. El propio Habermas reconoce que cada vez más las leyes «se presentan (...) como normas generales, que vienen formuladas sin nombres propios y dirigidas a un número indefinido de destinatarios» y que «contienen cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados o contienen finalidades concretas (...) que dejan a la Administración un ancho margen de discrecionalidad». Así las cosas, el aumento de tamaño del ámbito del real que el Estado social supone de competencia de la Administración, implica un ejecutivo que «cada vez puede restringirse menos a la implementación técnica (y descargada de cuestiones normativas) de normas generales y suficientemente definida», lo que sitúa a la Administración ante la necesidad de «hacer elecciones valorativas que van mucho más allá de cualquier definición de su competencia técnica y profesional (...) La discrecionalidad administrativa», concluye el autor, «a la hora de escoger entre valores sociales en pugna socava así el modelo tradicional de la legitimidad administrativa que entendía la Administración como una simple correa de transmisión» (HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., págs. 259 a 261).

conversión de la Administración en máquina ejecutora de un diseño (legal) ya completo, sino, como se ha observado, es un título habilitante y creador de «potestades de actuación» administrativas⁸²⁹. Ni que decir tiene que la (quizás preocupante) evolución de la sociedad democrática a la que asistimos está marcada por una evidente tendencia a ampliar progresivamente el espacio de toma de decisiones normativas reservado a la Administración (*rectius*: a personal cuyo rol no se legitima en virtud de un proceso democrático sino en otro bien distinto que se limita a verificar su competencia técnica), en perjuicio del legislativo (*rectius*: del ámbito «normativo», de estricta competencia de quien halla su legitimación en el procedimiento democrático) tanto que cuesta cada vez más trazar un límite cierto entre decisiones «políticas» (cuya legitimidad precisa de un procedimiento democrático) y decisiones técnicas (cuya legitimidad precisa, entre otras cosas, de conocimientos técnicos). En este marco, no sorprende que la abdicación del legislador hacia la Administración se acompañe cada vez más de inclusiones en el procedimiento de toma de decisiones administrativas de elementos (como la participación ciudadana y la incorporación de «estructuras del discurso») propios del procedimiento legislativo «con el fin de evitar el riesgo de una impermissible autoprogramción» administrativa⁸³⁰.

Con todo, debería ya resultar evidente que el derecho positivo (y, por lo tanto, como hemos visto, las decisiones de la Administración), «no puede asegurarse de su legitimidad recurriendo solo a una legalidad que deja a discreción de los destinatarios actitudes y motivos»⁸³¹, sino que precisa de la fuerza racional del mejor argumento garantizada por el propio procedimiento⁸³²: así un derecho «positivo» fruto de «la contingencia de decisiones arbitrarias y discrecionales» pierde toda su «capacidad de integración social»⁸³³. Y, si la racionalidad del

⁸²⁹ Así GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso...*, cit., págs. 37 a 38.

⁸³⁰ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 260.

⁸³¹ *Ibidem*.

⁸³² Por decirlo con Habermas, siguiendo a Kant, «la integración social solo es posible sobre la base de reglas normativamente válidas, que desde el punto de vista moral merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios» (HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 91). Véase también LÓPEZ DE LIZAGA, J. L.: *Lenguaje...*, cit., pág. 150.

⁸³³ LÓPEZ DE LIZAGA, J. L.: *Lenguaje...*, cit., pág. 101.

procedimiento de toma de decisión es lo que finalmente otorga legitimidad a la decisión misma, a la hora de proporcionar pautas que garantizan esa racionalidad-legitimadora de la decisión administrativa, en un Estado de derecho, es imprescindible que, el «poder administrativo» se mantenga siempre «libre (...) de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados»⁸³⁴.

Respecto finalmente del poder judicial (relacionado con la aplicación del derecho), «las disposiciones relativas al procedimiento (...) compensan la falibilidad y la incertidumbre de las decisiones»⁸³⁵, y lo que termina otorgando legitimidad⁸³⁶ a la decisión judicial es, entre otras cosas, la imparcialidad del procedimiento de la aplicación del derecho⁸³⁷.

El discurso naturalmente es mucho más complejo y los matices son aquí irreproducibles. Lo cierto es que parece evidente que la conexión del procedimiento de toma de decisiones con la idea legitimidad parece de por sí suficiente para justificar *beyond any reasonable doubt* la decisión del legislador penal de proteger la racionalidad del procedimiento frente a perturbaciones especialmente graves.

Ahora bien, si la relación entre procedimiento de toma de decisiones (legislativas, ejecutivas y judiciales) con la legitimidad del sistema es común a ambas visiones (funcionalista sistémica y crítica), quizás una de las diferencias más evidentes entre las mismas es el significado que se atribuye a la legitimidad.

Desde un punto de vista funcionalista-sistémico, la legitimidad no es más que «una disposición generalizada a aceptar, dentro de ciertos márgenes de tolerancia, decisiones aún indeterminadas desde el punto de vista de su contenido»⁸³⁸ y los procedimientos dirigidos hacia

⁸³⁴ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 218.

⁸³⁵ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 306.

⁸³⁶ Recordando, siempre con Habermas, que «la prohibición de autoauxilio solo se puede realizar eficazmente si las partes reciben ciertas garantías de obtener una decisión correcta» HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 309.

⁸³⁷ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 306.

⁸³⁸ LUHMANN, N.: *Legitimation durch Verfahren*, pág. 28, citado por LÓPEZ DE LIZAGA, J. L.: *Lenguaje ...*, cit., págs. 142 a 143. Sobre este punto, véase también HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 114 donde el autor observa que, en el marco del funcionalismo sistémico, «las pretensiones de validez y las razones expresadas en los discursos jurídicos pierden también su valor intrínseco», ya

dicha disposición no sirven para garantizar la racionalidad de la decisión, sino solo para aparentarla; los procedimientos son entonces «meros rituales» que «cumplen la función de producir la ficción de una legitimación racional allí donde solo queda el recurso al decisionismo más crudo»⁸³⁹.

Así las cosas, no sorprende que quienes han reconstruido la objetividad jurídica del cohecho a partir de semejantes premisas hayan visto en la corrupción-perturbación-del-procedimiento un peligro para la «docilidad» de los administrados o hayan reducido la problemática del cohecho a una cuestión de «confianza» de los mismos en la Administración: lógicamente, si la única finalidad del procedimiento era generar «docilidad» o «confianza», la perturbación del mismo debería preocupar precisamente por desatar el disenso y la desconfianza. Con todo, aparte de lo que ya se ha dicho y se dirá, debería aquí advertirse que, al igual que el planteamiento sociológico del que se nutre, semejante postura renuncia *ab origine* a un enfoque crítico: el bien jurídico así reconstruido bien puede pretender explicar la elección del legislador, pero no ofrece pauta alguna para enjuiciarla, privando así al bien jurídico de toda capacidad crítica (tanto en el momento legislativo como en el momento aplicativo).

Si no se quiere renunciar a esa función crítica del bien jurídico, en cambio, resulta más plausible ver en la corrupción un obstáculo para la capacidad de desplegarse de las «razones» sobre las que se basa la aceptabilidad de la «racionalidad» de la acción de la Administración (entendida aquí en sentido amplio), es decir, de aquellas buenas razones distintas al uso de la fuerza (léase, amenaza de sanción) que son capaces de suscitar obediencia al derecho vigente, a los actos de la Administración y a las resoluciones judiciales (o incluso, si se prefiere, integración social). Como hemos visto, «la función motivacional de las razones que justifican la creencia en la legitimidad de un orden de dominación no puede considerarse independientemente de su estatus lógico, es decir, de su pretensión criticable de motivar

que «el sentido de los argumentos jurídicos se agota en la función de aminorar el valor de sorpresa de decisiones motivadas por otra vía y de elevar la aceptación que de hecho tienen».

⁸³⁹ LÓPEZ DE LIZAGA, J. L.: *Lenguaje ...*, cit., págs. 145 a 146.

racionalmente»⁸⁴⁰; y, de acuerdo con los postulados de la teoría del discurso, el parámetro con arreglo al cual hay que medir la racionalidad de los consensos alcanzados⁸⁴¹, es el respeto de los principios del discurso (la ética discursiva) que «no proporciona orientaciones de contenido, sino solamente un procedimiento lleno de presupuestos que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio»⁸⁴². Pero entonces aquí la perturbación del procedimiento asume relevancia no solo en atención al resultado que produce (falta de obediencia no impuesta) sino sobre todo porque menoscaba la premisa racional motivadora o, si se prefiere, la fuerza legitimadora de la actuación de la Administración, esencial para la integración social⁸⁴³.

Y es en este marco en el que vuelve a asumir centralidad la imparcialidad como clave de bóveda de la legitimidad: ¿cómo no ver el problema al que se enfrenta un procedimiento que pretende apoyar su racionalidad en la persecución del interés común basado en la ley democrática general y abstracta (esto es, igual para todos) cuando se incorpora al mismo un soborno?

⁸⁴⁰ HABERMAS, J.: *Legitimationprobleme mit Spätkapitalismus*, pág. 134, citado por LÓPEZ DE LIZAGA, J. L.: *Lenguaje ...*, cit., pág. 150. Véase también HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 92 en donde el autor diferencia entre facticidad del derecho y validez asociada a legitimidad del mismo y recuerda que «la legitimidad de las reglas se mide (...) atendiendo a si han sido producidas por un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos o morales. La legitimidad de una regla es independiente de su imposición o implementación fáctica» y de hecho «la validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de los miembros de la comunidad jurídica», fe que «se apoya (...) en la suposición de legitimidad, es decir, de la fundamentabilidad de las normas de que se trate». Como colofón, «el poder de las circunstancias, los usos o la mera y obtusa costumbre» habrán de utilizarse de forma inversamente proporcional a la legitimidad.

⁸⁴¹ Habermas se refiere al «acuerdo racionalmente motivado» (HABERMAS, J.: *facticidad...*, cit., pág. 93).

⁸⁴² HABERMAS, J.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, pág. 143, citado por SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 34.

⁸⁴³ En este marco, en efecto, «el proceso de producción de normas constituye (...) en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social» (HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 94).

5.4.5. *La imparcialidad en el proceso de toma de decisión como «Justicia»*

Como hemos visto, tanto en una óptica funcionalista-sistémica como desde el punto de vista de una teoría crítica del derecho, la función legitimadora del procedimiento es clave de bóveda del Estado de derecho y no es difícil localizar en la imparcialidad una pauta que garantiza la racionalidad del mismo.

Con todo, en el plano filosófico de la teoría de la justicia es quizás incluso más evidente la asociación entre «Justicia» «procedimiento» e «imparcialidad» (*fairness*).

En su célebre «Teoría de la Justicia», Rawls vuelve a ideas de tipo contractualistas⁸⁴⁴ y hace depender la Justicia de los principios rectores de la vida en común del seguimiento de un determinado procedimiento⁸⁴⁵ cuya característica principal es la imparcialidad; la imparcialidad-procedimental se erige así a parámetro esencial de una «Teoría de la Justicia»: cuando no hay un «criterio independiente» que permita distinguir un resultado justo de un resultado injusto, solo un procedimiento imparcial garantiza la justicia de la decisión (imparcialidad y corrección)⁸⁴⁶.

Y, de hecho, según el autor, la idea de imparcialidad (sobre la que todos, aun manteniendo su idea personal de justicia, estarán de acuerdo), pivota sobre los conceptos de «decisión arbitraria» (en negativo) y de «equilibrio debido» que «son pertinentes para determinar los deberes y derechos, y cuál es la división de ventajas correctas»: como afirma Rawls, «las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas y las ventajas competitivas de la vida social»⁸⁴⁷

⁸⁴⁴ Es el propio autor que coloca a su Teoría en línea con Kant y Rousseau.

⁸⁴⁵ Según advierte el propio Rawls, esta aproximación tiene «la gran ventaja práctica (...) que ya no es necesario seguir el rastro de la variedad infinita de las circunstancias, ni de las posiciones relativamente cambiantes de las personas particulares. Se evita el problema de tener que definir principios, que haga frente a las enormes complejidades que podrían surgir si tales detalles fueran pertinentes» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 118).

⁸⁴⁶ RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 118.

⁸⁴⁷ RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 16.

y ello con independencia de que pueda haber desacuerdo sobre lo que se entiende por «distinción arbitraria» y «equilibrio debido»⁸⁴⁸.

La imparcialidad es condición de una justicia identificada con el conjunto de principios «que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación»⁸⁴⁹.

Para lograr un acuerdo sobre los principios de justicia susceptibles de ser considerados racionales por todos, Rawls remite a una «posición original»⁸⁵⁰ caracterizada por un conjunto de restricciones aplicadas al procedimiento⁸⁵¹ que los participantes han de respetar. Y el término «imparcialidad» (*fairness*) describe esas condiciones: «nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc.» ni tampoco conoce «sus concepciones acerca del bien, sus tendencias psicológicas especiales»⁸⁵². La imagen del «velo de ignorancia» (con cierto esfuerzo de abstracción) que empuja a los implicados en la posición original a reflexionar por su propio interés sobre lo que es igualmente bueno para todos⁸⁵³ se coherente bien con la idea de imparcialidad que antes hemos descrito.

⁸⁴⁸ En el mismo sentido, el autor distingue un «concepto de justicia» como «equilibrio adecuado entre pretensiones enfrentadas, a partir de una idea de justicia concebida como un conjunto de principios relacionados entre sí, para identificar las consideraciones pertinentes que hacen posible ese equilibrio» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 21).

⁸⁴⁹ RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 23.

⁸⁵⁰ «La idea intuitiva de la justicia como imparcialidad es considerar los principios de justicia como el objeto de un acuerdo original en una situación inicial debidamente definida» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 160).

⁸⁵¹ Según aclara el propio Rawls, «la posición original puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de autonomía y del imperativo categórico, dentro del sistema de una teoría empírica» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 322).

⁸⁵² RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 24. Véase también *Ibidem*: págs. 180 a 181.

⁸⁵³ Así HABERMAS, J.: «Reconciliación mediante el uso público de la razón», en HABERMAS, J. y RAWLS, J.: *Debate sobre el liberalismo político*, ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Buenos Aires, México, 1998, pág. 44. Añade Rawls que la idea de justicia como imparcialidad es

Y es precisamente esa *fairness* inicial garantizada por el velo de la ignorancia lo que (podríamos decir) otorga legitimidad, ya que permite alcanzar un acuerdo sobre aquellos «principios (...) que serían aceptados por personas racionales dedicadas a promover sus intereses y que estuvieran en esta posición de igualdad con objeto de establecer los términos básicos de su asociación»⁸⁵⁴. Es justamente esa imparcialidad (evidentemente procedimental) lo que convierte en racional la elección de los principios⁸⁵⁵: el procedimiento imparcial otorga sentido y hace plausible la idea de justicia procedimental⁸⁵⁶.


Aquí naturalmente no viene a cuenta profundizar en la intuición de Rawls ni enfrentarnos a las críticas que se le han movido⁸⁵⁷. Lo que ahora interesa es observar como el velo de la ignorancia aparece como condición que garantiza la imparcialidad del procedimiento de toma de decisión, que, en definitiva, lo legitima convirtiéndolo en racionalmente aceptable (o justo); de la misma manera, nótese cómo pasa casi a un segundo plano la justicia del *output* del proceso de toma de decisión, ya que la misma parece garantizada precisamente por las limitaciones (imparcialidad) impuestas al proceso mismo. Y, para garantizar esta imparcialidad procedimental, es preciso «anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstan-

«el punto culminante de la tradición contractualista» y que el velo de la ignorancia permite a los participantes en la posición original realizar aquella autonomía presupuesta por Kant, es decir, elegir a los principios que regulan su acción de forma libre y racional, sin tener en cuenta «su posición social o sus dotes naturales», «la sociedad específica en la que vive» (lo que convierte en plausible la pretensión de universalidad) o «las cosas que desea» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 317). Eso es lo que, en definitiva, según Rawls, garantiza que los principios hallados por los participantes en la posición original serían aquellos principios que cualquier persona elegiría como persona racional e independiente en una original posición de igualdad.



⁸⁵⁴ RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 161.

⁸⁵⁵ RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 161.

⁸⁵⁶ Como precisa el propio autor, «Así, la justicia como imparcialidad es capaz de usar la idea de justicia puramente procesal desde el comienzo» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., págs. 161 a 162). Y, de hecho, en la posición originaria se busca «establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 180).

⁸⁵⁷ Para una crítica articulada, se remite a HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., 122 y ss. o también a HABERMAS, J.: «Reconciliación...», cit., págs. 45 y ss. 

cias naturales y sociales en su propio provecho»⁸⁵⁸, lo que se logra mediante la abstracción que se asocia a la ignorancia de los intereses particulares de los decisores y la limitación del conocimiento de quien pretende decidir de forma *fair* las cuestiones «generales»⁸⁵⁹: como dice Rawls, «*if a knowledge of particulars is allowed, then the outcome is biased by arbitrary contingencies*»⁸⁶⁰.

Naturalmente, en la teoría de la justicia, la imparcialidad no se considera solo como ingrediente procedimental de una posición original que permite la elección de principios «sustantivamente» justos, ya que los mismos también habrán de ser aplicados «justamente»: como dice Rawls, podemos pensar (aunque no es muy probable) en una sociedad justa con instituciones injustas y viceversa. Ahora, también es interesante observar como, a la hora de describir este proceso de aplicación de unos principios *fair*, Rawls acude una vez más a la idea de imparcialidad (una vez más, además, procedimental). Casi como corolario de una justicia sustantiva, el autor subraya la importancia que tiene lo que define como justicia formal, que es un aspecto de la *rule of law* que «soporta y asegura legítimas expectativas»: en palabras de Rawls, «si  amos en la justicia como algo que expresa siempre un tipo de *equity* (*equality*), entonces la justicia formal requiere que en su administración, las leyes y las instituciones se apliquen *equitativa-*  *mente* (esto es, de la misma manera) a aquellos que pertenecen a las clases definidas por ellas» y, por lo tanto, que las instituciones sean administradas de forma coherente e imparcial (*impartial*) por jueces y funcionarios, lo que implica que «casos similares son tratados de forma similar, siendo las similitudes y diferencias las que son identificadas por las normas existentes»⁸⁶¹. Ahora, que «casos similares han de

⁸⁵⁸ RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 180.

⁸⁵⁹ Como precisa Rawls, «no existen limitaciones a la información general, esto es, acerca de las teorías y leyes generales, ya que las concepciones de la justicia tienen que ajustarse a las características de los sistemas de cooperación social que han de regular, por lo cual no hay razón para eliminar estos hechos» (RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 181).

⁸⁶⁰ RAWLS, J.: *A theory of Justice: revised edition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, pág. 122.

⁸⁶¹ RAWLS, J.: *A theory...*, cit., págs. 50 a 51. De ahí que «un ejemplo de acción injusta es la no aplicación por los jueces y los que ostentan la autoridad de la norma apropiada, o su errónea interpretación» (*Idem: Teoría...*, cit., pág. 298).

tratarse de modo similar» es uno de los preceptos esenciales asociados a la idea de *rule of law*⁸⁶². Y el «soborno y la corrupción» (*bribery and corruption*) representan, según el autor, «*gross violations*»⁸⁶³ de una «administración de la ley regular e imparcial» incompatibles con la idea de «justicia como regularidad» y, por lo tanto, también con la idea de *rule of law*. Y, simplificando un poco, si la justicia como «regularidad» y el imperio de la ley están conectados a la libertad, el soborno y la corrupción vuelven inciertos sus límites y terminan restringiéndola «por un cierto temor a su práctica»⁸⁶⁴, socavando además la confianza en que los demás cumplirán igualmente con deberes y obligaciones; y si, siempre según Rawls, el establecimiento de un sistema coercitivo solo es racional si los inconvenientes que entraña (a saber: los costes del mantenimiento y la posibilidad de sanciones injustas) son menores que los problemas que apunta combatir (a saber, la «pérdida de libertad causada por la inestabilidad»); y si, a la hora de minimizar los inconvenientes, se tiene en cuenta que «los peligros para la libertad son menores cuando la ley es administrada imparcial y regularmente de acuerdo con el principio de legalidad», pocas dudas caben acerca de la justicia de la decisión de un legislador que decide sancionar penalmente a soborno y corrupción en tanto que *gross violations* de la «administración regular e imparcial de normas públicas».

Lo anterior reafirma la idea de la imparcialidad procedimental como condición esencial tanto para el proceso de producción de reglas legítimas como para la aplicación (legítima) de las mismas, siendo ambos momentos (creación y aplicación) consustanciales a la idea de «Justicia». Y, aunque el soborno viene en consideración como evidente elemento perturbador (*gross violation*) de la imparcialidad que subyace al momento aplicativo, a nosotros que enfocamos la cuestión desde otra óptica, no nos costará mucho esfuerzo divisar su incompatibilidad también con el momento creativo.

⁸⁶² RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 301.

⁸⁶³ RAWLS, J.: *A theory...*, cit., pág. 207.

⁸⁶⁴ RAWLS, J.: *Teoría...*, cit., pág. 303.

5.5. EL BIEN JURÍDICO A PRUEBA: LA IMPARCIALIDAD PROCEDIMENTAL Y LAS DISTINTAS VERTIENTES DEL DELITO DE COHECHO

Naturalmente, definido y justificado el bien jurídico ofendido por el delito de cohecho, debe procederse a verificar la plausibilidad de la construcción enfrentando nuestro hallazgo (o si se prefiere, de momento, hipótesis) con la disciplina vigente, lo que implica medir la intuición con las distintas vertientes del cohecho tal y como tipificadas en los Códigos penales español e italiano.

5.5.1. *La imparcialidad procedimental y la corrupción antecedente*

Si entendemos como corrupción antecedente la conclusión de un pacto remuneratorio que, frente al otorgamiento de una ventaja, tiene como objeto la realización de un acto, es evidente el papel perturbador del acuerdo sobre el procedimiento de toma de decisión del *intraneus*. El caso es que, en los códigos penales italiano y español, lo hemos visto, la corrupción antecedente se sanciona de forma distinta, según que la misma sea propia o impropia.

5.5.1.1. *La imparcialidad procedimental y la corrupción antecedente propia*

El cohecho propio antecedente se caracteriza por la contrariedad del acto objeto del acuerdo a los deberes del funcionario público y es la vertiente sancionada de forma más severa, tanto en España como en Italia (teniendo presente lo que ya se ha dicho a propósito de la inducción indebida a dar o prometer tipificada por el artículo 319-*quater* del Código penal italiano).

La diferencia de pena con la menos grave vertiente impropia parece precisar de una explicación en el terreno del bien jurídico. Y, si queremos ser coherentes con las premisas que hemos fijado, la cuestión debe abordarse teniendo presente que, una vez referida la imparcialidad al proceso de toma de decisión, se ha renunciado a circunscribir el desvalor de resultado a la «decisión» (como hemos visto, un proceso parcial puede tener como resultado el mismo acto que se hubiera

dictado con un proceso imparcial): la imparcialidad (así entendida) se ve lesionada con independencia de que el objetivo del acuerdo remuneratorio sea, de por sí, lícito o ilícito⁸⁶⁵, ya que es el acuerdo mismo que lesiona el bien jurídico. Se trata, como venimos diciendo, de una imparcialidad «procedimental», proyectada sobre el proceso de toma de decisión, que no necesariamente sobre su resultado. Así las cosas, naturalmente, la imparcialidad (procedimental) no puede ya dar cuenta de la mayor sanción prevista para la corrupción propia⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Y se acepta ya sin problema la observación realizada por DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 89.

⁸⁶⁶ Salvo naturalmente distinguir entre «imparcialidad en el proceso de toma de decisión» e «imparcialidad del resultado del proceso». Como se dirá en breve, en el segundo caso, se prefiere aquí hablar de «legalidad» del *output*. Y ello porque (aunque no sea objeto de discusión en este trabajo) se mantiene que, en el delito de cohecho propio, la «contrariedad» a los deberes del cargo debe hacerse pivotar sobre la infracción de deberes *específicos* que le incumben al *intraheus*; no se comparten aquellas opiniones doctrinales (que han tenido y siguen teniendo cierto eco en la jurisprudencia) que alargan el espectro de deberes que, si violados, determinan contrariedad a los «deberes del cargo» (piénsese en las referencias a la fidelidad, lealtad, venalidad o incluso a la propia imparcialidad) y que terminan ampliando el ámbito de aplicación del cohecho propio, proporcionando, en algunas formulaciones, una auténtica *interpretatio abrogans* del cohecho impropio. Por ello, a la hora de describir aquellos deberes cuya contrariedad distingue el supuesto de corrupción propia de la impropia, debería evitarse la traída a colación de conceptos utilizados para describir el bien jurídico protegido por todas las vertientes del delito de cohecho (imparcialidad, correcto funcionamiento...) o demasiado amplios y vagos (como fidelidad, persecución exclusiva de intereses públicos...). Sobre la cuestión, se remite, una vez más, al sugerente análisis de CUDIA, C.: «L'atto...», cit., *passim* y, sobre todo, págs. 698 a 699; véase también, para el planteamiento de la cuestión, LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 258 y, para una postura análoga a la que aquí se comparte, BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 297 a 298; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 311; UBIALI, M. C.: «In tema di corruzione del parlamentare (note a margine del caso Berlusconi – De Gregorio)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, vol. 61, n. 4, pág. 2315 quien afirma claramente que, para determinar la conformidad o contrariedad con los deberes del cargo, «lo que debe ser comprobado, en efecto, no es la sola violación del deber de imparcialidad que se concreta en la obligación de no aceptar retribuciones de particulares, sino también que el acto realizado – que se ha prometido realizar – haya sido realizado con violación de las reglas que regulan su emanación». En sentido crítico frente a la tendencia interpretativa que «expande» el espectro aplicativo de la corrupción propia llegando a abrogar *de facto* la corrupción impropia, véase también GARGANI, A.: «La fattispecie...», cit., págs. 1031 a 1032. Por último, a quienes han observado

Aceptada esta premisa, no queda sino dirigirnos hacia aquellas tesis que defienden la naturaleza pluriofensiva de la corrupción propia y sobre las cuales ya se ha dicho abundantemente; en el caso de acuerdo remuneratorio que tiene como objeto la realización de un acto futuro «ilegal»⁸⁶⁷, resulta violado otro principio clave que subyace a la acción de la Administración pública en un Estado de Derecho: el de la legalidad de sus actos.

En el plano de la teoría del derecho, la sociología o incluso la filosofía del derecho, se recordará (y no conviene insistir en ello) que, poner el acento en la imparcialidad procedimental como condición de legitimidad (de normas y actos administrativos, ambos en sentido amplio), no convierte a la legalidad en irrelevante, sino que, en cierto modo, la presupone (porque la propia ley – incluyendo la penal – se encargará de regular el procedimiento «imparcial») y, sobre todo, complementa (porque, por un lado, lo legal puede ser parcial, pero, por otro, la imparcialidad no basta para asegurar la legalidad y no todo lo que es imparcial es, por eso solo, legal): si un acto legal puede resultar ilegítimo por haberse adoptado como consecuencia de un procedimiento parcial, un acto contrario a normas «legítimas» adolece de cierta ilegitimidad, por muy imparcial que resulte el procedimiento de acuerdo con el cual se ha dictado.

Ahora bien, recordando que el bien jurídico «legalidad» puede considerarse lesionado tan solo en el momento en el que hace su aparición el acto «ilegal», puesto que, en el cohecho antecedente, dicho acto, es tan solo objeto de un dolo específico, deberá decirse que, en la corrupción propia antecedente, se pone en peligro la legalidad de la acción de la Administración pública (aparte de quebrantarse la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones).

que, insistir en hallar un bien jurídico protegido por el *pactum sceleris*, implica vaciar de razones a la diferenciación penológica entre cohecho propio y cohecho impropio, aparte de la alternativa que en seguida se propondrá en el texto, puede contestarse que, de hecho, existen en doctrina muy sugerentes propuestas que, *de iure condendo*, abogan para una tipificación del cohecho «simplificada» que se apoya en un único delito centrado sobre el *pactum sceleris* (véase, por ejemplo, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 380 y ss. quien, conviene matizarlo, sugiere el redescubrimiento de cierta confianza en el juez a la hora de graduar la sanción en atención a la gravedad del ilícito).

⁸⁶⁷ «Ilegalidad» que, en seguida, matizaremos.

A este planteamiento, se han formulado diversas objeciones: si la pluriofensividad del delito de corrupción propia parece proporcionar una respuesta que resulta satisfactoria a la hora de explicar las diferencias penológicas entre las distintas vertientes del cohecho, genera no pocos problemas a la hora de verificar las relaciones entre la corrupción y los demás ilícitos que pueden ser cometidos por el *intra-neus* en el ejercicio de sus funciones como consecuencia del *pactum sceleris*⁸⁶⁸.

La *querelle* se plantea de forma especialmente acuciante toda vez que el acto objeto del acuerdo es, de por sí, penalmente ilícito.

En estos casos, se ha dicho que el bien jurídico puesto en peligro por el delito de cohecho propio es el mismo que protege el delito objeto del acuerdo, de tal manera que sería arbitrario identificarlo con la legalidad. En esta misma óptica, se ha esgrimido como obstáculo para aceptar la pluriofensividad del cohecho propio antecedente el hecho de que la pena prevista (por los códigos penales tanto italiano como español) supera, en muchos casos, la que corresponde a los autores de los delitos que pueden ser objeto del acuerdo remuneratorio. ¡Como si el acuerdo para cometer un delito pudiera ser más grave que el delito mismo⁸⁶⁹!

En el mismo sentido, se ha dicho (sobre todo vigente, en España, la disciplina anterior al año 2010) que, si el *quid pluris* de sanción de la corrupción propia se apoya en la vulneración del mismo bien jurídico protegido por el acto (delictivo) objeto del pacto, en el caso de que éste llegara a realizarse (incluso de forma incompleta), para evitar un *bis in idem* vetado por el ordenamiento, la única posibilidad es virar hacia un concurso de leyes (que no de delitos), sugiriendo algunos au-

⁸⁶⁸ Véase DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., págs. 127 a 128.

⁸⁶⁹ En primer lugar, se ha cuestionado el mayor reproche (en términos de sanción) que el ordenamiento español reserva para el delito de cohecho propio antecedente con finalidad de cometer un acto contrario a los deberes que también puede ser delictivo (*v.gr.* de prevaricación) respecto de aquél que el artículo 404 establece para el prevaricador. La crítica, como se ha podido apreciar en las anteriores páginas, se apoya en una idea del delito de corrupción como adelantamiento de la punibilidad de la prevaricación: sustancialmente, se ha dicho que, si el cohecho es un acto preparatorio de la prevaricación, es manifiestamente contrario al principio de proporcionalidad sancionar al primero más duramente que a la segunda (véase *supra*, el apartado 4.4.2.).

tores la aplicación del tipo penal en el que se subsume el acto objeto del pacto (que no del cohecho), si acaso, agravado por precio o recompensa (art. 22.3º del Código penal español) o incluso el concurso (de delitos) entre el delito cometido en ejecución del acuerdo y el tipo base de cohecho (hoy artículo 420 del Código penal español)⁸⁷⁰.

Pasando al supuesto en el que el acto objeto del acuerdo es contrario a los deberes del cargo pero penalmente lícito, se ha puesto el acento en la dificultad que entraña explicar el *plus* de sanción que el Código penal reserva a la corrupción propia respecto de la impropia, cifrándose la diferencia entre ambos supuestos tan solo en la perturbación de un bien jurídico que, de por sí, es irrelevante para el Derecho penal: ¿cómo justificar el castigo penal del acuerdo cuya finalidad es realizar un acto ilícito cuando la efectiva realización del acto ilícito ni siquiera merece una sanción penal?

Pues bien, *mutatis mutandis* y más o menos explícitamente, todos estos planteamientos críticos tienen en común el entendimiento del delito de cohecho como pacto para hacer algo que menoscaba un bien jurídico o, si se prefiere, acuerdo para delinquir o actuar de forma contraria a los deberes⁸⁷¹. La reconstrucción del bien jurídico protegido que aquí se propone deshace (por lo menos en parte) la premisa de la que parten estas críticas, ya que permite dotar de lesividad al propio pacto (como alteración cualificada del proceso de toma de decisión), sin necesidad de recurrir a la legalidad del acto objeto del mismo. Y lo cierto es que, una vez correctamente iluminada la lesividad del *pactum sceleris*, gran parte de estas observaciones pierde fuerza: si se acepta que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción se cifra en la imparcialidad del proceso de toma de decisión, se entiende la mayor gravedad que entraña su lesión respecto del quebrantamiento de la legalidad administrativa⁸⁷²: en una fábrica, un obrero que daña

⁸⁷⁰ Véase DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., págs. 242 a 243.

⁸⁷¹ Claramente, una vez más, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 242 y *passim*.

⁸⁷² Con motivaciones distintas, y extrayendo del principio consecuencias distintas de las que aquí se proponen, véase también TAGLIARINI, F, *Il concetto...*, cit., págs. 189 a 190 donde se afirma la mayor importancia de la «imparcialidad» respecto al «buen funcionamiento de la Administración pública» que, en el texto, se ha sustituido por la legalidad.

voluntariamente un producto recién salido de la cadena de montaje, puede resultar merecedor de sanción; más grave parece, sin embargo, el acto de sabotaje dirigido a la propia cadena de montaje⁸⁷³.

Así enfocado el bien jurídico, en mi opinión, se explica la tipificación del cohecho como alternativa a la agravante prevista por el artículo 22.3 del Código penal español («ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa»), ya que, en el primer caso, se trata de una conducta de por sí lesiva de un bien jurídico merecedor de protección penal⁸⁷⁴.

Por otra parte, la cuestión inherente a la relación de la corrupción con el delito objeto del pacto ilícito ya puede resolverse aplicando las «normales» reglas del concurso, teniendo presente (se insiste) que, en el caso del cohecho, el reproche a tutela de la legalidad de la actuación de la Administración no puede escindirse artificialmente del que concierne a la conducta gravemente lesiva de la imparcialidad del proceso de toma de decisiones. De esta manera, frente a quienes han esgrimido (de cara a un posible concurso de delitos entre el cohecho antecedente propio y el delito eventualmente cometido en ejecución del pacto corrupto) una posible vulneración del principio de *non bis in idem* quizás pueda contestarse que, una vez solventado el problema relativo a la lesividad del *pactum*, no parece correcto «desempaquetar» la corrupción, atomizando «acuerdo», por un lado y, «acto objeto del acuerdo», por otro. En el cohecho (propio antecedente), se trata de un pacto-para-la-realización-de-un-acto-ilegal lesivo de la imparcialidad del proceso de toma de decisión, bien jurídico que carga de intensidad al peligro que el pacto mismo supone para la legalidad de la acción de la Administración toda vez que objeto del dolo específico es un acto

⁸⁷³ La metáfora puede incluso resultar de utilidad a la hora de aprehender el diverso impacto sobre la *cosa publica* de la corrupción y de delitos como la malversación. Sobre la cuestión, véase la STS 402/2019, de 12 de septiembre, Ponente Exmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreirio, comentada por CADENA SERRANO, F. A.: «Concurso...», cit.

⁸⁷⁴ Véanse las consideraciones de OLAIZOLA NOGALES, I.: *Delito...*, cit., págs. 482 y ss. cuyo primer argumento («si la conducta de aceptación de dinero por cometer un delito se eleva en determinados casos a delito (de cohecho), es porque se considera más grave la conducta del funcionario que acepta dinero en el ejercicio de su función que la de un particular que acepta dinero para realizar cualquier otro delito») guarda cierto parecido con el que aquí se esgrime.

contrario a los deberes. Y, no se olvide, el interés del Código penal en la protección de ambos bienes jurídicos (si afectados conjuntamente por una misma acción) entronca con la preservación de la legitimidad de la acción de la Administración que queda en el fondo como *ratio* de la norma: si, dicho mal y pronto, legalidad e imparcialidad procedimental son condiciones de la legitimidad...poco hace falta añadir para justificar el castigo (penal) de aquel comportamiento que, lesionando la primera, pone en peligro a la segunda (y sin que ello suponga incoherencia alguna respecto de la elección del legislador de considerar al comportamiento que solo menoscaba a la legalidad como penalmente irrelevante).

Lo anterior ciertamente descarta la opción interpretativa que pretende reducir la mayor lesividad de la corrupción propia a una vulneración del interés protegido por el acto objeto del cargo. Que el acto se realice o no se realice, es indiferente para la consumación del cohecho (irrelevante siendo también la reserva mental del *intraneus* de no realizarlo), de tal forma que el menoscabo (en términos de peligro) de la legalidad «en el ejercicio del cargo» no oculta ni adelanta, sino que se suma al interés (eventualmente) afectado por la (eventual e irrelevante a nuestros efectos) realización del acto mismo: la actuación del autor de cohecho es ilegítima porque parcial y tendiente a la ilegalidad, sin perjuicio de la ulterior carga lesiva que pueda desplegar la realización de lo pactado⁸⁷⁵. Con ello, (salvo el supuesto del que se dirá en breve en el que el acto objeto del cargo sea subsumible en un tipo penal que solo proteja a la propia legalidad de la acción administrativa), se despeja de dudas el camino interpretativo escogido por la

⁸⁷⁵ Lo que, en mi opinión, permite contestar de forma satisfactoria a quienes consideraban que, una vez diferenciados *quoad ponam* el cohecho propio y el impropio, parece incoherente no diferenciar también entre cohecho propio delictivo y cohecho propio no delictivo (véase, en este sentido, OLAIZOLA NOGALES, I.: «La regulación...», cit., págs. 742 a 743). A este respecto, puede compartirse la postura de QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal...*, cit., pág. 1165. Ciertamente, en el caso en que el delito objeto del acuerdo no llegue a ejecutarse (ni siquiera como tentativa), el *quid pluris* que el objeto (delictivo) del dolo específico del delito de cohecho propio representa para el bien jurídico «legalidad» podrá ser convenientemente tenido en cuenta a la hora de graduar la sanción del autor de cohecho (en este sentido, OLAIZOLA NOGALES, I.: «La regulación...», cit: pág. 743).

doctrina mayoritaria y que apunta decididamente hacia un concurso de delitos entre el cohecho propio antecedente y el ilícito penal cometido en cumplimiento de lo ilícitamente pactado⁸⁷⁶.

Con todo, el alcance de la *querelle* debe dimensionarse oportunamente (por lo menos, *de iure condito*). Para quitar algo de dramatismo a la cuestión, no debería perderse de vista que, en derecho italiano, para que pueda hablarse de cohecho antecedente propio, el acto objeto del acuerdo tiene que ser un acto «del oficio» del *intra-neus*; de acuerdo con el Código penal español, hay cohecho propio antecedente si lo que se pacta es la realización de un acto sí contrario a los deberes, pero a realizarse «en el ejercicio del cargo»⁸⁷⁷. Así las

⁸⁷⁶ Aun con ello, debe reconocerse a quienes han hecho sonar la alarma del *non bis in idem* que la tipificación del cohecho propio antecedente por acto delictivo incluida en el Código penal español en su versión anterior al año 2010, al diferenciar *quoad poenam* entre cohecho propio por acto delictivo y cohecho propio por acto no delictivo (y, en el mismo sentido, podía apuntar la diferencia penológica que se establecía en el antiguo artículo 420 entre cohecho por acto injusto ejecutado y cohecho por acto injusto no ejecutado), planteaba seguramente problemas, puesto que parecía incluir en el desvalor del resultado del delito de cohecho el *quid pluris* representado por el delito objeto del acuerdo. Ciertamente, la dición actual de los artículos 419 y ss. descafeína un poco la cuestión (al haberse acertadamente eliminado la diferencia penológica entre cohecho antecedente propio para la realización de un acto delictivo y cohecho antecedente propio para la realización de un acto no delictivo junto con toda diferenciación anclada a la realización efectiva del acto del cargo) pero no la elimina por completo: el inciso «sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado» con el que se cierra el artículo 419 y que no halla símiles en el derecho comparado, aparece como precisión legislativa francamente desafortunada (y, en seguida insistiremos sobre las razones que, sin duda, abogan para su eliminación).

⁸⁷⁷ De ahí que, se afirma normalmente que el pacto dirigido a la realización de actos viciados por incompetencia absoluta, extralimita el ámbito típico del delito de cohecho. La cuestión, naturalmente, es compleja y no es este el lugar adecuado para ni tan siquiera presentar las distintas propuestas que ha formulado la doctrina (tanto italiana como española). Sea suficiente con aclarar que, al neto de inevitables matices que merecerían ser discutidos uno por uno, el planteamiento parece ampliamente mayoritario. Por todos, véanse BALBI, G.: *I delitti...*, cit., págs. 81 a 82; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 309; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 299 a 300 y, sobre todo, 311 y 313; más recientemente, LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 226 a 227 quien, sin embargo, propone renunciar al concepto de «competencia» y prefiere excluir aquellos supuestos en los que el *intra-neus* se halla en la absoluta imposibilidad de realizar el acto. En la doctrina española, véase VIVES ANTÓN, T. S.: «Detenciones ilegales» en VIVES

cosas, el abanico problemático de delitos objeto del *pactum sceleris* ha de ser reconducido a aquellos que pueden considerarse cometidos por el *intraneus* en el ejercicio de sus funciones⁸⁷⁸: es difícil pensar en un sujeto público que comete un delito de asesinato actuando dentro

ANTÓN, T. S. y GIMENO SENDRA, J. V.: *La detención: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*, Bosch, Barcelona, 1977, págs. 53 a 54 quien observa que existe incompetencia absoluta «en el supuesto de que el funcionario careciese de potestad para realizar actos del género del concretamente ejecutado de tal modo que actuase con usurpación de poder, como titular de órgano diverso al que efectivamente se hallase encuadrado: en tal caso, no habría posibilidad de estimar el acto como ejercicio de la función pública (...). En cambio, en los casos de incompetencia relativa, cuando el agente está facultado en abstracto para realizar actos de la misma naturaleza que el indebidamente ejecutado, conservarían su condición pública tanto la actividad como su realizador». Así, en el caso de incompetencia absoluta, el sujeto autor del acto perdería su caracterización como funcionario público (o también persona que participa de una función pública) de tal modo que, para nuestros efectos, dejaría de ser sujeto activo del delito de cohecho pasivo. Véanse también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Cohecho»..., cit., pág. 1367 con amplias referencias jurisprudenciales; COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 157 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2019, cit: pág. 916; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal...*, cit., pág. 1162. PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La corrupción...*, cit., págs. 129 a 130, con amplias referencias jurisprudenciales en este sentido. En la jurisprudencia, véase la ya citada STS 613/2018, de 29 de noviembre, Ponente Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, que recuerda que no es exigible «que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo» añadiendo que «los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular por cuanto entiende que le es posible la realización del acto requerido, que, en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ella relacionada».

⁸⁷⁸ De cualquier manera, parece deberse leer *cum grano salis* la afirmación de DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 88, según el cual «a la hora de definir el objeto de protección del cohecho habrá que tenerse en cuenta que se puede cohechar para pervertir, falsificar, favorecer un delito de contrabando omitir la persecución de un delito, por ejemplo».

de su esfera competencial⁸⁷⁹. En la mayoría de los casos⁸⁸⁰, el acto ilícito objeto del acuerdo constitutivo de delito tenderá a situarse en el marco de los delitos de los funcionarios contra la Administración, destacando, naturalmente, la prevaricación y la malversación (en España) y el *abuso d'ufficio* (en Italia)⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ La *ratio* de esta reducción parece natural corolario de aquella lectura propuesta por la doctrina (prácticamente unánime hoy en día) que hace hincapié en la función pública como eje alrededor del cual se tipifican los delitos contra la Administración pública: el funcionario público tiene como cometido actuar persiguiendo el interés general (al neto de matices que justamente apunta CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., págs. 106 y ss.) en el ejercicio de sus funciones, mientras que, fuera de las mismas, no le incumbe ningún deber distinto al de cualquier otro ciudadano y nada le impide actuar en el interés suyo propio con los límites que gravan sobre cualquier persona. De ahí que, solo cuando ejerce sus funciones tiene el deber de decidir siguiendo un procedimiento «imparcial» y de generar decisiones conformes al principio de legalidad, mientras que, toda vez que su actuación se realiza fuera de su ámbito funcional, la misma no puede tener efectos jurídicos imputables a la Administración, con lo cual carece de sentido sancionarla como ilícito contra la Administración pública. Ahora bien, reténgase que no existen razones para sustraer al funcionario público que actúa al margen de sus vínculos con la Administración a la disciplina a la que ha de someterse cualquier ciudadano «particular»: así parece imponerlo, *in primis*, el propio principio de proporcionalidad. A menos de entender la función pública de forma anacrónica y propia de regímenes de otros tiempos, ha de dejarse claro que la misma presupone una vinculación funcional y no de fidelidad absoluta al Estado, vinculación que termina ahí donde termina el ejercicio real función. Sobre la (próxima a la que aquí se ha apuntado, pero demasiado compleja para ser analizada ahora) cuestión relativa a la relevancia del acto nulo de pleno de derecho, remitimos a cuanto dicho *supra* en el apartado 5.3., nota 728. Sobre la exclusión del delito de cohecho en el supuesto de un Parlamentario para que «use un determinado automóvil», véase RIQUELME PORTILLA, E.: *El cohecho parlamentario*, Thomson Reuter-Aranzadi, 2019, págs. 125 a 126.

⁸⁸⁰ Que no necesariamente en todos (piénsese en el delito de prevaricación judicial, falsedades...). Sobre la cuestión, véase DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 221; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 206.

⁸⁸¹ Sobre el delito de *abuso d'ufficio* se remite a ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., págs. 349 y ss. quien coloca al bien jurídico protegido por el delito en la órbita de la imparcialidad, haciendo hincapié en la ventaja injusta y en el daño injusto a terceros (elementos, ambos, que, no se olvide, no están presentes en la prevaricación administrativa del art. 404 del Código penal español). Véase también PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 269 y ss. con interesantes consideraciones acerca de la posibilidad de considerar como sujeto pasivo del delito al particular dañado injustamente.

Dicho ello, aun sin ser posible aquí y ahora un tratamiento individualizado ni siquiera de estos casos (si se quiere) más paradigmáticos⁸⁸², sí conviene detenernos un momento sobre una posibilidad que antes habíamos descartado: ¿*quid* en el caso en que el acto delictivo objeto del *pactum sceleris* resulte penalmente típico porque ofende el bien jurídico «legalidad» de la acción de la Administración?

Descendiendo a los ordenamientos de los que aquí nos hemos ocupado, conviene retener que, en Italia, no existe un delito que traduzca el tipificado por el artículo 404 del Código penal español. En el artículo 323 del Código penal, mediante la tipificación del *abuso d'ufficio*, se sanciona al funcionario público que «en violación de específicas reglas de comportamiento expresamente previstas por la ley o por actos con fuerza de ley y que no dejen márgenes de discrecionalidad, o bien omitiendo abstenerse en presencia de un interés propio o de un allegado o en otros casos prescritos, intencionadamente procura para sí o para otros una ventaja injusta o provoca un daño injusto para otros»: el objeto jurídico, por tanto, no coincide *sic et simpliciter* con la legalidad de la acción administrativa⁸⁸³. Aun con ello, el legislador ha solucionado el problema del concurso mediante la introducción, en el *incipit* del artículo 323, de una cláusula de consunción expresa («salvo que el hecho no constituya un delito más grave») que resulta perfectamente en línea con la reconstrucción del bien jurídico en tér-

⁸⁸² Sobre el concurso (de delitos) entre cohecho y malversación, véase CADENA SERRANO, F. A.: «Concurso...», cit., *passim*.

⁸⁸³ En las reformas que interesaron la formulación del artículo 323 del Código penal italiano, entre otras cosas, el legislador hizo propia aquella petición doctrinal que, preocupada por la cuestionada *actio finium regundorum* entre el Derecho penal y el administrativo (es decir, por el acuciante problema de los límites a la intromisión del juez del orden penal en la toma de decisiones propias de la Administración), puso el acento sobre la necesidad de que la mera ilegalidad (incluso manifiesta e incluso si perpetrada con dolo directo de primer grado) debe situarse en el terreno de incumbencia de la segunda y no del primero. Si, en precedencia, el delito era configurado como a dolo específico y a consumación anticipada (siendo suficiente para la aplicación de la sanción, que el oficial público abusara de su función *con la finalidad de* procurar una ventaja injusta para sí o para otros o de causar un daño ajeno sin que fuera preciso que se produjeran ni la ventaja ni tampoco el daño) la ley 234/1997 convirtió el abuso de oficio en un delito de resultado. Entre otros, véase GROSSO C.F.: «Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio», en *Foro italiano*, 1999, pt. V, pág. 329 y ss.; DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma...», cit., págs. 3 a 4.

minos pluriofensivos que aquí se ha propuesto: si el acto objeto del acuerdo, en sí mismo considerado, adquiere relevancia penal por resultar en una (grave) violación de la legalidad administrativa (el mismo bien jurídico puesto en peligro en el cohecho propio antecedente), parece preferible virar hacia el concurso de leyes⁸⁸⁴.

Sin que ahora podamos entrar en la interesante y delicada cuestión inherente a los límites del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas⁸⁸⁵, lo cierto es que, en derecho español, el legislador penal ha asumido una postura distinta respecto de la protección del bien jurídico «legalidad de la actuación administrativa»⁸⁸⁶, activando el *ius puniendi* no solo cuando (como en el cohecho o en el *abuso d'ufficio* italiano) la ofensa a este bien jurídico se acompaña al menoscabo de otro(s) bien(es) jurídico(s) relevante(s), sino también en el supuesto en el que, aun protegiéndose la mera legalidad de la actuación administrativa, las modalidades de ataque a este bien resultan especialmente intensas: en el caso de la prevaricación administrativa, la gravedad del ataque al bien jurídico se traduce en la arbitrariedad de la resolución y en el dolo directo de primer grado⁸⁸⁷; en el delito

⁸⁸⁴ Y obsérvese que la solución parece todavía más lógica si, junto con la doctrina mayoritaria, se retiene que el *abuso d'ufficio* no solo protege a la legalidad de la actuación administrativa sino también a la imparcialidad (entendida aquí como deber de asegurar igual trato a los administrados).

⁸⁸⁵ Se remite, entre muchos, a CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 708 y ss.; BENUSI, C.: *Diritto...*, cit., págs. 5 y ss.; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 157 quienes observaban (pero la cuestión parece ahora más que nunca, actual) una «creciente tendencia del juez penal a controlar las elecciones y el obrar de los administradores públicos, a menudo en función de, por así decirlo, *suplencia judicial*, respecto de las ineficiencias y retrasos de la pública Administración. Ello había llevado consigo un doble riesgo: por un lado, de indebida injerencia de la magistratura en las elecciones administrativas; por el otro, de una injustificada criminalización de hechos sin *efectivos* desvalor penal».

⁸⁸⁶ Y, de hecho, véanse las consideraciones de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación...», cit., favorable a la tipificación como delito de la prevaricación imprudente.

⁸⁸⁷ Para la identificación del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación con la «legalidad», véase, entre muchas, la reciente STS 481/2019, de 14 de octubre, Ponente Exmo. Sr. Vicente Magro Servet en la que se lee que «el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento

de cohecho, en cambio, la ilegalidad del acto del cargo deviene penalmente relevante si fruto de la alteración de la imparcialidad procedimental mediante un pacto remunerativo. Y es el menoscabo de este otro bien jurídico que justifica la mayor sanción de la corrupción propia (lesión de la imparcialidad procedimental y puesta en peligro de la legalidad administrativa) o incluso impropia (lesión de la imparcialidad procedimental) respecto de la prevaricación (lesión grave del interés a que la Administración actúe de forma legal)⁸⁸⁸.

Ahora bien, explicada en estos términos la diferencia penológica, de cara a la relación entre el artículo 404 y el 419 del Código penal español, la solución propuesta por el legislador italiano, *a fortiori*, parece deberse preferir al concurso de delitos: toda vez que se aprecie identidad entre los bienes jurídicos protegidos por el cohecho propio y el delito eventualmente objeto del *pactum sceleris*⁸⁸⁹, por

básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades serenas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal». En doctrina, se remite ciertamente, entre muchos a los escritos de Octavio de Toledo a los que ya se ha hecho referencia en numerosas ocasiones en este trabajo.

⁸⁸⁸ Cuestión distinta es que la diferencia de sanción entre corrupción propia y corrupción impropia prevista por el legislador italiano (la pena privativa de libertad en materia de corrupción propia va de un mínimo de seis a un máximo de diez años; en la corrupción impropia, va de un mínimo de tres a un máximo de ocho años, recordando que la misma horquilla abarca también al cohecho de facilitación) y por el legislador español (en la corrupción propia, pena privativa de libertad de tres a seis años, en la corrupción impropia de dos a cuatro años) parezca o no adecuada.

⁸⁸⁹ Reténgase que, en derecho comparado, es difícil encontrar parecidos al inciso que cierra el actual artículo 419 del Código penal español. Y no hay noticias de que se eche en falta. Como se ha dicho, las normales reglas vigentes en materia de concurso de delitos parecen suficientes para solucionar los problemas que plantea la relación entre el cohecho propio antecedente y la eventual realización del acto penalmente ilícito objeto del *pactum sceleris*. La formulación del artículo 419 complica innecesariamente las cosas: el inciso «sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito» sugiere una preferencia constante del legislador para el concurso real, lo que resulta problemático sobre todo cuando existe coincidencia entre bienes jurídicos afectados por el cohecho y el delito objeto del acuerdo (típicamente la prevaricación).

lo menos *de iure condendo*, parece preferible acudir al concurso de leyes⁸⁹⁰.

Por último, es oportuno reiterar que la opinión que aquí se mantiene implica recibir *cum grano salis* aquellos planteamientos que han subrayado que el bien jurídico protegido por el cohecho propio antecedente delictivo varía dependiendo del bien jurídico lesionado por el acto objeto del acuerdo⁸⁹¹ y que parecen hacer *pendant* con las propuestas que insisten sobre la necesidad de descomponer los bienes jurídicos institucionales en bienes jurídicos de titularidad individual y deducir cierto carácter instrumental del bien jurídico «legalidad de la acción administrativa». Así planteada la cuestión, debe retenerse que la legalidad de un acto administrativo no es principio meramente formal: las reglas que están a la base del ejercicio legal de las potestades públicas no pueden entenderse como normas de contorno que imponen un estándar sin razón de ser. Y, si es cierto que un acto administrativo contrario a los deberes del *intraneus* puede determinar una ofensa para intereses (individuales) determinados, dicha afirmación no parece suficiente para restar relevancia a la «legalidad de la acción administrativa» *tout court* como bien jurídico merecedor de protección por parte del ordenamiento jurídico (no solo y quizás no tanto penal) y que sea capaz de abarcar también a aquellos otros supuestos (igualmente reprochables) en los que la afectación a concretos intereses individuales no es (por lo menos, inmediatamente) visible⁸⁹². *Ictu oculi* además, este planteamiento tampoco ayuda en la tarea de

⁸⁹⁰ Debe advertirse, no obstante, que, *de iure condito*, la cláusula final del artículo 419 se opone sin ambages a esta solución. Y, por muy sugerente que parezca, no parece poderse compartir la observación de destacada doctrina que ha degradado la inequívoca indicación legislativa a mera «llamada de atención» (así, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta...*, cit., pág. 229 y, *mutatis mutandis*, OLAIZOLA NOGALES, I.: «La regulación...», cit., pág. 743). Como ya dije en otro lugar (perdónese, una vez más, la referencia a CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., pág. 29), «decir que el legislador ha hablado sin decir nada se acerca peligrosamente a sustituir el intérprete al Congreso de los Diputados, cosa que debería evitarse por muy ilógico que parezca lo que nuestros electos han escrito en el Código».

⁸⁹¹ Así DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., pág. 88.

⁸⁹² Recuérdese cuanto dicho, por ejemplo, en materia de corrupción endoadministrativa (véase *supra* apartados 4.8. y 5.4.3 en los que pueden hallarse argumentos que, en mi opinión, descartan de forma definitiva la posibilidad de reducir la

explicar la supuesta progresión penológica invertida entre cohecho como acuerdo para realizar un ilícito (ya sea penal ya sea administrativo) y realización efectiva del ilícito: aun cambiando los términos de la cuestión («legalidad» por «intereses individuales») el problema sigue existiendo. La solución solo puede venir de la reconsideración del pacto como momento lesivo en sí mismo de bienes jurídicos distintos a los lesionados por el acto: aquí se ha apuntado a la imparcialidad procedimental.

La *querelle*, además, parece relacionada con la identificación de los «deberes del cargo» cuya oposición a la actuación pactada acciona la mayor respuesta penal prevista para los autores del delito de cohecho propio: en un caso (legalidad) tendrá relevancia todo acto pactado «ilegal»; en otro (bienes jurídicos individuales subyacentes) el acto será contrario a los deberes toda vez que afecte intereses individuales merecedores de tutela. Aun teniendo que remitir a otros lugares para un examen satisfactorio de la problemática inherente a la contrariedad/conformidad con los deberes del *intraneus* del acto corrupto, tanto *de iure condito* como *de iure condendo*, se prefiere suscribir aquí la postura que identifica la contrariedad a los «deberes» con la infracción del «deber específico de uniformar los concretos actos del oficio o del servicio a las normas de ley o a las otras directrices de la Administración pública»⁸⁹³, siendo relevante toda violación no solo de la ley sino también de normas administrativas o sectoriales⁸⁹⁴

aplicación del cohecho propio antecedente a supuestos en los que resulte directamente afectado un interés (directamente) adscribible a un individuo concreto).

⁸⁹³ VASSALLI, G.: «Corruzione...», cit., *loc. cit.*, En el mismo sentido, TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 189 y ss.; GIANNITI F.: «Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale», en *Studi in onore di B. Petrocelli*, Giuffrè, Milano, 1972, tomo II, pág. 835.

⁸⁹⁴ Entre muchos, sea suficiente remitir ahora a las consideraciones de PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 219 a 220 quienes correctamente recuerdan que, si el acto del cargo no se identifica con el acto administrativo, la contrariedad a los deberes del primero no puede hacerse coincidir con la ilegitimidad del segundo. De hecho, ni un acto no susceptible de ser impugnado ante la Administración o ante el orden contencioso administrativo es, por eso solo, conforme a los deberes del cargo (*Ibidem*: 219); ni un acto considerado legítimo por la Administración o por el juez del orden contencioso administrativo es, por eso solo, conforme a los deberes del cargo (*Ibidem*: pág. 227).

(reglamentos, circulares, instrucciones de servicio...⁸⁹⁵ y hasta costumbres⁸⁹⁶).

Por último, también parece oportuno reconsiderar ciertas posturas quizás demasiado críticas que observan un excesivo formalismo en el bien jurídico así reconstruido: convendría insistir en que, poner el acento sobre la legalidad del acto no implica deslizar la *ratio* de la sanción hacia la preservación de la moralidad del funcionario público ni hacia su deber de fidelidad hacia la Administración: en verdad, no parece que haya nada «excesivamente formal» en la preservación de la legalidad de las manifestaciones de voluntad de la Administración pública (artículo 9.3 y 103 de la Constitución española)⁸⁹⁷. Con todo, como ya se ha dicho, lo anterior no parece incompatible con la llamada de atención de aquella parte de la doctrina que subraya la importancia de los intereses individuales eventualmente lesionados por el acto eventualmente realizado por el *intransiens*. En este sentido, parece poderse defender que los principios constitucionales rectores de la actividad administrativa no integran un manifiesto abstracto programático total o parcialmente desligado del día a día de los ciudadanos destinatarios (y también financiadores) de la acción de la Administración, pero lo anterior no debe hacer olvidar que el interés general en

⁸⁹⁵ Por todos, véase MANZINI, V.: *op. cit., loc. cit.*; ANTOLISEI, F.: *Manuale...Parte Speciale...*, cit., *loc. cit.* LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 257. Afirma que es contrario a los deberes del oficio el acto que contrasta con las instrucciones del servicio también Cass. Pen. Sez. VI, de 9 noviembre de 1967 en *Cassazione penale Massimario Annotato*, 1968, pág. 1054, m. 1610. Califica como corrupción propia el acto que tiene como objeto la realización de actos que suponen el quebrantamiento de ordenes de servicio, entre otras, SAP Sevilla, 43/2000, de 12 de abril, Ponente Illmo. Sr. D. Antonio Gil Merino.


⁸⁹⁶ GROSSO, C. F.: «Commento...», cit., pág. 189. Véase, en el mismo sentido, GIANNITI, F.: «Il problema...», cit., pág. 835; PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...cit.*, pág. 227. Véase también Cass. Pen. Sez. VI, de 9 de noviembre de 1967...cit.

⁸⁹⁷ El bien jurídico «legalidad», por otra parte, puede considerarse sustancialmente equivalente al «deber de respeto de poderes y competencias de la administración» contenido en el artículo 97 de la Constitución italiana así como definido por Tagliarini. Como se ha observado, «es evidente que los ciudadanos tienen derecho, tal como se reconoce en el artículo 103 CE a exigir que la Administración Pública sirva ‘con objetividad los intereses generales’ y actúe ‘con sometimiento pleno a la ley y al Derecho’» (así, por ejemplo, la ya citada SAP Málaga, 586/2014 de 7 de noviembre, Ponente Illmo. José Godino Izquierdo).

su respeto trasciende la relación puntual y concreta de este o aquel administrado con la Administración. Así las cosas, la protección de los intereses (individuales, pero también supraindividuales e incluso referibles a la propia Administración) menoscabados por el acto ilegal pactado (o, lo que es lo mismo, por la omisión del acto debido) junto con el interés general (que pertenece también a aquellos ciudadanos que no se ven directamente afectados por el acto, pero que, en cuanto ciudadanos, tienen interés en la sumisión de la Administración al dictado constitucional), más que plasmarse en un objeto de protección «a geometría variable» (que, dicho sea de paso, encontraría ciertas dificultades toda vez que es llamado a desempeñar su función crítico-interpretativa), parece responder, en realidad, a la *ratio* del (mayor) reproche de la corrupción propia.

5.5.1.2. La imparcialidad procedimental y la corrupción antecedente impropia

Reténgase que aquí se consideran superponibles las disyuntivas corrupción propia/corrupción impropia e ilegalidad/legalidad del acto objeto del *pactum sceleris*. Así las cosas, habrá de entenderse como cohecho antecedente impropio aquel acuerdo remuneratorio que tenga como objeto la realización de un acto legal futuro por parte del *intraneus*.

Para evitar malentendidos, conviene aclarar que, *de iure condito*, la distinción entre acto reglado (dado un supuesto de hecho «X», solo es legal el acto «A») y acto discrecional (dado un supuesto de hecho «X», son legales tanto el acto «A» como el acto «B» y la elección depende del ejercicio de la discrecionalidad de la Administración) es transversal a la contraposición corrupción propia/corrupción impropia y no ivalente a la misma. O, dicho de otra forma, tanto en un supuesto actuación reglada como discrecional, podrán producirse (o pactarse) actos conformes a los deberes del cargo o contrarios a los mismos⁸⁹⁸.

⁸⁹⁸ Por todos, véase ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., págs. 208 y ss. Interesantes también las consideraciones de BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 72 y ss.

Así concebida, la corrupción antecedente impropia pasiva se encuentra tipificada por el artículo 318 del Código penal italiano y por el artículo 420 del español. La vertiente activa del delito, por su parte, se tipifica en los artículos 320 y 321 del Código penal italiano y 424 Código penal español.

Si se acepta la reconstrucción del bien jurídico protegido que aquí se propone, la penalización de la corrupción impropia antecedente no precisa de mayores justificaciones.

Debe compartirse, en suma, cuanto afirmado por la doctrina más destacada que ha reconocido que el menoscabo de la imparcialidad «se produce en el momento en que se constata un ‘acuerdo’ o ‘trato’ entre funcionario y particular, dirigido a la obtención de una resolución o acto concreto. Es en este momento cuando el funcionario se coloca en una posición parcial frente a la futura adopción de una decisión o resolución, sin que la naturaleza del acto sobre el que versa el acuerdo o incluso su efectiva realización incidan, por lo menos, de forma directa, sobre el núcleo fundamental del injusto. Esto significa que el contenido propio de este delito queda perfectamente abarcado por el mal llamado cohecho impropio, que debería integrar la modalidad básica»⁸⁹⁹.

Dicho ello, si, *de iure condito*, ninguna diferenciación entre actos reglados y discrecionales resulta compatible con la *litera legis*, aun brevemente, crearía conveniente dejar patente cierta perplejidad de cara a sugerentes propuestas avanzadas por la doctrina más destacada que apuntan en este sentido en una óptica *de iure condendo*⁹⁰⁰: la premisa parecería cifrarse en que la comercialización de la discrecio-

⁸⁹⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 85 que cita expresamente a CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 104 a la que ya se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo. Con estas premisas, sin embargo, suena algo apodíctica la conclusión de la autora que aboga por la despenalización (o propone una interpretación que, *de iure condito*, es difícilmente aceptable) de la corrupción impropia toda vez que el acto objeto del acuerdo es de naturaleza reglada. La premisa teórica de la que la misma parte, en efecto (que la naturaleza del acto objeto del acuerdo es indiferente para la lesión del bien jurídico) contradice la conclusión propuesta (que, para la afectación del bien jurídico protegido, el acto ha de postularse como discrecional).

⁹⁰⁰ Así, por ejemplo, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código penal español», en *Diario la Ley*, n. 8526, 2015 (versión electrónica) quien sugiere la creación de un «tipo o subtipo agravado para las conductas relativas a la solicitud o recepción

nalidad administrativa sería más grave que la transacción relacionada con actos reglados conformes a los deberes del *intraneus*⁹⁰¹: toda vez que «el funcionario transacciona con la posibilidad de beneficiar al particular, poniendo por delante todas las posibilidades que le permite su margen de apreciación», se ha dicho, «la única solución plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad» es aplicar una pena mayor a la que correspondería «si un particular decide pagar a un acto reglado y conforme a derecho» porque, en ese segundo caso, «el funcionario que admita o reciba esa contraprestación estará aprovechándose de sus miedos, de su ignorancia pero no compromete su deber de operar en una posición de extraneidad con respecto a interferencias privadas»⁹⁰² y, por lo tanto (que es lo que aquí interesa) su conducta no afectaría al bien jurídico protegido.

En una primera aproximación, la postura parece apoyarse en una idea de la lesividad del delito de cohecho que pivota sobre el acto objeto del acuerdo: si se pretende decir que el acto reglado objeto de compraventa, puesto que es el mismo que se hubiera dictado sin el acuerdo, no merece una sanción penal (*rectius*: la compraventa merece una sanción inferior) poco cabe añadir a cuanto ya dicho *supra*: la discrecionalidad no supone arbitrariedad y, que el acto pactado difiera del que se habría realizado sin el *pactum sceleris*, no aporta gran cosa en términos de afectación al bien jurídico.

Mirando más de cerca el supuesto de hecho planteado, queda por recordar que lo que aquí se defiende es que la intervención de una remuneración privada en el proceso de toma de decisión del *intraneus* claramente dirigida hacia la finalización de dicho proceso (la adopción de un acto) supone una alteración del *iter* decisional incompatible con la imparcialidad que debe guiarlo. Distinto es que (como parece postularse en el supuesto de hecho planteado) el *intraneus* utilice artificios (o incluso coacción) para provocar la dádiva o que el particular persiga con la misma finalidades más o menos reprochables (evitar una injusticia o conseguirla) y que, en razón de los artificios y/o

de dádiva o a la aceptación de ofrecimientos o promesa por la realización de actos discrecionales»

⁹⁰¹ O así me parece entender el argumento de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Política...», cit., pág. 3.

⁹⁰² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Política...», cit., pág. 3.

de las finalidades, (como ha hecho el legislador italiano) se considere oportuno matizar (en España, *de iure condendo*) el merecimiento de sanción tanto de uno como del otro. Vistos los límites de este trabajo, conviene ahora remitir al complejo y largo debate que ha ocupado la doctrina italiana a lo largo de varias décadas acerca de la *actio finium regundorum* entre corrupción y concusión (ahora enriquecido por la presencia de la «inducción a dar o prometer»)⁹⁰³, manteniendo que no parece aquí que el carácter reglado o discrecional del acto incida significativamente sobre la afectación al bien jurídico. De hecho y en sentido contrario, bien podría decirse que, prospectar al *extraneus* la realización de un acto reglado contrario a los deberes para empujarle a proporcionar un beneficio es cosa por lo menos igualmente reprochable que amenazar un ejercicio distorsionado del poder discrecional.

5.5.2. *La imparcialidad procedimental y la corrupción subsiguiente*

A la luz de la configuración del bien jurídico propuesta, es seguramente problemático dar cuenta de la penalización de la corrupción subsiguiente, tanto propia como impropia. En estos casos, es complejo fundamentar la sanción en la intromisión de intereses espurios en el procedimiento de toma de decisión del *intraneus*, ya que, en el cohecho subsiguiente, el acuerdo interviene después de que ese procedimiento ya ha concluido. Así las cosas, parece deberse convenir que, en la corrupción subsiguiente, lo que se sanciona no es sino el peligro de que, en el futuro, se produzca corrupción antecedente (propia e impropia). En otras palabras, la penalización de la recompensa por un acto ya realizado, encontraría su *ratio* en el peligro de que la misma implique, en el futuro, una incapacidad por parte del funcionario público de desarrollar de forma imparcial el proceso de toma de decisión⁹⁰⁴: el *intraneus* «A» que acepta de «B» una recompensa por el

⁹⁰³ Al que nos hemos referido brevemente *supra* en los apartados 2.2. y 3.5.2.

⁹⁰⁴ En este sentido, véanse ORTOS BERENGUER, E.: «Cohecho...», cit., págs. 477 a 478; CARDENAL MONTRAVETA, S.: «Concepto...», cit., págs. 306 a 307; KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos...», cit., pág. 8. No puede compartirse, por lo tanto, la opinión de destacados autores que han sostenido que «la recepción de la

acto «X» ya realizado, toda vez que tenga que volver a intervenir en un proceso de decisión en el cual esté involucrado el mismo «B» (*rectius*: cuando estén en juego intereses de «B»), se encontrará (peligrosamente) expuesto al riesgo de verse condicionado por la recompensa recibida. Con la criminalización de esta hipótesis de corrupción, el legislador ha considerado este riesgo como no tolerable. Con todo, a la hora de aplicar el tipo penal, el juez deberá interrogarse (mediante una prognosis póstuma) acerca de la efectiva idoneidad del acuerdo para perjudicar la imparcialidad en futuros procesos de toma de decisiones.

Aunque, en parte, avaladas por los legisladores italiano y español, no parece se deban compartir otras perspectivas de análisis que explican la tipificación (*rectius*: la igualdad de sanción entre corrupción antecedente y subsiguiente) con supuestos alivios probatorios⁹⁰⁵. Con ello, no se pretenden minimizar las dificultades que entraña el hallazgo de la prueba de un acuerdo que no se sustancia en una transferencia de algo tangible⁹⁰⁶, sino denunciar la mala costumbre de solucionar

retribución no induce a pensar que el sujeto activo ya no será imparcial, con una prognosis que sería una sospecha; demuestra, más bien, que el sujeto ya ha aceptado de crear, si bien *ex post*, una relación sinalagmática entre el acto realizado y la retribución; demuestra que está dispuesto a realizar actos de su oficio por retribución; demuestra, en una palabra, que no es imparcial» (así, SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., pág. 280). Si leo correctamente, según estos autores, la parcialidad consistiría en la «disposición a realizar, en el futuro, actos de su oficio por retribución». Según la perspectiva que aquí se adopta, si no se quiere ser blanco fácil de las objeciones sobre las que tanto se ha insistido en este trabajo, convendría precisar que la «parcialidad» penalmente relevante es la que se sustancia la conclusión de un acuerdo remuneratorio para realizar actos del cargo. En el caso del cohecho subsiguiente, la «disposición» de la que hablan los autores es solo presunta, ya que la misma no se ha sustanciado en acuerdo ninguno. Por esta razón, incluso aceptando la formulación de Segreto y De Luca, respecto de la corrupción subsiguiente, parece más correcto hablar de mera puesta en peligro para el bien jurídico.

⁹⁰⁵ Sobre la cuestión, se remite a cuanto dicho *supra* en el apartado 5.2.1.2.

⁹⁰⁶ Obsérvese que, vigente, en Italia, la disciplina anterior a 1990, el intento propuesto por cierta jurisprudencia de desplazar la consumación del delito al momento en el que se consumaba la transacción (con finalidades dilatorias relacionadas con la prescripción), había sido denunciado por parte de la doctrina por su contrariedad manifiesta con la *litera legis*: entonces como ahora, en Italia como en España, debe retenerse que el delito de cohecho se consuma en el momento en el que se produce el acuerdo entre funcionario y *extraneus*, acuerdo que bien

problemas de prueba modificando el Derecho penal sustantivo. Si es cierto, como se defiende en este trabajo, que, en la corrupción subsiguiente, el bien jurídico protegido no resulta lesionado sino tan solo puesto en peligro, equiparar la sanción de esta vertiente del cohecho con la prevista por la respectiva hipótesis antecedente, equivale a proporcionar una misma pena, respectivamente, a la lesión y a la mera puesta en peligro de un mismo bien jurídico, lo que resulta difícilmente aceptable.

Respecto de la postura que aquí se defiende, no resultan del todo persuasivas las consideraciones críticas formuladas por parte de la doctrina que sustancialmente ha defendido la inutilidad de un delito de corrupción subsiguiente reconstruido en estos términos, puesto que su espectro aplicativo ya resultaría abarcado por la penalización del cohecho antecedente (y, sobre todo, en consideración a la función)⁹⁰⁷. A este planteamiento, en mi opinión, cabe oponer que, una cosa es perturbar la imparcialidad en el proceso de toma de decisión mediante un soborno; otra distinta es remunerar un acto del cargo ya realizado, generando un peligro (abstracto) para la imparcialidad de futuros procesos de toma de decisión. Si no se «exteriorizan» reflejándose en el acuerdo corrupto, las (más o menos evidentes) expectativas de los sujetos implicados (el *extraneus* que recompensa y el *intraneus* que es recompensado) de futuras alteraciones del proceso de toma de decisión no convierten por sí solas la recompensa en un cohecho antecedente. Al contrario, si la recompensa incluye un acuerdo sobre futuros actos concretos o sobre la futura puesta a disposición del car-

puede consistir en la aceptación por parte del primero de un ofrecimiento o una promesa del segundo, siendo irrelevante (de cara al momento consumativo) que la *traditio* intervenga en un segundo momento. En la doctrina italiana, se inclinan para admitir el desplazamiento de la consumación al momento en el que se produce la *traditio* (si la misma sigue a la promesa) PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 258; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 269 y 270; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 235 a 236. En sentido contrario, entre otros, SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *Delitti...*, cit., pág. 321; ROMANO, M.: *I delitti...*, cit., págs. 164 y ss.; BALBI, G.: *I delitti...*, cit., págs. 136 y ss. con argumentos que aquí sustancialmente se comparten.

⁹⁰⁷ Si leo correctamente, esta es sustancialmente la crítica que formula RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 71 a 72.

go⁹⁰⁸, al cohecho subsiguiente, se sumará un cohecho antecedente o de facilitación, respectivamente.

Con todo, *de iure condendo*, no se quiere negar que, desde un punto de vista político-criminal, el sentido de una criminalización expresa de la corrupción subsiguiente es probablemente inversamente proporcional a la amplitud con la que se tipifica el cohecho de facilitación⁹⁰⁹: quizás solo anclando (como se sugerirá más adelante) este último ilícito a parámetros (algo más) tangibles y sintomáticos de su lesividad (como, por ejemplo, la repetición en el tiempo de las remuneraciones; una relación sinalagmática entre la prestación del *extraneus* y el ejercicio de la función del *intraneus* con todo lo que ello supondría de cara a la necesidad de una relación entre las expectativas del *extraneus* y el ámbito de competencia del *intraneus* o a la entidad mínima de la dádiva penalmente relevante, etc⁹¹⁰.) podría quedar un espacio «relevante» para la sanción de la corrupción subsiguiente.

Y, por último, también debe reconocerse que, desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico por parte de las distintas vertientes del cohecho, la corrupción subsiguiente es ciertamente la *Cenerentola*. De ahí que, (sobre todo en el caso de la corrupción subsiguiente impropia) costaría criticar cualquier decisión legislativa que optara, más o menos decididamente, para su traspaso al terreno del ilícito administrativo (especialmente si acompañada por una atenta reflexión sobre los medios de investigación disponibles en supuestos de corrupción y, en España, sobre la independencia del acusador público, sobre la relación entre aforamientos y nombramiento de los jueces que juz-

⁹⁰⁸ Piénsese en el caso en el que el cohecho (aparentemente) subsiguiente se vincula expresamente a un acto futuro/al ejercicio futuro de la función: en un caso «de laboratorio», diríamos que el particular manifiesta al funcionario «quiero compensarte por este acto que tan diligentemente has expedido para que lo tengas en cuenta en el futuro cuando resuelvas la solicitud que acabo de presentar/las probables solicitudes que presentaré» y que el funcionario acepta y agradece, dejando claro que «lo tendrá en la debida cuenta en la ya fijada fecha en la que tendrá que dictar la resolución en la que tiene interés el *extraneus*/en el futuro ejercicio de aquellas funciones relacionadas con los intereses del *extraneus*.

⁹⁰⁹ Véase, por ejemplo, PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 304 a 305.

⁹¹⁰ Advirtiendo desde ahora que este trabajo, por su objeto, no es el lugar más adecuado para analizar en profundidad el delito de cohecho de facilitación y menos aún para entrar en detalles de propuestas de reforma del mismo. De cualquier forma, se remite a cuanto se dirá *infra*, en el apartado 5.5.4.

gan a los aforados, etc.). Lo anterior, naturalmente, teniendo presente que, vigente el Código penal español, la corrupción subsiguiente se castiga (mucho) más intensamente que el cohecho de facilitación⁹¹¹.

5.5.2.1. La vertiente propia de la corrupción subsiguiente

Definido el bien jurídico afectado por la corrupción subsiguiente, tanto propia como impropia, queda por examinar si, al igual que acontecía en las hipótesis antecedentes, aquí también el acto ilícito objeto (*rectius*: causa) del acuerdo remuneratorio supone un *plus* en términos de desvalor; dicho con otras palabras, hay que preguntarse si el quebrantamiento de la legalidad (aquí anterior al acuerdo) debe inducir a considerar al cohecho propio subsiguiente como delito pluriofensivo o, lo que es lo mismo, que implica la lesión de dos o más bienes jurídicos diferentes.

Tanto en Italia como España, en este sentido parece apuntar la regulación vigente que extiende a la corrupción subsiguiente las penas previstas para la vertiente antecedente, manteniendo, por lo tanto, la diferenciación entre corrupción propia (castigada más gravemente) e impropia. Y, si ya se ha criticado la equivalencia de sanción entre corrupción antecedente y subsiguiente en consideración al diferente grado de afectación al bien jurídico protegido, queda por explicar en términos de lesividad la diferencia de tratamiento entre cohecho subsiguiente propio e impropio.

La opinión que se mantiene es que aquí también pesa la ilicitud del acto ya realizado, que supone una lesión de aquel bien jurídico que anteriormente habíamos definido como legalidad de la actuación administrativa (penalmente relevante solo en determinados casos). En definitiva, parecería que, en el cohecho subsiguiente propio, los bienes jurídicos afectados son los mismos que en el cohecho antecedente propio, pero el menoscabo de su sustrato se produce en términos opuestos: mientras que la corrupción antecedente propia sanciona la lesión del bien jurídico «imparcialidad en el proceso de toma de decisión» si asociada a la puesta en peligro de la legalidad de la actuación administrativa, en la vertiente subsiguiente impropia, lo que se san-

⁹¹¹ Sobre esta cuestión, también volveremos *infra* en el apartado 5.5.4.

ciona, es el quebrantamiento en términos de lesión de la legalidad si relacionada con la puesta en peligro (abstracto)⁹¹² de la imparcialidad procedimental.

No conviene insistir en cuanto ya se ha dicho en el anterior acápite acerca de las críticas que merece la equiparación en la sanción de las dos hipótesis (antecedente y subsiguiente). Aquí solo interesa recordar, en primer lugar, que el legislador penal atribuye mayor importancia al bien jurídico «imparcialidad en el proceso de toma de decisión» que al respeto de la legalidad administrativa. En segundo lugar, debe recordarse que, con carácter general, el quebrantamiento de la legalidad entra en el abanico de cuestiones que merecen la atención del legislador penal solo en determinados casos de especial gravedad: en la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código penal español, si la misma es objeto de dolo directo de primer grado y si la ilegalidad afecta a una resolución de forma grosera, esperpéntica, especialmente evidente; en el *abuso d'ufficio*, solo si, con la misma, se terminan produciendo un daño y una ventaja; en el cohecho propio (tanto antecedente como subsiguiente) solo si es consecuencia (en el cohecho antecedente) o causa (en el cohecho subsiguiente) de una afectación (lesión en el cohecho antecedente y puesta en peligro en el cohecho subsiguiente) de la imparcialidad en el proceso de toma de decisión.

5.5.2.2. La corrupción subsiguiente impropia

La corrupción subsiguiente impropia es la hipótesis de cohecho de menor gravedad: el único bien jurídico que se pone en peligro es la imparcialidad procedimental y el merecimiento de sanción de esta conducta es debatido, tanto en Italia como en España.

En Italia, antes de la reforma del año 2012, era opinión unánime que la corrupción subsiguiente impropia activa fuera la única vertiente del delito en la que se diferenciaba *quoad poenam* al *intraneus* del

⁹¹² Si se prefiere, puede hablarse aquí de situación de peligrosidad de una conducta. Sobre la diferenciación entre resultado de peligro y conducta peligrosa, véase HIRSCH, H. J.: «Peligro y peligrosidad», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1996, págs. 509 a 529; en la doctrina española, véase MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «La deriva...», cit., págs. 500 y *passim*.

extraneus: el primero se consideraba impune. La modificación del año 2012 del artículo 318 del Código penal (que, como hemos visto, hoy aglutina tanto hipótesis de corrupción impropia como de cohecho de facilitación) ha complicado la cuestión que se encuentra hoy debatida: frente a quienes, poniendo en valor el dato literal de la nueva norma, consideran delictivo el cohecho subsiguiente activo (tanto propio como impropio), otros autores, pretendiendo proporcionar una interpretación orientada por el bien jurídico, han excluido la tipicidad de este supuesto⁹¹³.

Según la reconstrucción que aquí se propone, las consideraciones relativas al merecimiento de castigo de la corrupción subsiguiente activa son las mismas que deben formularse respecto de la respectiva vertiente pasiva: si ya parecería entendible el traspaso al derecho administrativo sancionador de la corrupción subsiguiente *tout court, a fortiori*, no habría nada que objetar frente a la despenalización de la menos grave hipótesis de corrupción subsiguiente impropia. Con todo, la opción (hoy abandonada) de excluir la punibilidad del *extraneus* parecería poderse respaldar con consideraciones de política criminal y, por supuesto, teniendo en cuenta la (seguramente reducida) entidad de la afectación al bien jurídico en la hipótesis *de qua*.

Ahora bien, si la despenalización de la vertiente activa de la corrupción subsiguiente parecería defendible, incluso ese camino, una vez emprendido, debe andarse sin abandonar cierta racionalidad sistemática, lo que no parece haber sucedido en el caso del Código penal español. Y, de hecho, el actual artículo 424.1 parece apuntar hacia la irrelevancia penal del cohecho subsiguiente activo, tanto propio como impropio. Empero, la defectuosa técnica legislativa utilizada por el legislador deja (innecesariamente) dudas respecto de la punibilidad de subsumir dichos comportamientos en el artículo 424.2: si el primer apartado de la norma ~~que hoy se ocupa de cohecho activo no da lugar a discusiones toda vez que introduce el dolo con la preposición «para» (y no «por»)~~, el segundo castiga al «particular» que entrega⁹¹⁴ dádiva

⁹¹³ Sobre la cuestión, se remite a cuanto dicho *supra* en el apartado 3.5.1., nota 263.

⁹¹⁴ Por lo tanto, excluyendo las hipótesis de ofrecimiento o promesa no aceptadas. Véase CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., págs. 27 a 28 e *Idem*: *La insoportable...*, cit., págs. 186 y ss.

o retribución⁹¹⁵ «atendiendo a la solicitud» del *intraneus* sin mayor restricción. Si es cierto que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, resultarían perfectamente compatibles con la *litera legis* exégesis que supongan la punibilidad del cohecho activo subsiguiente (tanto propio como impropio) solo en el supuesto en el que el *extraneus* haya sido abordado por el sujeto público. Junto con la difícil compatibilidad de esta opción con el principio de proporcionalidad, consideraciones de carácter sistemático sugieren ciertamente asumir una postura más restrictiva que, corrigiendo a la *litera legis* extendiendo *in bonam partem* la limitación prevista en el primer apartado de la norma, excluya la relevancia penal de la corrupción subsiguiente también en el supuesto considerado por el artículo 424.2. Lo anterior, al neto de un llamamiento al legislador para que procure disipar toda duda aclarando sin ambigüedades su opción mediante la necesaria modificación de la norma⁹¹⁶.

5.5.3. Las hipótesis de instigación a la corrupción frente al bien jurídico protegido: crítica a la solución española

De forma algo original, el Código penal italiano dedica una norma rubricada «instigación a la corrupción» a la sanción de la solicitud del *intraneus* no atendida por el *extraneus* y, viceversa, al ofrecimiento o promesa del *extraneus* no aceptados por el *intraneus*. El precepto prevé la aplicación de una pena inferior (de una tercera parte) respecto de la prevista en los casos en los que el pacto efectivamente se sella (la solicitud o la promesa son aceptadas, el ofrecimiento es recibido...).

Debido a la complejidad de la cuestión, conviene ahora prescindir de las intensas (y dogmáticamente apasionantes) discusiones de la doctrina italiana acerca de la naturaleza de esta norma (tipificación expresa de una tentativa unilateral en un delito necesariamente pluripersonal⁹¹⁷; derogación expresa al principio recogido en el artículo

⁹¹⁵ No acompañadas por el inciso «de cualquier clase» y, por lo tanto, siendo atípicas las retribuciones no evaluables económicamente. Véase CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., págs. 32 a 33.

⁹¹⁶ Sobre esta cuestión, se perdona la remisión a CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., pág. 20 y ss.

⁹¹⁷ Interpretación que me parece preferible.

115 del Código penal de acuerdo con el cual la instigación infructuosa no es punible; norma sustancialmente inútil...): de cara a la problemática que ahora nos ocupa, no parece que la solución de la *querelle* sea imprescindible⁹¹⁸.

Lo que sí parece conveniente subrayar ahora es que la elección penológica del legislador italiano parece más acorde con la reconstrucción del bien jurídico que aquí hemos propuesto (y, dicho sea de paso, con la gran mayoría de las reconstrucciones del bien jurídico que se han defendido, tanto en Italia como en España⁹¹⁹). Si el acuerdo entre *intraneus* y *extraneus* implica una lesión de la «imparcialidad procedimental» (pero piénsese sin problema en el bien jurídico que se prefiera), parece incontrovertible que la solicitud del funcionario público o el ofrecimiento o la promesa del *extraneus*, antes de ser aceptadas o recibidas, pueden implicar su puesta en peligro, pero nunca su lesión. De ahí que el bien jurídico, lesionado en las hipótesis de cohecho antecedente, se encuentra tan solo puesto en peligro en los supuestos de instigación a la corrupción antecedente⁹²⁰.

Naturalmente, las cosas se tornan más complejas cuando el propio acuerdo representa una mera puesta en peligro para el bien jurídico como en el caso en el que tiene como objeto una recompensa por algo ya realizado (corrupción subsiguiente).

⁹¹⁸ Para una breve panorámica de las opiniones expresadas por los autores italianos, véase PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 271 y ss.

⁹¹⁹ Absolutamente minoritaria la tesis según la cual la mera solicitud del funcionario público implicaría ya una lesión del bien jurídico protegido. E *ictu oculi* ello parecería posible solo si se aceptara una acotación del objeto jurídico del delito meramente formal: así, por ejemplo, aquella jurisprudencia que ha defendido que la solicitud del funcionario lesiona el bien jurídico protegido, ha cifrado el interés tutelado en la «integridad profesional del funcionario» (así STS de 22 de diciembre de 1980, Ponente Excmo. Benjamín Gil Sáez citada, junto con otras en el mismo sentido, por VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 94). Empero, como ya hemos dicho, no parece poderse compartir la inclusión de la «integridad» en el espectro de lo protegible por el Derecho penal.

⁹²⁰ Y, como se ha observado en doctrina, no existe «motivo racional alguno» que pueda sustentar la idea de que la instigación a la corrupción apunte a proteger un bien jurídico distinto respecto de las demás hipótesis de cohecho (así BALBI, G.: *I delitti...*, cit., pág. 288. Véase también FORNASARI, G.: «Delitti...», cit., pág. 224).

En Italia, es opinión mayoritaria que la reforma del año 2012 ha obliterado la punibilidad de la instigación a la corrupción subsiguiente⁹²¹. Y, aun reiterando la seguramente marginal incidencia de este tipo de supuestos, no puede ocultarse que, defender la sanción penal de esta vertiente de la instigación, equivale a castigar comportamientos que suponen un peligro-de-peligro de lesión del bien jurídico protegido, lo que resulta ciertamente problemático de cara a la vigencia del principio de lesividad. Con todo y aun así, la elección del legislador italiano sigue siendo intachable desde el punto de vista de la vigencia del principio de proporcionalidad, ya que, aun sancionado el peligro-del-peligro para el bien jurídico, reduce (en una tercera parte) la sanción prevista para el supuesto de peligro para el bien jurídico (corrupción subsiguiente consumada).

Por lo que respecta al Código penal español, difícilmente puede ser objeto de discusión que, *de iure condito*, se equiparan en cuanto a pena las hipótesis en las que el pacto llega efectivamente a sellarse y aquellas en las que uno de los dos sujetos tan solo intenta⁹²² llegar a su conclusión⁹²³. Es bastante habitual explicar dicha equiparación alegando razones político-criminales: el legislador habría considerado

⁹²¹ Como ya hemos visto, la *querelle* acerca de la punibilidad, junto con el cohecho de facilitación, de la corrupción impropia subsiguiente, afecta también al ámbito de aplicación de la instigación a la corrupción que, según la que parece la opinión mayoritaria, hoy abarca también a supuestos de ofrecimiento, solicitud o promesa no aceptadas cuando se dirigen a recompensar actos ya realizados. Véase brevemente cuanto apuntamos *supra* en el apartado 2.2.3.3.

⁹²² Recuérdese que, antes de la reforma de 2010, la corrupción activa se tipificaba como el hecho de cualquier persona que corrompiera o «*intentare*» corromper. Y, hoy en día, en el artículo 286-ter, se sigue describiendo la conducta de cohecho activo como «corromper» o «intentar corromper». Sobre la indeseable asimetría existente entre la descripción de las conductas típicas en los delitos de corrupción pública, privada, internacional y transnacional, se remite a CERINA, G. D. M.: *La insopportable...*, cit., págs. 183 y ss.

⁹²³ Ciertamente clara es, en este sentido, la STS 613/2018, de 29 de noviembre, Ponente Exmo. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (ya repetidas veces mencionada) en la que se lee que «recibir es tomar uno lo que le dan o envían; en consecuencia, el funcionario o autoridad toma la dádiva o presente y aquí sí se produce, a diferencia de la forma anterior, un previo acuerdo entre el funcionario —a sancionar por éste tipo— y el tercero —a hacerlo por cohecho activo».

preferible conminar la misma pena a la lesión y a la puesta en peligro del bien jurídico protegido⁹²⁴.

Ahora bien, como ya hemos dicho, el problema de la compatibilidad de esta opción político-criminal con los principios generales del ordenamiento penal se vuelve más acuciante toda vez que el adelantamiento de la punibilidad se lleva a cabo en una vertiente del delito en la que incluso la conclusión del pacto se configura como una puesta en peligro para el bien jurídico (piénsese en el caso del artículo 421 del Código penal que se ocupa del cohecho subsiguiente⁹²⁵).

Empero, a diferencia que en Italia, la solución legislativa española parece censurable bajo un doble punto de vista: en primer lugar, al igual que vigente el actual artículo 322 del Código penal italiano, en

⁹²⁴ En este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 104, por lo menos, respecto de la solicitud. En el mismo sentido (de admitir que, con la sanción de la solicitud se «adelantan las barreras de protección al bastar con la simple petición del funcionario»), véase, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., págs. 175, en donde se lee claramente que «la gravedad de este tipo de comportamiento ha conducido al legislador a adelantar las barreras de protección. Por este motivo, ha equiparado la efectiva obtención del acuerdo y su intento que, desde la perspectiva del bien jurídico propuesto integra una mera puesta en peligro. En efecto, la solicitud del funcionario no seguida de la aceptación de la propuesta hecha por el particular no es capaz de afectar al principio de imparcialidad aunque sin duda pone de manifiesto la voluntad del funcionario que intentó el pacto, de adoptar una posición parcial respecto a su futura decisión de mediar una gratificación». No del todo clara resulta a este respecto la postura de Olaizola que, en un primer momento, parece suscribir la tesis que aquí se defiende (OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito...*, cit., pág. 259), pero que, más adelante, (*Ibidem*: pág. 444) observa que, «cuando el particular corrompe o intenta corromper pone en peligro ese bien jurídico». Esta última anotación parece apoyarse sobre presupuestos que aquí no se comparten (que el bien jurídico pueda ser lesionado tan solo por el funcionario público, mientras que el *extraneus*, con su conducta, tan solo «entorpece el correcto funcionamiento de la justicia»). En sentido contrario, de acuerdo con la reconstrucción del cohecho que aquí se defiende, el bien jurídico no puede resultar nunca lesionado por un solo agente, sino que su menoscabo (en términos de lesión) precisa siempre de la intervención de ambas partes (*intraneus* y *extraneus*): en el delito de cohecho, el momento en el cual el mismo resulta conculcado es aquel en el cual se perfecciona el pacto entre los dos sujetos.

⁹²⁵ La mencionada norma extiende las penas previstas en materia de corrupción antecedente al funcionario público que recibe o «solicita dádiva, favor o retribución... como recompensa» del acto ya realizado.

el cohecho subsiguiente, la solicitud (u ofrecimiento, promesa...) no aceptada, acciona el mecanismo sancionador en un momento demasiado lejano respecto de la lesión del bien jurídico, lo cual desentona con la vigencia del principio de lesividad.

Pero, a diferencia del caso italiano, aquí, con carácter general (en todas las vertientes del delito, salvo, de forma apodíctica, en el cohecho de facilitación pasivo⁹²⁶) a lo anterior debe sumarse que el legislador equipara *quoad poenam* supuestos que impactan de forma significativamente distinta sobre el mismo bien jurídico, lo cual añade un difícilmente soportable chirrido con el principio de proporcionalidad⁹²⁷.

⁹²⁶ Aunque extralimite el objeto de este trabajo, no puede dejar de apuntarse al complicado encaje de la sanción de la corrupción activa con el artículo 422. Esta última norma, en el supuesto de cohecho de facilitación, solo contempla una sanción para el funcionario público que «admite», mientras que el artículo 424.1 parece considerar relevante incluso la conducta del *extraneus* que ofrece. Cabe preguntarse si se trata de una asimetría consciente (en cuyo caso habría que aclarar las razones, por lo menos, político-criminales, subyacentes) o si (lo que parece más plausible), es fruto del empleo de una técnica legislativa discutible y, en cierta medida, descuidada. Sobre la cuestión, se remite, una vez más a CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., pág. 28.

⁹²⁷ En este mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, M.: «Delitos...», cit., pág. 366 quien considera que «la aceptación por la autoridad o funcionario de la efectiva entrega de una contraprestación (...) debiera tener mayor significación penal que la mera solicitud» y añade que «la modalidad de solicitar se contenta con la *petición* de la» contraprestación, «como algo que se aspira a lograr, mientras que la de recibir implica la obtención de un efectivo enriquecimiento ilícito por la autoridad o funcionario corruptos». Muy crítico también RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 191 a 194. Obsérvese que esta crítica resiste incluso frente a aquellos planteamientos que justifican la sanción de los intentos de acuerdo frustrados argumentando que la gravedad del bien jurídico afectado sugeriría la necesidad de adelantar la punibilidad a momentos anteriores a su lesión (o incluso a la propia puesta en peligro del mismo): *ictu oculi*, la objeción relacionada con la vulneración del principio de proporcionalidad sobreviene incluso frente a quien afirma la legitimidad de la elección del legislador de sancionar penalmente estos comportamientos: lo que (más) llama la atención, en suma, es la igualdad de sanción para supuestos que afectan al bien jurídico de forma evidentemente distinta. Si se quiere (a diferencia, por ejemplo, de cómo parece plantear la cuestión KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos...», cit., pág. 8), aun tolerando la infracción del principio de lesividad, lo que resulta inexplicable, es el problema colindante de la proporcionalidad. O, dicho en otras palabras: si se quieren punir actos anteriores a la lesión (o a la puesta en peligro) del bien jurídico, hágase, por lo menos,

Ni que decir tiene que, en España, el reformado artículo 445 del Código penal⁹²⁸, si relacionado con el delito de cohecho, pervierte todavía más el panorama. La cuestión no puede aquí abordarse con la atención que requeriría, ya que, en primer lugar, debería tratar de concretarse en qué consisten «provocación», «conspiración» y «proposición» de cometer un delito de cohecho (fuera de los casos de tráfico de influencias), lo que naturalmente implicaría aventurarse en la no siempre fácil tarea de delimitar todas y cada una de las posibles conductas típicas consideradas por los artículos 419 y ss. Tampoco se trata ahora de abordar la cuestión inherente a la proliferación generalizada de tipos penales que tipifican actos preparatorios.

Lo que sí conviene dejar claro es que, bien anclado al Derecho penal al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, parecen deberse rechazar aquellos argumentos que parte de la doctrina ha esgrimido para legitimar la decisión del legislador de considerar penalmente relevantes actos preparatorios en materia de cohecho (*rectius*: de delitos cometidos por funcionarios públicos). Así, se ha dicho que «los funcionarios disponen, en general, de mayor facilidad para lesionar determinados bienes jurídicos y, por ende, con respecto a los delitos en los que toman parte en ejercicio de su rol, la criminalización anticipada estaría justificada por razones preventivas»⁹²⁹; se ha añadido que «en el caso de los funcionarios públicos, los límites de su ámbito privado son, en gran medida, diferentes al resto de los ciudadanos», ya que «por la tarea que desempeñan y los intereses que tienen a su cargo, los agentes del Estado se hallan sujetos a un escrutinio más



castigándolos menos de lo que castiga a la lesión (o a la puesta en peligro) del bien jurídico, respectivamente.

⁹²⁸ Que dispone que «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados».

⁹²⁹ Así, RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 178. Como ya hemos dicho, en realidad, el autor considera al cohecho como tipificación de actos preparatorios dirigidos a la emanación del acto del cargo (momento en el cual se lesionaría el bien jurídico protegido). Argumentos ya analizados a lo largo de este trabajo permiten ahora rechazar esta tesis que, entre otras cosas, no puede explicar por qué se sancionan actos preparatorios dirigidos a un menoscabo de un bien jurídico cuando el propio menoscabo es, de por sí, penalmente irrelevante (toda vez que el acto del cargo no es, en sí mismo, delictivo).

severo»⁹³⁰, de lo que se extrae que «dentro de los límites de su competencia como funcionarios, el castigo de actos preparatorios admite una justificación menos exigente»⁹³¹.

Ahora bien, en un trabajo que ha pretendido insistir sobre la acotación del bien jurídico ofendido por el delito de cohecho, no puede ocultarse cierta preocupación de cara a estos planteamientos. Vayamos con orden (aunque con cierta prisa impuesta por el tamaño de este trabajo que ya trasciende el límite impuesto).

En primer lugar, es cierto que la posición del sujeto activo de cohecho pasivo (es decir, su relación con la Administración) es el ingrediente *sine quo non* a cuyo alrededor se construye el bien jurídico y su merecimiento de tutela: como he observado en otras partes, el cruce entre la relación Administración-funcionario y Administración-ciudadano tiene su centro en la imparcialidad procedimental como condición de legitimidad de la actividad administrativa y parece complejo defender que, en los delitos «contra la Administración pública», la «publicidad» de la «Administración» es irrelevante. Sin ir más lejos, pretender fundamentar la sanción penal de la corrupción en el sector privado utilizando categorías como «legitimidad» e «imparcialidad en la toma de decisiones» es camino que lleva directamente a ninguna parte⁹³².

Pero, dicho ello, la preocupación por la «legitimidad» de la actuación de la Administración no puede convertirse en un *passe-partout* que abre automáticamente la puerta a toda derogación de cualquier principio general (y...*cogitationis poenam, nemo patitur*). En el cohecho (por lo menos, de acuerdo con la reconstrucción del tipo de injusto que aquí hemos propuesto), la vertiente subsiguiente, por un

⁹³⁰ RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 180.

⁹³¹ RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 181.

⁹³² Sobre la cuestión, se permita remitir aquí a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. - CERINA, G. D. M., «Consideraciones en torno a la tipificación del delito de corrupción privada», en SINTURA VARELA, J. F. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (EDITORES ACADÉMICOS): *El Estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Universidad del Rosario, 2013, págs. 53 a 103, *passim*, pero también a CERINA, G. D. M.: *La insoportable...*, cit., págs. 183 y ss. Véase también MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2019..., cit., pág. 911; ACALE SÁNCHEZ, M.: «La lucha...», cit., pág. 29.

lado, y los intentos de pacto que no llegan a buen puerto, por otro, *de iure condito*, ya alejan la consumación del delito de la lesión del bien jurídico protegido (ello, naturalmente, sin tener en cuenta ahora las posturas más escépticas que consideran al cohecho entero como una forma de protección adelantada del bien jurídico). Ir más allá de esta ya importante lejanía, implica cuestionar *ab origine* la utilidad misma no solo de éste sino de cualquier esfuerzo en el que se produzca quien todavía perciba alguna virtualidad del principio de lesividad. Y, *last but not least*, recorrer esta distancia llevando como único equipaje consideraciones genéricas basadas en la cualidad personal (*rectius*: profesional) del sujeto activo (el peligroso funcionario) no deja de producir un cierto chirrío al rozar con los postulados de un Derecho penal «del hecho»⁹³³.

Dicho ello, la objeción que percibo como más contundente respecto del planteamiento que ahora se critica (y que, no se olvide, parece ser el recibido por el legislador español del año 2015) implica moverse en un terreno quizás distinto al que hasta ahora hemos andado (y, que, por los motivos ya expuestos, no podemos aquí recorrer de forma adecuada): el político-criminal.

En este marco, pretender justificar la derogación de principios generales para construir (con las debidas cautelas) un Derecho penal del enemigo-funcionario⁹³⁴ basado en la sanción generalizada de activi-

⁹³³ Y, como se ha observado, a la hora de medirse con los delitos de corrupción, sería bueno «no dejarse tomar la mano de un furor jacobino de pan-penalización» que haga «perder de vista los justos equilibrios entre los diversos principios...» (así SPENA, A.: «Chi lascia...», cit., pág. 1088 quien añade que «la exigencia de golpear hechos (...) significativos desde el punto de vista de las dinámicas de los fenómenos corruptivos (...) no debe sin embargo realizarse menoscabando el principio de ofensividad: tiene, en cambio, siempre acompañarse por una adecuada individualización de las razones profundas del merecimiento de pena de las conductas, para llevar, por lo tanto, a una obra de *penalización selectiva*. Si, en suma, hace falta intentar convertir [al delito de cohecho] en algo menos *fragmentario* (es decir, más coherente (...)), no por ello, el Derecho penal de la corrupción tiene que dejar de ser *fragmentario*, elevando a relevancia penal cualquier género de inmoralidad, o de ambigüedad moral, que pueda materializarse en la gestión de la *cosa pubblica*». Prácticamente lo contrario de la aproximación que subyace al artículo 445.

⁹³⁴ Como ya hemos visto, en estos términos se ha expresado buena parte de la doctrina italiana en relación con las recientes reformas panpunitivas. Entre otros,

dades preparatorias muy alejadas de la lesión del bien jurídico, nos devuelve a aquellas objeciones (de las que, aunque *en passant*, algo hemos dicho en este mismo trabajo) que se han formulado de cara a cierta tendencia legislativa al trasplante acrítico de soluciones acuñadas para dar respuestas a problemas ciertamente acuciantes, pero (desde un punto de vista, si se quiere, criminológico), muy distintos a los que ahora estudiamos (a saber, la lucha contra el crimen organizado de tipo mafioso⁹³⁵ y, sobre todo, el terrorismo)⁹³⁶.

Pues bien, que el adelantamiento de la punibilidad pueda suponer una solución en esos ámbitos (si es que la supone), no implica que la misma se convierta en una «llave maestra» apta para hacer frente a cualquier «emergencia» del Estado de derecho. Sin ánimo de entrar

véase GUERINI, T.: «Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo», en *Archivio Penale*, 2019, pág. 4 quien eficazmente observa que «no es difícil ver de lejos una nueva inclinación del modelo de Derecho penal de *lucha* o del *enemigo*, más insidiosos de aquel en su tiempo teorizado por Günther Jakobs, en el cual el *hostis* —en obsequio a la incertidumbre que caracteriza la *societas liquida*— puede cada vez vestirse de corrupto, de ladrón, de violador de domicilio, de violador sexual (...) según las características concretas de las vicisitudes capaces de catalizar la atención mediática y, por tanto, de dirigir la demanda de consenso hacia cualquiera que se encuentre disponible a dispensar rápidamente soluciones sencillas a problemas complejos, como tales, *percibidas*, como eficaces».

⁹³⁵ Sobre la cuestión, se remite al sugerente análisis de GUERINI, T.: «Antimafia...», cit., *passim* quien denuncia (pág. 22) la tendencia a poner en un mismo plano a la «criminalidad político-administrativa, *white collar crime* y delincuencia organizada» y observa (págs. 38 a 39) que «aun sin negar la presencia de algunas afinidades entre los dos modelos criminológicos» no parece procedente «la reducción a unidad de dos sistemas entre ellos ontológicamente diferentes y fundamentalmente incompatibles».

⁹³⁶ Sobre la utilización de herramientas creadas para hacer frente al crimen organizado en materia de corrupción, véase MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 248 y ss. quien substancialmente observa que, a lo largo de un camino recorrido durante mucho tiempo por el legislador italiano, la ley 3/2019 ha definitivamente barrido cualquier residual diferenciación entre medidas anticorrupción y medidas dirigidas a la lucha contra el crimen organizado. Sobre la cuestión, véase también BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 80 a 81; MANES, V.: «L'estensione...», cit., pág. 107, quien denuncia una «definitiva alineación normativa de la criminalidad *white-collar* a la criminalidad 'negra', es decir, de la *criminalidad político-económica* al *crimen organizado*, [cursiva del autor citado] olvidando las profundas diversidades que distinguen las dos fenomenologías criminales, y la distancia entre 'paradigmas' por muchos aspectos heterogéneos y no reducibles *ad unum*».

en detalle, y por limitarnos ahora a un par de consideraciones superficiales, la actitud del terrorista islámico (a lo mejor, aspirante mártir) frente a la realización de un atentado no parece tener ni un solo resquicio de la *Rational Choice* que se plantea el aspirante *White-collar criminal*⁹³⁷. De la misma manera, mientras que la resonancia mediática de su gesta es una de las principales (si no la principal) finalidades del terrorista, la enorme cifra negra asociada a la «corrupción que nunca se descubre», parece guardar cierta relación intrínseca con el pacto de silencio que sellan todos los participantes en el sistema-corrupto y que lastra aquella probabilidad de sanción que justamente podría pesar en la mencionada elección racional⁹³⁸.

Si todo ello se condimenta con la diferente importancia de los bienes jurídicos (finales) en juego (la vida y la integridad física, en el caso

⁹³⁷ Conviene reiterar que, en este trabajo, no podemos dedicar a esta interesante cuestión más que unas anotaciones anecdóticas. Aparte de los fundamentales de BECKER, G. S.: «*Crime and Punishment: an Economic Approach*», en BECKER, G. S. y LANDES, W. M. (EDS.): *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, 1974, págs. 1 a 54 que está disponible en <http://www.nber.org/chapters/c3625> y SUTHERLAND, E. H.: *El delito de cuello blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999, en la doctrina española, véase, entre otros, a BLANCO CORDERO, I.: «La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde la teoría de las actividades rutinarias y de la elección racional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (COORD.): *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, págs. 267 a 296, *passim*, pero, sobre todo, págs. 284 y ss. y la muy sugerente contribución de HORTAL IBARRA, C.: «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal», en PUENTE ABA, L. M. (ED.): *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del congreso hispano-italiano de Derecho penal económico. Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014*, Universidad de La Coruña, 2015, págs. 180 y ss. y, en particular, 191 a 192. Sobre la pertenencia de la corrupción a la categoría de los «crímenes de cálculo», véase también GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «Corrupción...», cit., pág. 119. En la doctrina italiana, véase BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 372 y ss.

⁹³⁸ Entre muchos, véase HORTAL IBARRA, C.: «Crisis financiera...», cit., pág. 218 quien recuerda «la constatación empírica de que el efecto preventivo de toda pena – también la prisión – no depende tanto de su gravedad en términos cuantitativos, sino especialmente, de las mayores o menores probabilidades de imposición percibidas por el potencial autor» y, podría precisarse, de su efectivo cumplimiento, de tal forma que «una pena corta de prisión que efectivamente se cumplirá disuade más que una de mayor duración cuya probabilidad de cumplimiento es incierta» (*Ibidem*: pág. 219).

del terrorismo), puede llegar a tener cierta explicación el despliegue de herramientas jurídico-penales que, a toda costa, pretenden evitar el atentado terrorista interviniendo antes del que el mismo empiece a producirse. Empero, la *fight against corruption*, más que expandiendo el espectro de lo penalmente relevante (incluso adelantando la punibilidad a actos preparatorios), parece poderse dibujar como más exitosa solo al final de un camino que se plantee en serio el necesario incremento de la «probabilidad de sanción» que (aquí sí) podría desplegar aquel efecto disuasorio al que el *White collar criminal* se considera, generalmente, más sensible⁹³⁹. Pero ahí, el Derecho penal puede aportar lo justo⁹⁴⁰: en primer lugar, no debería infravalorarse la importan-

⁹³⁹ Dicho eso, tampoco parece deberse dar por descontada la posibilidad de «trasplantar» herramientas de investigación utilizadas en el ámbito de la delincuencia organizada a los tipos penales que ahora interesan. No pudiendo ahora ni siquiera exponer de forma satisfactoria los términos de la cuestión, se prefiere remitir sencillamente a la doctrina que se ha ocupado del tema con particular respecto a la utilización del agente encubierto en supuestos de corrupción. Véase, entre otros, INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 131 a 136; MASULLO, M.: «L'emersione...», cit., págs. 1279 y ss.; SCEVI, P.: «Riflessioni...», cit., *passim*; MANICCIA, A.: «L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti confusi della riforma anticorruzione», en *Casazione penale*, 2019, págs. 2369 a 2393; DE CARO, A.: «La legge...», cit., pág. 285; MANNA, A. y GAITO, A.: «L'estate...», cit., págs. 6 a 7 quienes brevemente aclaran los términos del problema, advirtiendo que la «utilidad» del agente encubierto en los delitos de corrupción está por comprobar. Si, en los delitos de «delincuencia organizada, tráfico de armas o de estupefacientes» la finalidad de la medida es «permitir (...) a la policía de entrar en el interior de la organización criminal (...) dicha función no parece, en modo alguno, poderse predicar en relación con los delitos de corrupción, concusión, inducción indebida y tráfico de influencias, ya que, a nivel empírico-criminológico, es bien sabido como estos delitos se resuelvan en un *pactum sceleris* a dos, como mucho a tres sujetos, de los que, incluso en la concusión por constreñimiento uno es víctima, por lo que extendido el agente provocador a dichos tipos de delitos, subsiste (...) el elevado riesgo de que el mismo se convierta en un instrumento indebido de instigación a delinquir». Sobre la problemática, véase también SEMINARA, S.: «Corruzione e anticorruzione», en *Diritto penale e processo*, 2017, n. 9, págs. 1128 a 1129.

⁹⁴⁰ Muy sugerente, SPENA, A.: «'Chi lascia...», cit., pág. 1086 quien observa que «cualquiera que sea, en general, la efectiva capacidad preventiva que el Derecho penal pretende tener (o, mejor dicho, que los penalistas pretenden atribuirle), no hay dudas de que esta capacidad es muy reducida en el caso específico de los hechos de corrupción; y ello, por la razón, muy sencilla, que las corrupciones, crímenes con una elevadísima cifra obscura, difícilmente son descubiertas (...) lo

cia de la claridad percibida de las prohibiciones que, inevitablemente, resulta inversamente proporcional a los debates doctrinales y a las discrepancias jurisprudenciales que suscita la aplicación de unas normas penales no siempre producto de la mejor técnica legislativa⁹⁴¹; dicho ello, olvidémosnos por un momento del complejo debate inherente a la inclusión de descuentos-de-pena-a-cambio-de-colaboración o incluso de la instrumentalización político-criminal de tipos penales como la concusión.

El grueso del esfuerzo, me temo, deberá hacerse en otros terrenos que aquí (ahora de verdad) no nos es permitido explorar⁹⁴²: por men-

que incide de forma importante [lit. «*pesantemente*»] sobre uno de los índices de los que debería depender la actitud general-preventiva del Derecho penal: es decir, la certeza de la aplicación de la pena».

⁹⁴¹ Véase, entre muchos, PALAZZO, F.: «Gli effetti...», cit., pág. 22 quien, en materia de corrupción, observa una «proliferación de tipos» que tienden (también bajo indicaciones internacionales) a una consideración casuística y que genera «crecientes dificultades de calificación jurídica del hecho» junto con «ineludibles problemas de concurso de normas, con todo lo que ello implica en términos de aumento de la discrecionalidad judicial». El mismo autor (*Ibidem*) termina su análisis observando que «surge una impresión que no sabría decir (...) cuanto desanima al jurista. En una realidad hecha por una intersección de (...) posiciones públicas y privadas, de difusos y ramificados conflictos de intereses, de situaciones en las que, a menudo se es corruptos y corruptores a la vez, en las que el tráfico económico es disciplinado por comités de negocios en los que particulares y funcionarios públicos se sientan al lado, (...) en una realidad así reconstruida el caleidoscopio de las nuevas normas – con su sofisticada red de distinciones y sub-distinciones y sus sutiles problemas interpretativos - se convierte en un juego casi de risas. Por un lado, en efecto, la realidad es tal que a menudo hay espacio para cada uno y para todos los delitos en un perseguirse de remisiones sin fin; por otro, lo esencial es golpear de cualquier manera esta proteiforme realidad, siendo el de la exacta calificación jurídica un problema (...) si no secundario, relevante para finalidades prevalentemente procesales y probatorias». Para una propuesta simplificadora (quizás en exceso), véase, por ejemplo, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 379 y ss. En la doctrina española, véase MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2019, cit., pág. 913.

⁹⁴² Como se ha observado, «para poder funcionar de modo aceptable y correcto, y como *extrema ratio*, el Derecho penal precisa de un contexto en el que operen otras formas de responsabilidades, jurídicas y no, y una ética de la responsabilidad que asegure suficientes niveles de observancia. La expansión penal, en nuestra historia reciente, ha desempeñado y desempeña – algunas veces, bien, otras, mal – un rol de suplencia frente a una cuestión moral (y criminal) engordada por la debilidad (por no decir, ausencia) de formas de *accountability* diversas de

cionar algunas obviedades, piénsese en la independencia, imparcialidad, eficacia y eficiencia de la acción del poder judicial y del acusador público; la predisposición del adecuado abanico de instrumentos de investigación; y, quizás, sobre todo, la efectividad de las (poderosas) herramientas preventivo-administrativas que necesitan desplegar su potencial en una Administración que precisa salir de la dicotomía control/transparencia vs. eficiencia/eficacia superando la «hipertrofia normativa y burocrática»⁹⁴³ fruto de la incomprensible pero crónica convicción de que la solución pasa siempre por la creación de «nuevas» normas⁹⁴⁴, más que, por ejemplo, por la delimitación clara del ámbito político-democrático respecto del técnico-administrativo⁹⁴⁵.

la penal. La cuestión de la corrupción, que ha llegado a asumir el rostro de la ciudad del *malaffare* (*Tangentopoli*), ejemplifica este nudo crucial con el máximo nivel de evidencia» (así PULITANÓ, D.: «La novella...», cit., págs. 19 a 20).

⁹⁴³ SPENA, A.: «‘Chi lascia...», cit., pág. 1187. Véase también, entre muchos, PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., pág. 228 quien contrapone el «simbolismo penal» a la «efectividad de tutela» administrativa. En la doctrina española, entre muchos, véase también MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2019..., cit., pág. 913.

⁹⁴⁴ Como se ha acertadamente advertido, la idea de articular mecanismos preventivos ya internos a la Administración, si pretende tener algún tipo de virtualidad y de verdad asume que los mecanismos resulten (por lo menos, un poco) eficaces, debería evitar «intuibles» riesgos conexos (lamentablemente) a toda «novedad» administrativa: convertirse en papel mojado y tener como único efecto el incremento de la ya insostenible cantidad de obligaciones burocráticas que pesa sobre la actividad de las oficinas públicas (así FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 6 (de la *addenda*). Sobre la «inflación normativa» fruto de la preocupación relacionada con la prevención de la corrupción en la Administración pública, véase también GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «Corrupción...», cit., pág. 123 quien señala que el problema no es tanto la cantidad de normas sino su cumplimiento. La cuestión, naturalmente, no es solo cosa del derecho administrativo: en general, es toda la evolución legislativa de la respuesta al fenómeno «que recuerda el escenario descrito por Tácito hace veinte siglos: *corruptissima republica, plurimae leges*» (la cita es de PULITANÓ, D.: «La novella...», cit., pág. 20).

⁹⁴⁵ He aquí un ejemplo (espero) ilustrativo extraído de mi propia experiencia. Piénsese en la concesión de subvenciones (ayudas, premios...) por parte de la Administración. Dice el artículo 8 de la ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones que «los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación...». El artículo 17 del mismo texto normativo

se ocupa de las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, aclarando que «en el ámbito de la Administración General del Estado (...) los Ministros correspondientes» las establecerán. El apartado 3 regula el contenido mínimo de las mismas, destacando (letra e) los «criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos» que (art. 22.1) permitirán comparar las solicitudes presentadas y adjudicar el crédito disponible, comparación que llevará a cabo «un órgano colegiado» cuya composición «será la que establezcan las bases reguladoras». Ahora bien, por pura lógica democrática, en una teórica situación normal, el «político» (*rectius*: la persona que participa en el ejercicio de funciones públicas en virtud de legitimación democrática, directa o indirecta), en el obvio respeto del marco legal, asumirá el cometido de diseñar el plan estratégico y los criterios objetivos de ponderación (abstractos y generales) junto con el contenido «variable» de las bases reguladoras (requisitos no imprescindibles, cuantía de la subvención, forma de pago...). Una vez fijadas las prioridades, el «político» pasará a desempeñar un papel secundario, ya que corresponderá a los «técnicos» (*rectius*: personas que ejercen funciones públicas en virtud de su mérito y capacidad) aplicar (de forma objetiva, imparcial y neutral) los criterios anteriormente sentados. Pues bien, en la práctica, (en ausencia de un régimen parecido al previsto por la ley de contratos en el sector público que regula la composición de la mesa de contratación), lo que suele suceder, es justo lo contrario: para escribir unas bases reguladoras, se requieren unos conocimientos técnicos que la legitimación democrática no garantiza, así que, lo normal, es que se convierta en cosa del «funcionario-técnico». Por otra parte, el «político» (de cuyas decisiones a menudo arbitrarias suele depender la carrera del «funcionario-técnico») entra en juego cuando interesa, es decir, en el momento en el que se procede al reparto de los euros (y que, naturalmente acarrea cierta «responsabilidad» que al «funcionario-técnico», a paridad de salario, a veces, no le importa evitar). Si se quiere comprobar dicha afirmación de manera «objetiva», repárese en la composición de las comisiones de valoración de subvenciones en la Administración General del Estado o (sobre todo) en las Comunidades Autónomas: de inmediato se notará como la gran mayoría están presididas bien por cargos de nombramiento político bien por funcionarios que ocupan puestos de libre designación (es decir, más o menos libremente designados por cargos de nombramiento político). Si basta con mi experiencia personal como Alto Cargo en dos (muy diversas) administraciones autonómicas, ahora que no escucha nadie, comparto aquí el asombro con el que he mirado en distintas ocasiones a «funcionarios-técnicos» encargados de proceder a la baremación de las solicitudes para que, antes de que la misma se elevara, tuviera el visto bueno... «político». Asimismo, me parece igualmente indicativa de una situación alarmante, la «fatiga» y el esfuerzo que a veces, son precisos para (literalmente) «convencer» a los «funcionarios-técnicos» que la aplicación de las bases reguladoras es cosa suya (con toda la responsabilidad que ello acarrea) mientras que el diseño de las mismas (salvo el oportuno asesoramiento técnico) no lo es (sin que ello implique cuestionar su «saberuría» o «conocimiento real de la Administración»). Ahora bien, repárese en que la modificación «copernicana»

Por último y para cerrar este acápite poniendo en guardia al lector frente a los intentos de justificar tendencias populístico-legislativas genuinamente caseras utilizando (casi siempre) genéricas coartadas que apuntan hacia instancias supranacionales, quizás no sobre recordar que las herramientas internacionales en materia de corrupción y con efectos obligatorios para Italia y para España, con carácter general, se limitan a obligar a los Estados parte a sancionar aquellos comportamientos que aquí hemos reconstruido como lesivos del bien jurídico protegido y dejan abierta la opción de considerar a las conductas anteriores a la conclusión del *pactum sceleris* (la solicitud, el ofrecimiento o la promesa no aceptados, siempre solo en las hipótesis de cohecho antecedente) como tentativa, instigación o inducción a la corrupción (con las consecuencias penológicas que ello implica).

5.5.4. *La imparcialidad procedimental y el cohecho de facilitación*

El cohecho de facilitación es indudablemente una de las vertientes más controvertidas del delito de cohecho.

Parece conveniente empezar abordando la cuestión de la lesividad de esta figura en una perspectiva *de lege ferenda*. Como se ha dicho, se trata de hacer frente a aquellos supuestos en los que la mercantilización no se sustancia en la compraventa de uno(s) acto(s) concreto(s), sino que atañe a la misma función, siendo imposible, en el momento

de esta praxis extremadamente difusa y cuya «peligrosidad» es evidente, está (por lo menos en parte) al alcance del legislador: por decirlo de forma fácil, al igual que sucede en materia de contratos del sector público, bien podría aclararse quién puede («funcionarios-técnicos») y quién no puede («políticos») formar parte de la comisión de valoración en materia de subvenciones. En mi «pequeño» ámbito de competencia, procedí en esta dirección con los instrumentos que estaban a mi alcance, lo que puede comprobarse mirando la Orden PRE/21/2019 de 21 de mayo, «por la que establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a proyectos de cooperación al desarrollo» del Gobierno de La Rioja (que puede consultarse en https://ias1.larioja.org/boletin/Bor_Boletinvisor_Servlet?referencia=10323252-1-PDF-524699-X) y en la que, **de mi puño y letra, hice constar** expresamente que «no podrán formar parte de la comisión de valoración cargos públicos representativos ni personal eventual ni consejeros ni directores generales ni subdirectores generales o equivalente», limitando sus miembros a personal funcionario o laboral de la Administración (artículo 15).



del pacto, aislar las concretas actuaciones *comercializadas* (de ahí que se haya hablado al respecto de corrupción *in incertis actis*). La atención se dirige entonces a los casos en los que un servidor público es retribuido periódicamente y, a cambio, pone a disposición de intereses particulares la imparcialidad en la toma de decisión no ya referida a uno(s) asunto(s) concreto(s) sino globalmente considerada.

Así delimitada la cuestión, no parece correcta la observación con apoyo en la cual, en el caso *de quo*, ni puede hablarse de compraventa, ni tampoco de lesión de la imparcialidad. El «contrato remuneratorio» sigue existiendo, aunque ha mutado uno de sus términos: a la retribución, ya no hace de contrapartida un acto de la función, sino el propio ejercicio de la función⁹⁴⁶. En estos términos, la afectación (en términos de lesión) del bien jurídico protegido (la imparcialidad en el procedimiento de toma de decisión) parece incontrovertible⁹⁴⁷. Y la modalidad de ataque al mismo parece cuantitativamente muy grave toda vez que se trata de la compraventa de toda una serie de actos futuros (aunque eventuales e inciertos): como se ha dicho, dejar estos supuestos fuera de lo penalmente relevante implicaría arriesgarse a «dejar impunes justamente a los casos más graves, es decir aquellos en los que el particular consigue controlar toda la actividad del funcionario»⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ Véase, por ejemplo, BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., pág. 384 quien observa que permanece aquí la idea de «intercambio» propia del modelo mercantil de la corrupción, pero, sobre todo, SPENA, A.: «Chi lascia...», cit., pág. 1092 con consideraciones que aquí se suscriben.

⁹⁴⁷ No parece muy distinta la propuesta de identificación del bien jurídico protegido por el artículo 318 del Código penal italiano con la «grave alteración de los mecanismos de funcionamiento de la Administración pública» (así PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 298 quien, sin embargo, habla de «peligro» para el bien jurídico; por razones ya abundantemente expuestas, no se comparte en cambio la ulterior referencia de este autor a la «confianza de los asociados en la lealtad y fidelidad de los públicos funcionarios»).

⁹⁴⁸ Así PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 206, nota 73. Véase también, PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3390 y, recientemente, SCEVI, P.: «Riflessioni...», cit., pág. 11 quien recuerda que, en Italia, sigue abierto el debate acerca de la mayor gravedad del cohecho de facilitación respecto incluso al cohecho propio antecedente. Precisamente sobre este particular, véase CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 13 que considera que el cohecho de facilitación es «mucho más grave de la [corrupción para un] acto conforme a los deberes» e incluso «más grave de la [corrupción] para un acto contrario a

Desde un punto de vista cualitativo, respecto de la corrupción propia, no es posible aquí traer a colación (ni siquiera como peligro abstracto) la legalidad de la actuación (futura y eventual) del *intraneus*, ya que, hablar de cohecho de facilitación, tiene sentido justamente cuando, en el momento del pacto remuneratorio, el grado de concreción de los actos vendidos impide identificar su naturaleza contraria o conforme a los deberes del cargo (en el momento en el que dicha identificación es posible, se estará ante un supuesto de corrupción impropia o propia)⁹⁴⁹.

los deberes del oficio». En el mismo sentido, MANNA, A.: «I delitti...», cit., pág. 176; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 18 a 19 (de la *addenda*). Justifica de esta misma manera la severidad del Código penal italiano también PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 298. Se expresa con matices (en verdad algo oscuros y que ahora no pueden compartirse) PALAZZO, F.: «Gli effetti...», cit., pág. 19 quien observa que, en el cohecho de facilitación, la ofensa a los bienes «finales del buen funcionamiento e imparcialidad de la administración» es «más adelantada»; según el autor, el peligro (para el bien jurídico) a la vez que «menos intenso» también es «más amplio, pudiendo dejar prever un programa de una pluralidad de actos, *a priori* no determinables lesivos de los bienes de la administración pública». Sobre el grave perjuicio que representa el cohecho de facilitación para los intereses a la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración pública, véase también INFANTE, E.: «Corruzione...», cit., pág. 223.

⁹⁴⁹ Véase PADOVANI, T.: «La messa...», cit., pág. X. Acerca de la incidencia de la tipificación del cohecho de facilitación sobre el ámbito de aplicación del delito de corrupción propia, se remite a FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., págs. 111; BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 264; DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma...», cit., pág. 5. A este respecto, conviene señalar las posturas de parte de la doctrina italiana que, a la luz de la configuración penológica en este ordenamiento del cohecho de facilitación y de su tipificación junto con el cohecho impropio, han querido llamar la atención sobre la idoneidad del severo artículo 318 del Código penal italiano para sancionar supuestos de corrupción impropia que parecen entrañar cierta gravedad (corrupción parlamentaria y corrupción por un acto discrecional). Véase, sobre este punto, MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 242. Ciertamente es que, como ha observado la doctrina más atenta, la calificación de la corrupción como «impropia» (en lugar que «de facilitación»), vigente en Italia el actual artículo 318, importa poco. De acuerdo con estos autores, parece correcto retener que, para la aplicación del artículo 319, es necesaria no solo cierta determinación del acto objeto de la compraventa, sino también que el mismo resulte contrario a los deberes del cargo (véase LEOTTA, C. D.: «La corruzione», págs. 249 a 250). En la jurisprudencia italiana, véase Cass. Pen. Sez. VI, n. 1819 de 11/01/2013, Abruzzese, Rv. 255073; Cass. Pen. Sez. VI, n. 49226 de 25/9/2014, Chisso, Rv. 261353 en la que lee que «desaparecida toda referencia al acto del cargo y a su retribución y, por consiguiente, toda califica-

Siendo ello cierto, no se hallarían objeciones frente a la adopción de una técnica legislativa que se apoyara de forma inequívoca en un esquema basado en el *do ut des* en el que el acto se sustituyera por la puesta a disposición de la función⁹⁵⁰. En este sentido, en obsequio a una visión del Derecho penal como *extrema ratio* del ordenamiento jurídico, parece extremadamente sugerente aquella propuesta que ha evidenciado la posibilidad de que el legislador penal se ocupe de aquellos casos en los que la retribución de la función se produce con carácter continuativo⁹⁵¹, en el marco de un único diseño criminal y siempre dejando claro que la contraprestación del *intra-neus* tiene que consistir en la puesta a disposición del proceso de toma de decisión que tenga como finalidad la realización (u omisión) de actos pertenecientes a su función.

Pasando a una perspectiva *de iure condito* y queriendo confrontar cuanto dicho con el derecho vigente en España y en Italia, parecería deberse tomar nota de que los legisladores se han movido en otra dirección⁹⁵². Además, sobre todo en el caso español, no parece fácil redirigir en vía interpretativa el real alcance de las normas teniendo en cuenta la afectación al bien jurídico protegido configurada en los términos expuestos.

En ambos casos (artículo 318 del Código penal italiano y 422 del Código penal español) falta cualquier referencia a la necesidad de que exista (por lo menos en el lado activo) cierta reiteración del comportamiento: como en cualquier otra hipótesis de corrupción, es suficiente que el *extraneus* dé, prometa, ofrezca o entregue⁹⁵³. Respecto de la presencia de un efectivo sinalagma, mientras que la norma italiana

ción acerca de la conformidad o menos del acto a los deberes del cargo (...) ya no es necesario comprobar la existencia de una conexión entre dádiva indebida y un específico acto del cargo». Cass. Sez. VI, n. 40237, de 07/07/2016, Giangreco, Rv. 267634.

⁹⁵⁰ Como se ha dicho, «el mal de la corrupción (...) no reside tanto en el hecho de recibir un regalo, una propina, porcentaje o comisión. Reside en la lógica de la reciprocidad, esto es, en la obligación de devolver el favor, poniendo en entredicho la imparcialidad...» (así SANZ MULAS, N.: «El habilitado...», cit., pág. 361).

⁹⁵¹ La referencia va a lo que la doctrina italiana ha llamado «puesta en nómina» del funcionario público.

⁹⁵² Véase COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., págs. 30 y ss.

⁹⁵³ Sobre el artículo 424.1 del Código penal español, se dirá en breve.

(que sanciona al sujeto público que recibe dinero u otra utilidad «para/por el ejercicio de sus funciones o de sus poderes») parece presuponer un intercambio, el artículo 422 del Código penal español (que sanciona al *intraneus* que admite dádiva o favor «en consideración a su cargo o función») parece situarse mucho más allá⁹⁵⁴.

Como ya se ha dicho, en ambos casos (pero de forma decididamente más clara en el derecho español) parecería tratarse de *catch-all provisions* que tienen como finalidad eliminar cualquier espacio de impunidad para remuneraciones extra-legales percibidas por empleados públicos⁹⁵⁵. El resultado es que el espectro aplicativo de los preceptos se torna extremadamente amplio y superpone situaciones muy graves, indudablemente alarmantes y «especialmente desagradables» de puesta a disposición de la función pública⁹⁵⁶ a supuestos bagatelares cuya única nota reprochable parece hallarse en el traspaso de un beneficio desde un particular a un servidor público⁹⁵⁷. *Ça va sans dire* que, mientras que los primeros suponen un ataque severo hacia el bien jurídico, no es difícil pensar en casos reconducibles al segundo

⁹⁵⁴ En este sentido, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2011, pág. 175, quien, ya en el año 2011, sugería modificar el dictado el Código penal español siguiendo el ejemplo alemán.

⁹⁵⁵ En la jurisprudencia española, véase, en este sentido, la STS 4123/2015, de 23 de septiembre, Ponente, Excmo. Perfecto Agustín Andrés Ibañez que, suscribiendo la condena por cohecho de facilitación en un caso en que no había sido posible probar un cohecho propio (refiriéndose al antiguo artículo 426 antes de la intervención reformadora de 2010), afirma de forma categórica que «lo cierto es que el precepto del art. 426 Código penal no deja margen al juego de esas reglas de flexibilización tantas veces invocadas: no hay dádiva o regalo ofrecidos en atención al cargo o función desprovista de carácter típico». Sobre este punto, véanse las consideraciones de COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 32 quien se refiere a la convivencia en el derecho español vigente de una visión mercantil de la corrupción con una visión clientelar de la misma. El planteamiento **trae su base** en SPENA, A.: *Il turpe...*, cit., *passim*.

⁹⁵⁶ Así CINGARI, F.: «Sull’ennesima...», cit., pág. 12. Repárese en que la doctrina más destacada, en Italia, había saludado con favor la introducción del cohecho de facilitación porque permitía finalmente «golpear el fenómeno de la así llamada ‘inscripción en nómina’» (así PALAZZO, F.: «Concussione...», cit., pág. 228).

⁹⁵⁷ De la postura crítica de la doctrina italiana acerca de la excesiva distancia entre mínimo y máximo de la sanción ya hemos dicho *supra* en el apartado 3.5.1. con referencias bibliográficas en la nota 262.



conjunto que no representan menoscabo alguno para el mismo (ni en términos de lesión ni de puesta en peligro)⁹⁵⁸. Y lo anterior es especialmente evidente en el caso del ordenamiento jurídico español en el que parecería que la intención del legislador estuviera explícitamente dirigida hacia supuestos cuasi-bagatelares: desde un punto de vista penológico, el artículo 422 del Código penal es la *Cenerentola* del capítulo⁹⁵⁹. Y el mayor (y seguramente excesivo⁹⁶⁰) rigor sancionador con el que el Código penal italiano aborda el problema de la corrupción pública respecto del español no explica la enorme diferencia de sanción para el cohecho de facilitación entre los dos ordenamientos: en España, frente a una pena de prisión de tres a seis años prevista por el cohecho propio antecedente, en el cohecho de facilitación, la prisión es de seis meses a un año, es decir, (en el máximo) 1/6 de la prevista en la hipótesis más grave; en Italia, frente a la reclusión de seis a diez años prevista para la corrupción antecedente propia, el artículo 318 contempla una pena de prisión que va desde un mínimo de tres hasta un máximo de ocho años, es decir (en el máximo) 4/5 de la pena más grave (para explicar la enorme horquilla, se recordará que la norma también se ocupa de supuestos de cohecho impropio)⁹⁶¹. Así las cosas, no sorprende que la doctrina española se haya especialmen-

⁹⁵⁸ Véase MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 244.

⁹⁵⁹ Censurable, por otra parte, la tendencia jurisprudencial que, tanto en Italia como en España, tiende a considerar estos caso como supuestos de corrupción propia. En España, véase, en este sentido, STS 508/2015, de 27 de julio, Ponente Juan Saavedra Ruiz en la que se lee textualmente que «cuando el medio comisivo está constituido por una trama delictiva como la presente donde se entrega una ‘pluralidad’ de dádivas a los concejales y funcionarios ‘a lo largo de un dilatado periodo de tiempo’, ‘en cuantías económicas muy elevadas para obtener la satisfacción de sus intereses urbanísticos que dependen de las autorizaciones que deben realizar aquellos funcionarios públicos’, lo aplicable sea la versión atenuada del tipo penal cuando es evidente que el injusto es más grave que el constituido por un acto injusto aislado por muy vinculada que esté la prestación a la contraprestación. Tampoco serviría el argumento de la necesidad de sumar distintos cohechos donde la condicionalidad mutua sea patente. El delito vincula el acto injusto a la actuación favorable del funcionario no a un acto concreto, determinado e individualizado conectado a una dádiva igualmente específica».

⁹⁶⁰ Véase, entre muchos, MONGILLO, V.: «La legge...», cit., págs. 243 y ss.

⁹⁶¹ Sobre las implicaciones de los aumentos de sanción contemplados tanto por la reforma de 2015 como, sobre todo, por la reforma de 2019, véase MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 242.

te empeñado en delimitar en vía interpretativa el alcance de la norma: los esfuerzos se han desplegado alrededor de la búsqueda de un criterio que permita eliminar del espectro aplicativo del delito aquellas «dádivas o regalos» que, bien por su cuantía, bien por su causa, resultan inidóneos para producir una alteración de la imparcialidad del servidor público⁹⁶².

En el mismo sentido, si se acepta el planteamiento del cohecho de facilitación como delito que supone la lesión del bien jurídico protegido (imparcialidad en el proceso de toma de decisión), será preciso comprobar que la dádiva, regalo, dinero u otra utilidad han efectivamente incidido en la imparcialidad del funcionario público, debiendo concretarse en su disposición real a poner el ejercicio de su cargo o función (futura y eventual si se quiere) a disposición de los *petita* del *extraneus*⁹⁶³. Y ciertamente deberá excluirse la relevancia penal de dádivas o regalos que hallen su causa en elementos distintos a la función desempeñada por el *intraneus*⁹⁶⁴; que sean de poca cuantía⁹⁶⁵; toda vez que resulte complejo relacionar el ámbito competencial del servidor público con los intereses del *extraneus*⁹⁶⁶... son todos índices que pueden resultar de ayuda en la comprobación⁹⁶⁷.

⁹⁶² Véase, entre muchos, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión...», cit., págs. 151 a 179, con amplias referencias jurisprudenciales y, en particular, págs. 171 y ss.

⁹⁶³ Véase la STS 4123/2015, de 23 de septiembre, Ponente, Excmo. Perfecto Agustín Andrés Ibañez en la que se exige «una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario».

⁹⁶⁴ Aunque reténgase, junto con el Tribunal Supremo, que «cuando las relaciones personales e institucionales entran en juego la línea divisoria entre lo que son actuaciones legales y lo que son conductas guiadas por la corrupción es bastante difusa y complicada y mucho más, de regular» (así la STS 613/2018 de 29 de noviembre, Ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

⁹⁶⁵ Sobre la idea de proporcionalidad aplicable también al caso *de quo*, véase PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., págs. 299 y ss. Véanse también FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., págs. 113 a 114.

⁹⁶⁶ Especialmente atinada la formulación de este indicador propuesta por VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «Política...», cit., pág. 5 quien postula la necesidad de que el *intraneus* tenga «capacidad para interferir en asuntos que pudieran afectar al particular y que se hallen pendientes de resolución en el momento de la admisión del regalo, así como cuando las actividades profesionales de ambos se hallan en estrecho contacto, de tal manera que los regalos puedan asociarse fácilmente a la posible formulación de peticiones o solicitudes por parte del segundo». En la

Para finalizar, construir (como aquí se ha hecho) el cohecho de facilitación como delito que supone la lesión de un bien jurídico, abre las puertas a la sanción de las hipótesis en las que el *pactum sceleris* no llega a concluirse, sino que se queda en intentos unilaterales de uno de los dos protagonistas: nos referimos ahora a los supuestos de solicitud, ofrecimiento o promesa no aceptados. Aquí, una vez más, la elección del legislador italiano (relevancia penal de la instigación a la corrupción en el supuesto de facilitación ex art. 322.1 y 322.3) parece más coherente con la construcción de la lesividad del delito que se ha propuesto; lo mismo no puede decirse de la destartalada disciplina que contiene el Código penal español. De acuerdo con este último texto legal, mientras que, en la vertiente pasiva del delito, el espectro de lo penalmente relevante parece deberse limitar a supuestos en los que el pacto se ha sellado (la única conducta típica en el cohecho pasivo de facilitación se describe utilizando el verbo «admitir»), de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 424.1, del lado activo, parecería punible el «particular» (*sic!*) no solo cuando entrega, sino también cuando ofrece, debiendo retenerse penalmente relevante incluso el ofrecimiento no aceptado por el funcionario público. El disparate que supone la literalidad de la norma parece sugerir una corrección en vía interpretativa del inciso legal, restringiendo *in bonam partem* el alcance del artículo 424.1 a los supuestos en los que se «entrega» (conducta especular a la del artículo 422). Lo anterior, una vez más, junto una decidida petición dirigida al legislador para que revise la redacción de la norma sobre cohecho activo⁹⁶⁸.

doctrina italiana, entre otros, véanse FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo...*, cit., pág. 114.

⁹⁶⁷ Véanse VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión...», cit., págs. 172 y 173; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 249. Lo anterior no siempre parece haberse recibido por la jurisprudencia (sorbe todo española). En este sentido, véase la ya mencionada STS 4123/2015, de 23 de noviembre, Ponente Excmo. Sr. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

⁹⁶⁸ Se perdona, una vez más, la remisión a CERINA, G. D. M.: «Problemas...», cit., pág. 28.

5.5.5. *La corrupción parlamentaria y judicial. Notas desde el punto de vista del bien jurídico protegido*

Una de las objeciones que la doctrina mueve a todo planteamiento que pretenda identificar la imparcialidad con el objeto jurídico del delito de cohecho, insiste sobre la imposibilidad de definir este interés de tal forma que abarque deberes de comportamiento referibles a parlamentarios, jueces o fiscales. Tanto en Italia⁹⁶⁹ como en España, de los primeros, se postula cierta «parcialidad», mientras que, de los segundos y de los terceros⁹⁷⁰, la necesidad de delinear de forma distinta su posible deber de imparcialidad.

Ahora bien, antes de proponer una solución, parece necesario plantear el problema correctamente. En primer lugar, debe reiterarse que se mantiene aquí que el ilícito penal no es ilícito de lesión, sino de modalidad de lesión. Así las cosas, no interesa averiguar ahora si existe, en cabo a los parlamentarios, a los jueces y a los fiscales, un deber absoluto de imparcialidad⁹⁷¹, ya que el cohecho no apunta a su tutela a 360 grados, sino que se limita a prohibir una precisa modalidad de

⁹⁶⁹ En este sentido, véase TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 190 y ss. La postura de este autor, anclada a una situación legislativa ya superada, va en el sentido de excluir en vía interpretativa la aplicación del delito de cohecho a diputados y senadores. En otro orden de ideas, observa Tagliarini que la imparcialidad es deber incluso más acuciente para jueces y fiscales en cuanto corolario necesario de su independencia. Pero véase también BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 129 quien sustancialmente reconoce que «la imparcialidad de la pública administración y la independencia del juez, son (...) principios y valores autónomos a cuyo alrededor no puede sino circular una tutela penal articulada de forma variada» y que «la asunción de un interés privado (personal o de grupo) en un acto» del cargo, lo que, en el caso del empleado público, puede llegar a considerarse delictivo, para el legislador puede resultar «presupuesto de la libertad de iniciativa que la Constitución reconoce a la función parlamentaria». Según el autor, lo mismo ocurre respecto de la «actividad política o de gobierno» que no subyace globalmente «al principio de legitimidad» y parece «conservar una posición distinta y autónoma «respecto de la función administrativa *strictu sensu*».

⁹⁷⁰ A este respecto, reténgase la distinta configuración institucional del Ministerio Fiscal español y del *Pubblico Ministero* italiano. Mientras que el primero, se encuentra claramente vinculado al poder ejecutivo y se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, en Italia, los fiscales gozan del mismo *estatus* que los jueces y de la misma independencia y autonomía.

⁹⁷¹ Como parece postular Vizuela Fernández para cuya posición se remita a *supra*, apartado 4.4.

ataque contra lo que hemos venido definiendo como imparcialidad procedimental.

En segundo lugar, también es conveniente rehuir de posturas excesivamente literales que, de la ausencia de una referencia explícita en la Constitución a la imparcialidad como subyacente, en particular, a la función parlamentaria, deducen la inoperatividad del principio en cuestión para quienes la desempeñan: incluso los autores que han querido deducir directamente del dictado constitucional el abanico de bienes cuya protección puede ser objeto de atención por parte del legislador penal, se han preocupado de precisar que la referencia de la Magna Carta a un determinado interés, puede ser tanto explícita como implícita⁹⁷². Y, de acuerdo con la postura que aquí se mantiene, lo único que podría obstar a la protección por parte del legislador penal de un deber de imparcialidad referido a alguna de las categorías de las que se discute, debería ser la deducción clara del dictado constitucional de la vigencia de un deber de parcialidad.

5.5.5.1. El caso de jueces y fiscales. Breves referencia a la solución italiana a la corrupción «en actos judiciales»

Para zanjar definitivamente la cuestión respecto de jueces y fiscales, reténgase que, tanto la Constitución italiana (art. 111) como la española (art. 124) configuran un deber de imparcialidad para jueces (la primera), y fiscales (la segunda)⁹⁷³. Y, que exista un deber de imparcialidad para los jueces españoles y los fiscales italianos, se deduce no solo de una lectura coherente del dictado constitucional, sino

⁹⁷² Véase *supra*, apartado 5.1.6.

⁹⁷³ Véanse, sobre este punto, las notas críticas de JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978», en AA.VV.: *La imparcialidad judicial*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 13 y ss. El autor considera que existe un derecho fundamental «oculto» a un juez imparcial cuya existencia debe argumentarse a través del artículo 10.2 «y, más concretamente, por una serie de textos y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales, en los que sí se reconocía expresamente el derecho que las causas judiciales sean oídas por un Juez imparcial» (*Ibidem*: págs. 21 a 22, con mención de varias resoluciones del Tribunal Constitucional que avalan la existencia de un Derecho constitucional a un juez imparcial).

del conjunto del ordenamiento jurídico⁹⁷⁴, con específica referencia a la normativa sectorial⁹⁷⁵ e internacional⁹⁷⁶ y, en particular, como ha sido ya suficientemente argumentado en doctrina, apoyándose en el principio del exclusivo sometimiento a la ley y a su independencia (del fiscal italiano y del juez español)⁹⁷⁷. Es más, como consideración

⁹⁷⁴ En doctrina, se ha hecho referencia, por ejemplo, a la reglamentación del régimen de incompatibilidades de los jueces y magistrados que «tiene como finalidad principal salvaguardar la independencia de los Jueces y Magistrados, pero también proteger la imparcialidad en su actuación» (así JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Imparcialidad...», cit., pág. 18).

⁹⁷⁵ Véase, por ejemplo el artículo 223 de la LOPJ española. Sobre este dato, se ha críticamente observado que «posiblemente en la necesaria reforma integral que de esta ley ha de hacerse, y estimo que de forma inmediata, sería muy oportuno que la imparcialidad de jueces y magistrados recibiera un tratamiento acorde con la importancia que el principio tiene como elemento estructural en el funcionamiento del Poder Judicial» (así JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Imparcialidad...», cit., pág. 17). Sobre la existencia, *de iure condito*, de un deber de imparcialidad para los jueces españoles, véase, entre muchos, VIVES ANTÓN, T. S.: «Sobre la imparcialidad del juez y la dirección de la investigación oficial de delito», en *Teoría y Derecho*, n. 1, 2007, pág. 99 y ss.: en particular, págs. 106 y ss. con amplias referencias jurisprudenciales.

⁹⁷⁶ Véase, por ejemplo, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 20.

⁹⁷⁷ Así CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., págs. 104 y ss. En el mismo sentido, véase RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito...*, cit., págs. 80 a 81. En doctrina, se ha observado que «la justicia que especialmente inquieta es la penal, en la que el juez, instrumento de control social, es mera prolongación del poder político. Por tanto, *parte* interesada en el ejercicio del *ius puniendi*. De este modo, reivindicar independencia es pedir también, o sobre todo, imparcialidad en la aplicación del mismo. Por eso, el valor imparcialidad aparece formando parte de un todo (relativamente) indiferenciado con el de independencia. Y en la consideración común acaba por ser un cierto '*va de soi*', pues, implícitamente, se entiende que, existiendo ésta, aquella se daría como por añadidura» (así ANDRÉS IBAÑEZ, P.: «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (DIR.): *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, págs. 48 a 49 con cursiva en el texto citado). El mismo autor aclararía luego que «en la actualidad, es patente que los valores constitucionales de independencia e imparcialidad, centrales en la jurisdicción, guardan entre sí una estrecha relación conceptual, pues la independencia mira a garantizar lo que, en realidad, es una forma de imparcialidad. Tiene por objeto evitar que el juez, por razón de su modo de encaje en el marco estatal, por su estatuto, se vea constreñido o inducido a operar como actor político, es decir, como *parte* política en el proceso, en perjuicio de la exclusiva sujeción a la ley» (*Ibidem*: pág. 51, con cursivas en el texto). En términos parecidos, véase también GRIMALDI, G. R.: «*Independence*

general, puede convenirse que, en el caso del poder judicial (que, en Italia, sin dudas incluye a los Fiscales que, en España, están en él integrados «con autonomía funcional»⁹⁷⁸) la exigencia de imparcialidad es particularmente fuerte debido a su importancia «conexa con la específica posición que el momento del proceso adquiere respecto de los diversos momentos en los que se realiza la actividad administrativa del Estado»⁹⁷⁹; como se ha observado, la Constitución «garantiza explícitamente el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración pública (...)» y «si ello es prescrito para el poder ejecutivo, con mayor razón tiene que valer para el poder judicial, que por definición exige mayores atenciones y garantías, en especial respecto de la imparcialidad, que es su característica vital en una sociedad fundada sobre la igualdad de los sujetos»⁹⁸⁰. Finalmente, *nulla quaestio* suscita aquí la referencia al proceso de toma de decisión (si se prefie-

of Public Prosecutors' Offices: recent case law in the CJEU on the European arrest warrant and its impact on the EU Criminal Justice System», en *EUCRIM: The European Criminal Law Associations' Forum*, n. 4, 2020 (consultado en su versión en línea disponible en <https://eucrim.eu/articles/independence-of-public-prosecutors-offices/#docx-to-html-fnref3>) quien recuerda que «*judicial independence can be denied as the ability of the judiciary to execute its duties free from the influence of, in particular, the executive power*» sin olvidar que ya la propia idea de independencia obliga a postular la necesidad de que el poder judicial actúe «*without being driven by private interests*».

⁹⁷⁸ Así literalmente el discutido art. 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal actualmente vigente. Para una breve pero eficaz panorámica sobre la cuestión, se remite a NEIRA PENA, A. M.: «Las partes del proceso penal. El Ministerio Fiscal. El acusador particular; la acusación popular. El acusador privado. El actor civil. La Abogacía del Estado. El perjudicado», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (COORD.): *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 101.

⁹⁷⁹ TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., pág. 269.

⁹⁸⁰ ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni...*, cit., pág. 198. Desde un punto de vista ciertamente no iuspositivista, recuérdese las múltiples referencias de Habermas (HABERMAS, J.: *Facticidad...*cit.) quien afirma que es la propia moral racional que proporciona «un procedimiento para el enjuiciamiento imparcial de cuestiones en disputa» (pág. 175) y que solo «una justicia que juzgue de forma independiente e imparcial» puede asegurar «el derecho a la protección de derechos individuales» (pág. 200). Y, de hecho, si se toman en serio los «principios del discurso», hablar de una «Administración de justicia» que asegure «a todas las personas la misma protección de sus derechos, iguales derechos de audiencia, igualdad en la aplicación del derecho, es decir, igualdad de trato ante la ley...» (pág. 191) es hablar de una administración de justicia no solo independiente sino también imparcial.

re «procesos de formación de la opinión y la voluntad gobernados argumentativamente»⁹⁸¹) que, como se ha dicho, hace «socialmente expectables en determinados lugares y en determinados momentos discursos» no solo «de producción del derecho», sino también «de aplicación del derecho»⁹⁸².

Como nota final que disipa cualquier duda y sin que sea aquí posible detenernos sobre la cuestión⁹⁸³, obsérvese que, en el ordenamiento penal italiano, la corrupción «en actos judiciales» se tipifica expresamente en el artículo 319-ter⁹⁸⁴ cuyo texto es el siguiente:

«Si los hechos indicados en los artículos 318 y 319 se cometen para favorecer o dañar una parte en un proceso civil, penal o administrativo, se aplica la pena de la reclusión de seis a doce años.

Si del hecho deriva la injusta condena de alguien a la reclusión no superior a cinco años, la pena es de la reclusión de seis a catorce años; si deriva la injusta condena a la reclusión superior a cinco años, la pena es de la reclusión de ocho a veinte años»⁹⁸⁵.

Con la brevedad impuesta, no puede dejar de señalarse el contexto penológico que dibuja la norma que tiene en cuenta un mayor desvalor de resultado asociado evidentemente no solo a los sujetos activos de corrupción pasiva⁹⁸⁶ (y a su vinculación al deber de imparcialidad

⁹⁸¹ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 247.

⁹⁸² HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 247.

⁹⁸³ Véase, en este sentido, BENUSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 3.

⁹⁸⁴ Para un análisis del delito *de quo*, se remite, entre otros, a BELLAGAMBA, F.: *La corruzione in atti giudiziari*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁹⁸⁵ Véase BELLAGAMBA, F.: *La corruzione...*, cit., págs. 2 y ss. con interesantes consideraciones acerca del origen de la sanción de la corrupción en el derecho romano que, según el autor «había focalizado la atención justamente sobre la necesidad de que los magistrados se abstuvieran de toda depravación [*turpitudine*] y, en particular, de recibir donativos superior a 100 áureos».

⁹⁸⁶ Sobre el punto, debatido en la doctrina, se remite a BELLAGAMBA, F.: *La corruzione...*, cit., págs. 190 y ss. Después de la reforma del año 1992, es absolutamente pacífico que sujetos activos de corrupción pasiva en actos judiciales pueden ser también los miembros del Ministerio Fiscal (sobre la cuestión, baste aquí remitir a FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., págs. 176 a 177. En España, no consta discusión alguna acerca de la relevancia del cohecho pasivo eventualmente cometido por funcionarios del Poder Judicial (incluyendo a los Jueces) o pertenecientes al Ministerio Fiscal (por si hiciera falta, véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación...», cit.).

procedimental⁹⁸⁷) sino también a las consecuencias de la ilegalidad pactada, aquí especialmente acuciantes⁹⁸⁸.

5.5.5.2. El problema de la imparcialidad del «político». Apuntes

Queda sin resolver la cuestión de los parlamentarios. Y, vaya por delante que un examen detallado de la *querelle* requeriría un espacio del que aquí no disponemos, de tal forma que conviene que nos limitemos ahora a algunas anotaciones generales relacionadas con el objeto de este trabajo.

En primer lugar, convendría señalar que las dificultades que normalmente se asocian a la configurabilidad del delito de cohecho pasivo (en su caso, propio o impropio) con relación a los «parlamentarios», *ictu oculi*, parecen poderse referir a un colectivo relativamente más amplio, al que pueden adscribirse (sin ánimo de agotar la categoría) todas aquellas personas que ocupan un cargo *latu sensu* «político»⁹⁸⁹ (*rectius*: que desempeñan una función pública en virtud de una legitimación democrática, directa o indirecta⁹⁹⁰). Aparte de la legitimación

⁹⁸⁷ Sobre la identidad del bien jurídico entre corrupción y corrupción en actos judiciales, véase BELLAGAMBA, F.: *La corruzione...*, cit., pág. 37 y, en esa misma página, nota 65. Para una reconstrucción en términos pluriofensivos del bien jurídico protegido por la corrupción en actos judiciales, véase BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 319.

⁹⁸⁸ Véanse, LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 254; SPENA, A.: «Corruzione in atti giudiziari», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G.: *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2015, pág. 194 quien afirma que «la *ratio* de la norma se halla (...) en la (...) necesidad de disponer una especial tutela para el interés hacia la transparencia y a la autoridad moral de las decisiones judiciales».

⁹⁸⁹ La literatura es particularmente rica de referencias a casos de corrupción «política». Quisiera aquí remitir, entre muchos, a VANNUCCI, A.: «La corruzione nel sistema politico italiano a 10 anni da mani pulite», en FORTI, G. (DIR.), *Il prezzo della tangente*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, págs. 3 y ss. (en especial págs. 46 y ss.).

⁹⁹⁰ Como se ha dicho en doctrina, la referencia apunta a «diversos sujetos públicos cuya función se caracteriza, ora por la particular amplitud de los poderes relacionada con la *investidura popular* (consejeros regionales o comunales, presidentes de regiones, alcaldes), ora por una *relación fiduciaria* con sujetos elegidos (ministros y asesores)» (así UBIALI, M. C.: «In tema...», cit., pág. 2298). El abanico

democrática, lo que tienen en común todos estos sujetos es que, en el ejercicio de sus funciones, (parte de) los actos que realizan no solo son discrecionales⁹⁹¹, sino que no pueden ser «jurídicamente» discutidos, ni en vía administrativa ni, *a fortiori*, contenciosa⁹⁹², ni, como veremos, penal⁹⁹³, sino que (simplificando un poco) parecen sometidos exclusivamente al democrático control del electorado que lo ejerce a través de las urnas⁹⁹⁴.

«problemático» de sujetos, por lo tanto, no abarca solo a los legisladores (estatales y autonómicos) sino también *v.gr.* a altos cargos y personal eventual (es decir, no es cuestión solo del poder legislativo, sino también ejecutivo). En España, para una definición de Alto Cargo, véase el artículo 1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado, en el entendido de que nos referimos ahora a cualquier persona que desempeñe funciones análogas en cualquier Gobierno autonómico, provincial o incluso local. De acuerdo con el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público «es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin».

⁹⁹¹ Todos ellos, en efecto, «gozan de una particular libertad de acción que se concreta en el poder de definir los objetivos y los programas de acción del ente al que pertenecen» (así, UBIALI, C.: «In tema...», cit., pág. 2299).

⁹⁹² Véase, en estos términos, PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 219.

⁹⁹³ Sobre la problemática relativa al cuestionamiento por parte del poder judicial de los actos de los que ejercen una función pública por investidura popular (sea la misma directa o indirecta), véase UBIALI, M. C.: «In tema...», cit., pág. 2299.

⁹⁹⁴ De ahí que, para encuadrar correctamente el problema, quizás convenga quitar algo de dramatismo a la cuestión inherente a las prerrogativas del poder legislativo (frente al juez del orden penal) desplazando la atención desde el «tipo de sujeto» hacia el «tipo de acto»: y, en efecto, no es difícil hallar ejemplos de actos administrativos *strictu sensu* realizados por «políticos» y no cabe duda de que incluso los parlamentarios, en el ejercicio de sus funciones, realizan actos reglados: piénsese en la declaración de bienes patrimoniales (prevista por el artículo 18 del reglamento del Congreso de los Diputados, 26 del Reglamento del Senado y por el artículo 160 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General). Estos casos, *ça va sans dire*, no suponen problemas de cara a la configurabilidad no solo del cohecho, sino de cualquier otro delito contra la Administración pública. La conclusión es que se trata aquí de un problema inherente a determinados «actos» públicos, realizables tanto por sujetos que desempeñan una función legislativa como por otros que se mueven más bien en el marco ejecutivo. Frente a quien ha puesto el acento sobre determinados sujetos, cabría oponer que no existe precep-

Pues bien, precisamente esta (por lo menos, aparente) ausencia de límites (susceptibles de ser esgrimidos ante un juez) de los actos «políticos» o «de gobierno» está a la base de ciertas dudas afloradas en la doctrina que (enfocando normalmente la cuestión en torno al cohecho del parlamentario) se ha preguntado acerca de la aplicabilidad de (por lo menos, parte) del Estatuto penal de la Administración pública, problematizando la operatividad del principio de imparcialidad en un ámbito de la acción pública que parece guiado precisamente por la «parcialidad»⁹⁹⁵.

Con todo, las soluciones planteadas no han resultado siempre satisfactorias.

En primer lugar, ha despertado comprensibles perplejidades la solución «extrema» que insinúa la inaplicabilidad a los legisladores del delito de corrupción⁹⁹⁶: como se ha dicho, el ordenamiento jurídico no apunta desde luego en esta dirección y ningún precepto vigente sugiere un estatus de «inmunidad» frente al cohecho para estos sujetos⁹⁹⁷.

Pero incluso pretender acotar (como sugiere Rodríguez Puerta) la relevancia penal del soborno del parlamentario poniendo el acento en la alteración del fin que motiva su decisión⁹⁹⁸, limitando el espectro aplicativo del cohecho a los supuestos en los que la finalidad de la actuación ya no es electoral o política, sino personal⁹⁹⁹, coloca al

to alguno que sustraiga a los miembros del Poder Legislativo o Ejecutivo de la aplicación (sin matices) de la legislación penal vigente (salvo cuanto diremos en seguida a propósito de la inviolabilidad de algunas de sus opiniones y teniendo siempre en cuenta las normas procesales que disciplinan la participación de los mismos en un proceso penal como imputados o testigos).

⁹⁹⁵ Véase TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 180 y ss. y, sobre la imposibilidad de configurar un deber de imparcialidad para los parlamentarios, págs. 211 y ss.

⁹⁹⁶ Así literalmente FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 176.

⁹⁹⁷ Véase PAGLIARO A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., págs. 219 a 220 quienes subrayan que la Constitución (tanto italiana como española) se limita a establecer determinados límites procesales.

⁹⁹⁸ Así RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 69. Para la postura de esta autora, véase *supra* apartado 4.3.1.

⁹⁹⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 82. *Ictu oculi*, no parece muy disímil la postura de RIQUELME PORTILLA, E.: *El cohecho...*, cit., pág. 131 toda vez que el autor ancla la diferencia entre lo lícito y lo ilícito a parámetros difícilmente aprehensibles, casi impalpables que rotula como «actuaciones públicas,

intérprete ante la incómoda tarea de indagar (por lo menos, *praeter legem*) unos «fines» de difícil acotación y de buscar unas respuestas que, aparte de resultar necesariamente imprecisas, se construyen a partir del sustrato psíquico del sujeto activo, a lo largo de un proceso de indagación de motivos que, vigente nuestro sistema penal anclado a los hechos, no debería erigirse a parámetro único sobre el que fundamentar la respuesta penal¹⁰⁰⁰. De la misma manera, tampoco debería infravalorarse el problema que supondría investir al juez del orden penal de tan sumamente amplio y discrecional juicio que, a fin de cuentas, tiene (o puede tener) por objeto la manifestación por excelencia del poder legislativo (o, de forma más amplia, «político-democrático») y que, como se ha observado, se arriesga a entrar en el mérito del asunto, terminando por someter a fiscalización a la mismísima actividad legislativa¹⁰⁰¹ o, si se prefiere, «política», con el concreto peligro de terminar sustituyéndose así a las urnas.

interés general, atribuciones propias del cargo parlamentario». Parecidas críticas suscita también la propuesta de RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., págs. 66 a 69 que, aun limitando la relevancia de los motivos subyacentes a la decisión a los «inmediatos», sigue poniendo al juez del orden penal ante la tesitura de valorar qué actos satisfacen el interés de los votantes y qué actos, en cambio, no lo hacen.

¹⁰⁰⁰ Véase COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 71 quien observa que individualizar la «desviación del fin» como «*prius* axiológico del principio de imparcialidad para el cohecho parlamentario» resulta un tanto abstracto y tautológico. Excesivo parece, en cambio seguir este autor en su crítica de acuerdo con la cual la idea de Rodríguez Puerta «prescinde del acto contrapartida de la retribución», lo que, en toda franqueza, no me parece que se le pueda imputar a la autora, puesto que la referencia al fin no cancela la necesidad típica del pacto sinalagmático que tiene como término el acto del cargo y que, según entiendo, esta autora tiene presente.

¹⁰⁰¹ Véase, en este sentido, UBIALI, C.: «In tema...», cit., pág. 2319; COMPAGNA, F.: «La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio», en *Diritto penale contemporaneo*, 2016, págs. 8 a 9 quien comenta una sentencia de primera instancia relativa a un conocido caso acontecido en Italia que implicó, por un lado, al célebre empresario-político D. Silvio Berlusconi y, por otro, a un parlamentario (el Sr. De Gregorio) que habría recibido beneficios (3 millones de euros) del primero a cambio «de cambiar de bando político», dejando de sostener, con su voto, el gobierno Prodi al que el partido guiado por Berlusconi se oponía. Nótese como los argumentos del tribunal de primera instancia (que considera que se trata de un delito de cohecho propio) recuerdan a los de Rodríguez Puerta en la medida en que recalcan que «el inspirar el propio actuar y el desarrollo de la propia función no ya a la expresión del sentir de la Nación o de una parte de ella, sino a la persecución de intereses particulares e individuales,


Para tratar de proponer una solución más plausible, en primer lugar, es conveniente reiterar que, a efectos penales, tanto a tenor del artículo 24 del Código penal español como de los artículos 357 y 358 del italiano¹⁰⁰², los «parlamentarios» (*rectius*: toda persona que desempeña una función pública en virtud de legitimación democrática, sea la misma directa o indirecta) deben considerarse incluidos en el abanico de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo¹⁰⁰³: como se ha observado, «el legislador penal no se refiere a

a cambio de pagos en dinero recibidos, constituye para el Parlamentario una violación de tal primero e importantísimo deber». La vicisitud se cierra con la Sentencia de la Cass. Pen. Sez. VI, de 2 de julio de 2018, n. 40347 (comentada por UBIALI, C.: «In tema...», cit., págs. 2296 y ss.) sobre la que volveremos en seguida y que modifica sustancialmente la calificación jurídica.

¹⁰⁰² En este sentido apunta claramente la Relación Ministerial que acompañó la aprobación del Código Rocco de 1929 en la que se lee que «el concepto de *pubblica amministrazione* por lo que se refiere a los delitos comprendidos en este Título debe ser entendido en el sentido más amplio posible en cuanto comprensivo de toda la actividad del Estado y demás entes públicos. Por tanto, con las normas relativas a los delitos contra la Administración pública viene tutelada no solo la actividad administrativa en sentido estricto, técnico, sino también bajo un cierto aspecto, la legislativa y judicial». La cita es de JAVATO MARTÍN, A. M.: *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2005, pág. 234 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

¹⁰⁰³ Nótese además que el artículo 4 de la ya mencionada Convención penal sobre corrupción del Consejo de Europa dispone expresamente que «Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, los actos a que se refieren los artículos 2 y 3 cuando esté implicada alguna persona que sea miembro de cualquier asamblea pública nacional que ejerza poderes legislativos o administrativos» y que el artículo 6 del mismo texto, hace lo propio con relación a los «miembros de asambleas públicas extranjeras» que «ejerza poderes legislativos o administrativos en cualquier otro Estado». En doctrina, véase, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación...», cit. En el mismo sentido, UBIALI, M. C.: «In tema...», cit., págs. 2299 y 2309 a 2311 quien se refiere a una noción «monolítica» de Administración pública adoptada por el Código penal italiano que, aclara la autora, «no permite distinción alguna entre los sujetos públicos». En el mismo sentido, véase Cass. Pen. Sez. V, 6 de junio de 2017, n. 36769 (comentada por CHIBELLI, A.: «Al vaglio della Cassazione (per la prima volta) la figura della corruzione del parlamentare», en *Diritto penale contemporaneo*, 10/2017, pág. 303) que no solo elimina cualquier duda acerca de la relevancia de la actividad legislativa del parlamentario, sino que aclara que incluso cuando no legisla, sigue siendo público oficial (como mucho, con arreglo al artículo 358

la ‘Administración pública’ en el sentido de la doctrina del Derecho constitucional y del Derecho administrativo» que «como es notorio (...) mueve del principio de separación de poderes (...). En la dicción del Código penal, en cambio, ‘Administración pública’ como objeto de tutela, indica la entera actividad funcional del Estado y de los otros entes públicos»¹⁰⁰⁴.

del Código penal italiano, podrá decirse que será encargado de un público servicio). De acuerdo con esta sentencia, también es público oficial el Parlamentario mientras actúa como componente de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa porque ahí también desarrolla funciones propias de un miembro del Parlamento italiano (para el comentario de Chibelli, véase *Ibidem*: págs. 306 a 307). Véase también Cass. Pen. Sez. VI, de 2 de julio de 2018, n. 40347 (sobre el caso Berlusconi-De Gregorio) en la que la Corte concluye que «el miembro del parlamento está investido de la calificación de público oficial, no solo en el desarrollo de la actividad legislativa en sentido estricto, sino también en el ámbito de las actividades parlamentarias típicas (disciplinadas por los reglamentos de la Cámara o directamente por la ley) conexas con la actividad legislativa o de ella directa o indirectamente descendientes». Con lo cual, ya debe desecharse la postura de CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., pág. 113 quien, por un lado, sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho está relacionado con la objetividad y la imparcialidad y, por otro, deduce de estos dos principios que el funcionario «debe actuar ajeno a todo interés político». Parece olvidar el autor que los parlamentarios y, si se quiere, los «políticos» (que desempeñan algún cargo representativo), son, a efectos penales, auténticos funcionarios públicos. De tal manera que, de dos una: o se admite que la imparcialidad y la objetividad tuteladas por el cohecho no son incompatibles con la actividad política o bien debe buscarse en otra parte el bien jurídico protegido por todos aquellos delitos que tienen como sujetos activos a los «funcionarios públicos» así como descritos por el artículo 24 del Código penal español y los artículos 357 y 358 del italiano. Sobre la necesidad de tener en cuenta el alcance de la definición de funcionario público para efectos penales para delimitar la noción de Administración pública, se vuelve a remitir, entre muchos, a BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 2; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 176. Sobre la solución proporcionada por otros ordenamientos jurídicos (como el alemán) que han querido disciplinar de forma distinta al supuesto de cohecho del parlamentario, véase MANSO PORTO, T.: «Corrupción y ‘compraventa’ del voto de los diputados y demás mandatarios políticos a la luz del Derecho penal español y alemán: los ‘casos Wuppertal, Camas y Arrecife’», en PUENTE ABBA, L. (DIR.): *La intervención penal en supuestos de fraude*  *Corrupción: doctrina y análisis de casos*, Bosh, Barcelona, 2015, págs. 385 y ss. Sentido no del todo conforme (excluye la actividad no estrictamente legislativa), COMPAGNA, F.: «La corruzione...», cit., pág. 6.

¹⁰⁰⁴ PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 5; en el mismo sentido, siendo sustancialmente pacífica la opinión, BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 2;

Dicho ello, parte de la doctrina ha observado que existiría para los parlamentarios una prohibición de actuar de forma arbitraria¹⁰⁰⁵ o al margen de la legalidad: parece deberse suscribir que «la idea de Estado de derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no solo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido»¹⁰⁰⁶. Y, si es cierto que, en el caso de los parlamentarios, el abanico de posibles razones subyacentes a su toma de decisión es amplísimo y que es igualmente amplio el horizonte de las decisiones «posibles» (léase: formalmente conformes al ordenamiento jurídico), no lo es menos que justamente tal amplitud desplaza necesariamente el foco hacia el proceso de formación de la voluntad¹⁰⁰⁷. Por lo que ahora interesa (y como, por otra parte, parece intuir la misma Rodríguez Puerta), aquí más que en otros ámbitos, pretender asociar la legitimidad de la decisión política a su contenido es camino que no solo lleva poco lejos, sino que además ha de retenerse generalmente proscrito al juez del orden penal¹⁰⁰⁸; más

FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 156. Muy claro a este respecto también COLOMER BEA, D.: «La tutela...», cit., págs. 3 a 4. En sentido crítico (pero en una óptica *de iure condendo*), véase BRICOLA, F.: «Tutela...»cit., págs. 128 a 129 quien, por un lado, reconoce que el Código penal «habla de ‘pública administración’ en sentido muy amplio con referencia a todo el aparato estatal, incluidos los órganos legislativos y jurisdiccionales», pero, por otro, observa que esta «centralización de tutela» (en cuyo marco, la referencia a la pública Administración «no concierne exclusivamente al aparato burocrático de los tres poderes, sino el ejercicio de las respectivas funciones») sería fruto de la configuración «institucional» fascista (de la que el Código es Rocco es expresión) que se plasma en una «degradación de la teoría de separación de poderes a simple criterio de distribución de competencias» y que «encuentra su probable matriz en el carácter autoritario del Estado fascista» (*Ibidem*: pág. 132). Para argumentos en contra de la crítica puede también remitirse a FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, cit., pág. 157.

¹⁰⁰⁵ Como observa la propia Rodríguez Puerta para cuya postura se remite a *supra*, apartado 4.3.1.

¹⁰⁰⁶ Así HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 202, con referencia a la producción del derecho.

¹⁰⁰⁷ Así HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 219. Véase también las parecidas consideraciones de RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 187.

¹⁰⁰⁸ Véase COMPAGNA, F.: «La corruzione...», cit., pág. 11. En este sentido, reténgase que límites precisos a la posibilidad del juez de valorar el mérito del acto del

recorrido parece tener la opción que desplaza la atención al procedimiento del que dicha decisión es fruto y que, indudablemente, ha de respetar ciertas pautas legalmente establecidas (incluso por los mismos parlamentarios)¹⁰⁰⁹ y que podríamos seguir resumiendo como «imparcialidad procedimental» sin demasiados problemas¹⁰¹⁰. Si bien es innegable que «la actividad política se caracteriza por su parcialidad o naturaleza discrecional»¹⁰¹¹, no debe (otra vez) confundirse la posible parcialidad de las decisiones con la necesidad de observar cierto procedimiento previo¹⁰¹²: incluso admitiendo que el parlamen-

cargo, no deben postularse solo de cara a los act[iv]os legislativos, sino incluso con respecto a aquellas actuaciones *latu sensu* programática (o, si se prefiere, de dirección política) realizadas por los miembros del poder ejecutivo, Altos Cargos e incluso personal de confianza (así UBIALI, C.: «In tema...», cit., pág. 2299).

¹⁰⁰⁹ Como ha observado la *Corte di Cassazione* (en la ya citada Cass. Pen. Sez. V, 6 de junio de 2017, n. 3769) «si el desarrollo de la actividad política se caracteriza, incluso institucionalmente, por una constante e incluso debida, actividad de ‘mediación’ y de composición de intereses de ‘parte’, en dicho ámbito no puede retenerse incluida la recepción de utilidades, incluso extremadamente relevantes, como por ejemplos conspicuas sumas de dinero, a título meramente personal: en esta hipótesis, en efecto, se sale de la actividad de composición y de representación de intereses, y se lleva a un ‘aprovechamiento’ a fines privados del ejercicio del altísimo oficio público desempeñado».

¹⁰¹⁰ Obsérvese que la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del Ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, si bien con una técnica legislativa manifiestamente mejorable, en su artículo 13.2, letra c) consagra la vigencia del principio de imparcialidad para los Altos Cargos de la Administración General del Estado en el ejercicio de su función. Apelar a la «probidad», como se ha hecho (así, por ejemplo, RIQUELME PORTILLA, E.: *El cohecho...*, cit., pág. 127 y TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., pág. 196) no parece satisfactorio, salvo que se utilice como argumento para defender (*de iure condendo*) la despenalización de la conducta: probidad, honradez (o, si se prefiere, honorabilidad), no son bienes jurídicos que interesen ni que tengan que ocupar al legislador penal. Tampoco convence la receta de la *Corte di Cassazione* que, en el marco de la ya citada vicisitud Berlusconi-De Gregorio, prefiere anclar la sanción de la corrupción del parlamentario no ya a lo dispuesto por el artículo 97 de la Constitución (del que, se recordará, se hacían descender las ideas de imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración) sino que se dirige hacia el artículo 54 del mismo texto constitucional (que también hemos mencionado *supra*, en el apartado 3.3.) haciendo pivotar la lesividad del cohecho «político» sobre los conceptos de «disciplina» y «honor».

¹⁰¹¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., pág. 77.

¹⁰¹² Sobre el anclaje de la «Justicia» de la ley al procedimiento de formación de la misma, véase HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 258.

tario sea absolutamente libre de votar, proponer, o, en una palabra, actuar *en el ejercicio de sus funciones*¹⁰¹³, sin que sea posible para el juez del orden penal tachar su voto, propuesta o actuación de ilegal, ello no lleva necesariamente a postular que su voto, propuesta o actuación pretendan legitimidad con independencia del procedimiento seguido¹⁰¹⁴. Ahora, la tendencia (sobre la que ya nos hemos expresado críticamente) a anclar la idea de imparcialidad a la ilicitud del acto objeto del pacto implica comprensiblemente el descarte de este bien jurídico cuando el marco de referencia es la actividad *latu sensu* «política»: una vez adoptada esta perspectiva (que aquí no se comparte), como hemos visto, se termina por (mal)entender la ilegalidad como equivalente a parcialidad y la imposibilidad de calificar el acto del cargo como ilegal impide calificar de parcial al comportamiento de quienes acuerdan realizarlo tras un soborno. Al contrario, proyectada la imparcialidad sobre el procedimiento de toma de decisión, cuanto hemos observado acerca de la lesividad de la corrupción impropia y de facilitación permite ahora sugerir que, incluso ahí donde nada se pueda decir sobre la licitud del acto del cargo, sigue siendo posible

¹⁰¹³ Al igual que se dijo a la hora de acotar los posibles actos del cargo objeto del delito de cohecho propio, aquí también debería insistirse en que no toda la actividad *latu sensu* entendida como «política» se coloca en el marco de las «funciones» del funcionario público que desempeña una función legislativa (art. 357 del Código penal italiano) o que participa en el ejercicio de una función pública por «elección» (art. 24 del Código penal español). Así, por ejemplo, y sin poder aquí entretenernos con la seguramente interesante casuística, nótese que comportamientos como el cambio remunerado de partido político (que no de grupo parlamentario o del sentido de un voto), la realización tras recompensa de actividades de promoción o representación, la participación en actos (sobre todo privados), son comportamientos que probablemente extralimitan del ejercicio de las funciones y cuya «venta» a cambio de un beneficio probablemente extralimita el ámbito de aplicación del delito de cohecho. Con todo, quizás merecería la pena reflexionar (evidentemente, no ahora) sobre el hecho de que gran parte de esos «actos» resultan «pagados» por las arcas públicas en forma de dietas, conductores o medios de transporte etc.

¹⁰¹⁴ Para una sugerente reconstrucción del procedimiento de producción legislativa, se remite, una vez más, a HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., págs. 230 y ss. Como se ha observado, el derecho cobra su pleno sentido normativo «no *per se* a través de su *forma*, tampoco por un *contenido* moral dado *a priori*, sino por un *procedimiento* de producción legislativa, que genera legitimidad» (así HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 202).

calificar al procedimiento del que el mismo ha sido el resultado como parcial o imparcial¹⁰¹⁵. Dicho en otras palabras, incluso el voto (naturalmente parcial), la opinión (también parcial) o, en general, la actividad política (parcial) debe llevarse a cabo con cierta...imparcialidad procedimental¹⁰¹⁶.

Y, en efecto, *de iure condito*, el procedimiento¹⁰¹⁷ es delineado no solo por la Constitución y los reglamentos parlamentarios, sino por preceptos distribuidos en todo el ordenamiento jurídico¹⁰¹⁸, incluido el Código penal. Y bien hubiera podido el propio Parlamento excluir,

¹⁰¹⁵ Véase la ya citada Cass. Pen. Sez. VI, de 2 de julio de 2018, n. 40347 (sobre el caso Berlusconi-De Gregorio) en la que la Corte observa que, cuando se acusa a un Parlamentario de un delito de cohecho de facilitación (o añadiría, de corrupción impropia) no se está emitiendo valoración alguna acerca de la actividad parlamentaria sustraída a la censura del poder judicial: «cuando la conducta del Parlamentario (...) consiste en la aceptación de la promesa o de la dádiva de una indebida utilidad por haber realizado un acto o una actividad relativa al ejercicio de sus propias funciones, al juez del orden penal le es indiferente el contenido intrínseco del acto o de la actividad, puesto que asumen significación solo la recepción de la promesa o de la dádiva en tanto en cuanto relacionadas con la precedente realización de los mismos, los cuales, además, integran exclusivamente el presupuesto de la conducta ilícita».

¹⁰¹⁶ Sobre la relación entre actividad (legítima) de grupos de interés y corrupción, véase, entre otros, PETRILLO, P.: «*Lobbying* e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati», en *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 3, pág. 192 quien, una vez legitimada la actividad de *lobbying* como sintomática de un régimen realmente democrático, advierte que la misma debe hacerse compatible con principios constitucionales como «el buen funcionamiento de la administración pública, la imparcialidad del decisor público, la publicidad de los procesos decisionales, la igualdad de los diversos portadores de intereses» y, con referencia al límite con la corrupción, añade que «el aspecto crítico, por tanto, no se halla en la naturaleza negociada del acto, sino en el método con el que se llega a tal acto, en el instrumento utilizado para conseguir esta finalidad, y, finalmente, en el modo en el que los diversos intereses – compuestos, descompuestos, recompuestos – son sintetizados en la decisión final. Y es justo en este ‘modo’, en este ‘proceso’, que se oculta el riesgo-corruptivo...».

¹⁰¹⁷ Para una diferenciación entre actividades que aquí se definen como «procedimentales» y manifestaciones voluntad «finales», véase STORTONI, L.: *L'abuso del potere nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1978, págs. 132 y ss. En la doctrina española, VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento...*, cit., pág. 195.

¹⁰¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en la normativa que rige el funcionamiento de las Cortes autonómicas o también a las leyes que regulan la financiación de los partidos políticos.

por ejemplo, a diputados y senadores del abanico de sujetos a los cuales es posible aplicar no solo el cohecho, sino todo el Estatuto penal de la Administración pública¹⁰¹⁹. El hecho es, sin embargo, que, *de lege lata*, así no se ha considerado oportuno proceder¹⁰²⁰.

De ello debe concluirse que, si, con el delito de cohecho, se pretende impedir una determinada perturbación de la imparcialidad del funcionario público a la hora de ponderar los intereses en juego en su *iter* decisonal, a toda persona que pueda incluirse en la categoría «funcionarios públicos» (entendida de acuerdo con el artículo 24 del Código penal español y los artículos 357 y 358 del Código penal italiano que abarcan a todo cargo político) le es vetado actuar de forma subsumible en el dictado de los artículos 318 y ss. del Código penal italiano o 419 y ss. del Código penal español. Y que se diga, por lo tanto, sin problema que todos los funcionarios públicos deben decidir sin permitir interferencias externas que se sustancien en un soborno aunque ello quiera decir que, si bien limitadamente a este caso, deben actuar (*rectius*: proceder) de forma imparcial o, si se prefiere, con cierta «imparcialidad procedimental».

Y, si lo que se echa en falta es una explicación plausible de la *ratio* de la prohibición así configurada, una posibilidad convincente podría hallarse en aquellas reconstrucciones de la formación de la voluntad política que asocian la legitimidad de la decisión con su compatibili-

¹⁰¹⁹ Véase, en el sentido de excluir estos sujetos de la aplicación del delito de cohecho, TAGLIARINI, F.: *Il concetto...*, cit., págs. 198 y ss. que aboga para una reforma legal clarificadora. Sobre el debate que empeñó a los diputados italianos ya a finales del siglo XIX, véase UBIALI, C.: «In tema...», cit., págs. 2300 a 2301. Como observa la misma autora, por otra parte, en el derecho comparado no faltan ejemplos de elecciones distintas que han considerado oportuno construir una disciplina *ad hoc* para el cohecho de los parlamentarios. La solución alemana, apunta la jurista, «ahonda sus raíces en una fecunda discusión, que confirma la inoportunidad de una equiparación del electo al funcionario público».

¹⁰²⁰ En este sentido, BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 2 quien subraya como se trate de una elección político criminal precisa que, en el caso italiano, se remonta al año 1930. No obstante, incluso en la historia relativamente reciente no es difícil hallar, en Italia, iniciativas que han tenido como fin inmunizar, durante el ejercicio de sus funciones, a los parlamentarios o Altos Cargos del poder ejecutivo de las normas penales que regulan el ejercicio de sus funciones. Se remite, con carácter general, a CORDERO, F.: *Morbo italico*, Laterza Editori, Roma-Bari, 2018, *passim*.

dad con los principios morales y, en particular, con la idea de que el procedimiento que lleva a su adopción garantice que la misma se toma «en igual interés de todos los miembros» de la sociedad¹⁰²¹. De ello ya hemos hablado y nos remitimos a cuanto dicho¹⁰²², recordando que la actuación del parlamentario, del juez y de la Administración, no precisa solo ser «legal» (o, si se prefiere, «conforme a los deberes del cargo») sino también legítima y que la legitimidad procede ciertamente de la observancia de un procedimiento de toma de decisiones «imparcial». Y si las cosas están así, poco podría reprochársele al ordenamiento jurídico que, a la vez que sustrae el acto «político» al control del juez penal, sí protege la legitimidad del mismo mediante la salvaguarda de la imparcialidad en el procedimiento del que es resultado y cuya integridad se tutela frente a los ataques más insidiosos.

Tampoco resultan del todo persuasivas aquellas posturas que deducen la inaplicabilidad de la disciplina del cohecho (y/o del tráfico de influencias) a los parlamentarios (o, si se prefiere, la inoperatividad del deber de no tolerar influencias externas que se sustancien en una dádiva, presente u ofrecimiento) de la imposibilidad de distinguir entre sobornos reprochables e influencias, dádivas o presentes, *de iure condito*, legítimos (*v.gr.* financiación de los partidos políticos¹⁰²³) o bien políticamente aceptables (la referencia va a los así llamados,

¹⁰²¹ Así HABERMAS, J.: *Facticidad...*, cit., pág. 235 quien subraya que «la formación de compromisos no puede sustituir a los discursos morales, precisamente por eso la voluntad política no puede reducirse a la formación de los compromisos».

¹⁰²² Véase *supra*, apartado 5.4.4.

¹⁰²³ Para una breve historia crítica (en clave periodística) de la financiación pública y privada de los partidos políticos en Italia, se remite a RIZZO, S. y STELLA, G.A.: *La Casta*, Rizzoli, Milano, 2007, págs. 138 y ss. Los autores, en un capítulo que significativamente titulado «Cómo apostar un euro y ganar 180» describen las contradicciones de la disciplina de financiación pública de partidos políticos. En el capítulo siguiente (titulado «Mejor a nosotros que a Madre Teresa», págs. 153 y ss.), se ironiza sobre la deriva de la financiación privada de los partidos políticos. Una atenta lectura tanto del primero como del segundo de los capítulos mencionados, contribuye a ilustrar perfiles problemáticos de la «financiación de los partidos políticos», presentando numerosos «casos límites» que, si *de iure condito*, no siempre parecen susceptibles de ser sancionados como cohechos, *de iure condendo*, despiertan serias dudas sobre su legitimidad. Como no tenemos aquí espacio para analizar la problemática con la profundidad que merece, se remite a *McCormick vs United States* (500, U.S. 257 (1991) que puede consultarse en el enlace web <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/257/> y

grupos de presión, de interés o que realizan actividad de *lobby*¹⁰²⁴). A estas posturas, podría contestarse que la posible superposición al cohecho de eventuales actividades consideradas lícitas, o bien es resuelta expresamente por el legislador penal (en el caso del Código penal italiano) o bien se resuelve en vía interpretativa. *Nulla quaestio* en materia de corrupción propia: está fuera de discusión que, influir en alguien para que haga algo ilícito, con independencia de los parámetros a tenor de los cuales haya que determinarse dicha ilicitud, es merecedor de reproche por parte del ordenamiento y no puede considerarse ni avalado por la normativa vigente ni socialmente aceptado ni aceptable. El problema, si acaso, podrá surgir en materia de corrupción impropia (o de facilitación) en la que el soborno trae su causa o mantiene su finalidad en la realización de un acto, de por sí, lícito (y la cuestión se torna aquí especialmente interesante, ya que, en la mayoría de los casos, el *output* proporcionado por el Parlamentario será efectivamente no solo compatible con el ordenamiento jurídico vigente, sino incluso, «inescrutable»¹⁰²⁵). No obstante, debería repa-

que precisamente discute sobre las diferencias entre sobornos y contribuciones a campañas electorales.

¹⁰²⁴ Para cada uno de esos conceptos, véase PETRILLO, P.: «*Lobbying...*», cit., págs. 193 y ss. quien, aun reconociendo claramente que la actividad de *lobbying* puede adquirir una dimensión patológica, no deja de trazar una clara línea diferencial entre el lobbista y el corruptor y, como ya hemos visto, prescribe al político que se desempeña entre un lobbista y otro y entre un grupo de interés y otro, el mantenimiento de cierta imparcialidad.

¹⁰²⁵ El artículo 71 de la Constitución española (que dispone que «Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones») tiene su *pendant* en el artículo 68 de la Constitución italiana, de acuerdo con el cual, «los miembros del Parlamento no pueden ser llamados a responder de las opiniones expresadas y de los votos dados en el ejercicio de sus funciones». Con todo, a la hora de acotar el ámbito expresamente cubierto por esta disposición constitucional, la jurisprudencia más atenta (véase la ya citada Cass. Pen. Sez. VI, de 2 de julio de 2018) ha observado que «la negociación mercantil de la función y la aceptación de una remuneración indebida, se hallan claramente más allá y fuera de toda disciplina y calificación contenida en los reglamentos de las Cámaras» de tal manera que (simplificando un poco) no pueden considerarse como actividades «típicas» de (ni conexas con) la función legislativa amparada por el artículo 68 de la Constitución italiana. Amén de ello, como ha observado la ya mencionada Cass. Pen. Sez. V, 6 de junio de 2017, n. 3769, la aplicación del tipo penal de cohecho de facilitación, de por sí, no implica permitir al poder judicial discutir sobre el acto parlamentario cubierto por la ga-

rarse en que el artículo 318 del Código penal italiano se apresura a especificar que no toda dádiva, presente, ofrecimiento o promesa relacionada con la realización de un acto del cargo (o por el ejercicio de la función) ha de considerarse penalmente relevante, sino que requiere expresamente que la misma se reciba (o se acepte su promesa) «indebidamente»¹⁰²⁶, es decir, fuera de los supuestos en los que la misma está permitida¹⁰²⁷.

De la misma manera, los preceptos internacionales contenidos en los instrumentos a los que ya nos hemos referido, obligan a los Estados parte a tipificar como delito de soborno tan solo aquellos acuerdos en los que se promete, ofrece, solicita, concede etc. un beneficio/ventaja «indebidos»¹⁰²⁸. Y, precisamente en aras de proporcionar una

rantía de autonomía. Añadimos aquí que tampoco lo supondría la aplicación del supuesto base de cohecho (artículo 318 del Código penal italiano, pero también artículo 420 del Código penal español). Sobre la evolución jurisprudencial en la materia, véase CHIBELLI, A.: «Al vaglio...», cit., pág. 305.

¹⁰²⁶ No podemos aquí detenernos sobre la acotación de este adverbio. Se remite, sobre la cuestión, entre muchos, a COMPAGNA, F.: «La corruzione...», cit., pág. 13; CACCIAVILLANI, I. y CALDERONE, C. R.: *I delitti...*, cit., pág. 143; PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 303; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., págs. 233 a 235. Para la necesidad de que «la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida», véase, con carácter general, también KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos...», cit., págs. 6 y ss.

¹⁰²⁷ Véase, entre muchos, PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 216. Naturalmente, lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones en torno a la necesidad de configurar de una vez por todas cuándo y cómo es abstractamente legítimo incidir en un proceso legislativo o sobre una decisión «política». Como se ha afirmado «se trata de interrogantes cruciales en época de crisis de la democracia representativa, de fuerte diferenciación de los intereses colectivos en una sociedad cada vez más compleja, en la que el límite público/privado tiene a empañarse. Dichas dinámicas, en efecto, terminan por exaltar el rol de los así llamados grupos de presión o de los portadores de intereses privados; de tal manera que el punto de equilibrio razonable no puede ser encontrado en una criminalización total» (en estos términos, MONGILLO, V.: «La legge...», cit, pág. 298 cuya opinión se comparte a pacto de entender que la fijación de estos «límites» le compete en exclusiva al legislador). Por último, nótese que la necesidad de parámetros (lo más) claros (posibles) a cuyo alrededor se pueda articular el deslinde entre la corrupción impropia y el ámbito de lo lícito no es cuestión baladí y no concierne tan solo a los supuestos caracterizados por un margen de discrecionalidad especialmente amplio (como en el caso de los «parlamentarios»).

¹⁰²⁸ Así, por ejemplo, el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, los artículos 2 y 3 del Convenio penal sobre la corrupción del

interpretación de la normativa española en vigor ajustada a los parámetros internacionales, debe admitirse, en vía interpretativa, una restricción de la operatividad de los artículos 420, 421, 422 y 424 del Código penal español a aquellos casos de corrupción impropia o de facilitación en los cuales la dádiva, el presente o el ofrecimiento resulten «indebidos»¹⁰²⁹.

Por consiguiente y si se acepta dicha interpretación, quedarían fuera del ámbito de aplicación del cohecho todos aquellos supuestos en los que la retribución es, de alguna manera, considerada lícita por una norma vigente en el ordenamiento jurídico (piénsese en la financiación de partidos políticos)¹⁰³⁰.

Consejo de Europa. No, en cambio, la Directiva UE 2017/1731 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal que, sin embargo, a pesar de cierta imprecisión, parece centrarse tan solo en supuestos de cohecho propio, ya que se requiere que la actuación objeto del acuerdo «perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión». Para una crítica a la tipificación penal de la corrupción que prescindiera de la mención de la naturaleza «indebida» de la prestación del *extraneus*, véase KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos...», cit., pág. 7 quien aclara que «un tipo penal que criminaliza un comportamiento corruptivo debe, por tanto, considerar en su formulación la contrariedad de intereses de la vinculación del poder de decisión con la ventaja» (que, como aclara el autor, no debe confundirse con la naturaleza antijurídica ni de la decisión ni de la propia ventaja en sí).


¹⁰²⁹ No obstante, tanto en Italia como en España, quizás no sobre reiterar la petición de parte de la doctrina de que se regule finalmente y de forma orgánica la actividad de *lobby* (véase, por ejemplo, PETRILLO, P.: «*Lobbying...*», cit., págs. 192 y *passim*). Con acierto el autor contrapone los modelos anglosajones y mitteleuropeos con el «latinoamericano, italiano y español», que considera basado en una «reglamentación arrastrante con andar esquizofrénico» y que se apoyaría en tres pilares: «1. la ausencia de una reglamentación orgánica del fenómeno lobbístico; 2. la vigencia (...) de diversas normas que, si bien no expresamente pensadas [lit. *votate a*] para disciplinar tal fenómeno, contemplan sin embargo obligaciones de transparencia para lobbistas y decisores públicos y, en ciertos casos, verdaderos derechos de participación en el proceso de toma de decisión; 3. la desaplicación de dichas normas por parte de las mismas autoridades que las han introducido». Sobre la cuestión, si bien *en passant*, véase también CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 10 quien, comentando la reforma del año 2019 del delito de tráfico de influencias, advierte la acuciante necesidad de una normativa orgánica que regule la actividad de *lobbying*.

¹⁰³⁰ Sin embargo, no pueden compartirse propuestas (quizás sugerentes en una perspectiva *de iure condendo* pero seguramente incompatibles con el derecho vigente) que han intentado limitar la relevancia penal de la corrupción del par-

Por último, vista la discrecionalidad de la mayoría de sus actos (que no todos: piénsese en la declaración de bienes), una última aclaración merece la posibilidad de que los parlamentarios cometan tanto el delito de cohecho impropio como el delito de cohecho propio.

Aun no siendo objeto de este trabajo el análisis de los criterios propuestos para la diferenciación entre acto conforme y acto contrario a los deberes del cargo ni, por supuesto, el interesante pero demasiado amplio debate que podría suscitar la conformidad o no al ordenamiento del enorme abanico de actos «políticos»¹⁰³¹, conviene precisar que se comparte aquí la postura de acuerdo con la cual, una vez hallado el criterio diferenciador entre las dos vertientes de la corrupción en la legalidad del acto objeto del pacto, salvo quizás por lo dispuesto por los artículos 71 de la Constitución española y 68 de la italiana, no parece que exista razón para apartarse del mismo a la hora de calificar como propia o impropia la corrupción del parlamentario, siendo ininfluyente la naturaleza reglada o discrecional del acto resultante del proceso de toma decisión¹⁰³².

En este sentido y por esa razón, no se comparten aquellas posturas doctrinales y jurisprudenciales que, más o menos explícitamente, han pretendido ver en la «mera instrumentalización del cargo para obtener una suma de dinero o un favor en el futuro», una «realiza-

 amentario, ora postulando un necesario contenido económico de la prestación de *de extraneus*, ora refiriéndose a la adecuación social, la insignificancia o a la irrelevancia del riesgo. Sobre las dificultades que entraña la utilización de categorías como la adecuación social y la insignificancia (especialmente en supuestos de cohecho relacionados con la actividad «política»), véase MORILLAS CUEVA, L.: «Delito de “cohecho electoral”», en DE LA CUESTA AGUADO, P. ET ALT.: *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 758 a 762. En mi opinión, detrás de la utilización de parámetros como la irrelevancia del riesgo o la adecuación social se oculta siempre el peligro de que el intérprete se sustituya al legislador: este último no debería abdicar de su tarea de acotar de la forma más clara posible los límites de lo penalmente relevante.

¹⁰³¹ Piénsese en el valor que podría otorgarse a la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, a la contrariedad a la ley básica de un reglamento, de un plan estratégico o de unas bases reguladoras...la actualidad ofrece ejemplos que superan con creces la casuística que aquí podemos proponer.

¹⁰³² Véase CUDIA, C.: «L'atto...», cit., págs. 705 y ss. y también MONGILLO, V.: «La legge...», cit., pág. 242.

ción de un acto contrario a los deberes del cargo»¹⁰³³, queriendo, una vez más, anclar la parcialidad no a la existencia del *pactum sceleris*, sino al acto objeto del mismo que, en caso del parlamentario (*rectius*: legislador), sería, lo hemos dicho, siempre parcial. Dicha exégesis se sitúa claramente *contra legem*, ya que, *de facto*, implica abrogar en vía interpretativa la diferenciación entre cohecho propio e impropio (por lo menos, para este abanico de «funcionarios públicos») ¹⁰³⁴.

En sentido absolutamente contrario, parecen mucho más plausibles aquellas posturas que han llamado la atención sobre el muy escaso (según algunos, incluso nulo¹⁰³⁵) margen para la aplicación del delito de corrupción propia a los sobornos que tengan como objeto actos «políticos», sugiriendo que, en estos casos, el cohecho para/por un acto constitucionalmente «inviolable» o, de todas formas, sustraído al control judicial en el mérito, no puede sino calificarse como corrupción impropia¹⁰³⁶. Dicha opción interpretativa es seguramente más respetuosa con el dictado normativo (constitucional) vigente¹⁰³⁷

¹⁰³³ COMES RAGA, I.: *Delito...*, cit., pág. 71.

¹⁰³⁴ Para una explicación en términos casi criminológicos de la tendencia, véase PALAZZO, F.: «Le norme...», cit., pág. 3392. La crítica de la doctrina parece casi unánime. Entre otros, véase LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit., pág. 258 y, para una postura que aquí sustancialmente se comparte, también VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: «Tratamiento penal del transfuguismo político retribuido (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000)», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2004, n. 14, págs. 333 a 357.

¹⁰³⁵ Véase UBIALI, C.: «In tema...», cit., págs. 2321 a 2322 y *passim*. Contemplaba esta posibilidad ya BRICOLA, F.: «Tutela...», cit., pág. 132.

¹⁰³⁶ Véase, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito...*, cit., págs. 215 a 216 quien certifica que el parlamentario cuyo voto no sea delictivo, responderá normalmente por cohecho impropio. En la doctrina italiana, véase UBIALI, M. C.: «In tema...», cit., págs. 2296 y ss.

¹⁰³⁷ Con todo, me pregunto si no podría calificarse como contrario a los deberes del cargo el voto de un diputado (resultado de un soborno) a favor de una ley declarada *ex post* inconstitucional. Los artículos 71 de la Constitución española y 68 de la Constitución italiana ciertamente protegen a determinados actos parlamentarios del juicio del juez ordinario que, como ya se ha dicho, terminaría probablemente sustituyéndose al legislador toda vez que siquiera se planteara resolver la cuestión inherente a la conformidad/contrariedad a los deberes del cargo de actos respecto de los cuales Diputados y Senadores gozan de «inviolabilidad» (así la Constitución española) o «no pueden ser llamados a responder (así la Constitución italiana). Ello no quita, sin embargo, que algunos actos sean susceptibles de ser calificados como conformes o contrarios a la legalidad (incluso

que, de acuerdo con el principio de separación de poderes, sustrae al poder judicial la posibilidad de entrar en el mérito de elecciones del legislativo.

No obstante, si se insiste en diferenciar la interpretación de la corrección de la ley y si el intérprete aparta su impulso nomopoiético teniendo en la mente el principio de estricta legalidad en materia penal, los límites inherentes a una técnica legislativa a menudo defectuosa desnudan las contradicciones: una vez reconocido que, *de iure condito*, la corrupción del político habrá casi siempre corrupción impropia o de facilitación, habrá de explicar en términos de política-criminal la entidad de la pena aplicable a supuestos que parecen encabezar (con razón) la indignación generalizada, afectan de forma espectacular a aquella «legitimidad» que habíamos identificado con la *ratio* de la tipificación del delito pero que, curiosamente, terminan recibiendo un castigo (relativamente) más suave. Si, en Italia, como hemos visto, el artículo 318 se presta a ser utilizado incluso para sancionar supuestos graves de corrupción impropia (a costa, claro está, de una horquilla desmedida entre mínimo y máximo que aquí bien podría servir para sancionar convenientemente el supuesto considerado), en España, la sanción por corrupción impropia del artículo 420 y, sobre todo, del cohecho de facilitación del artículo 422, no parece tener en cuenta el *quid pluris* en términos de reproche que podría merecer la «corrupción política» (como hemos visto, probablemente impropia): salta a la vista que, sobre todo en el segundo caso, la entidad de la sanción parece haberse plasmado sobre sucesos cuasi-bagatelares cuyo desvalor parece difícilmente compatible con los supuestos *de quibus*¹⁰³⁸.

En una perspectiva *de lege ferenda*, naturalmente, queda abierta la posibilidad (siguiendo, por ejemplo, al legislador alemán) de in-

constitucional) por órganos distintos al juez del orden penal: entre ellos, destaca seguramente el Tribunal Constitucional.

¹⁰³⁸ Y, de hecho, repárese en los ejemplos que propone MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 917 quien se refiere a «pequeños favores» como evitar colas ante la ventanilla, rellenar formularios complejos y cigarrillos, puros, cafés y cervezas, ramos de flores. Incluso cuando piensa en supuestos que escapan de lo «adecuado socialmente», el autor no va más allá de invitaciones en «restaurantes de cuatro tenedores», pagos de vacaciones en un hotel de propiedad del ciudadano agradecido.

roducir un delito de corrupción (impropia y/o de facilitación) *ad hoc*, expresamente pensado para hacer frente a casos de «cohecho político»¹⁰³⁹.

5.6. ¿LA CORRUPCIÓN COMO DELITO SOCIOECONÓMICO? APUNTES SOBRE LA INCIDENCIA DE LA CORRUPCIÓN SOBRE EL FUNCIONAMIENTO EFICAZ Y EFICIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN

El impacto de la corrupción sobre el desarrollo económico ha sido objeto de amplios y numerosos estudios, elaborados especialmente en el ámbito de análisis realizados por economistas o politólogos¹⁰⁴⁰. La complejidad del debate sugiere remitir a la literatura especializada, limitándonos ahora a apuntar brevemente la insistencia de la doctrina penal más reciente acerca del menoscabo que produciría la difusión de prácticas corruptas sobre el «orden socioeconómico»¹⁰⁴¹.

Sustancialmente pacífico el reconocimiento de esta dimensión lesiva de la corrupción, el traspaso de esta idea al Derecho penal y su relativa incorporación al espectro de la lesividad del delito (que es lo que ahora interesa) resulta más problemática¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ Ante la imposibilidad de detenernos sobre la cuestión, se remite a UBIALI, M. C.: «In tema...», cit., págs. 2322 y ss.

¹⁰⁴⁰ A este respecto, se ha observado que «durante años la corrupción ha constituido uno de los temas de investigación de los criminólogos. En la actualidad, sin embargo, el interés por este fenómeno delictivo se ha desplazado de la Criminología a las ciencias económicas, en cuyo ámbito se han elaborado numerosos estudios sobre la corrupción» (así BLANCO CORDERO, I.: «La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (COORD.): *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 267). Sobre el impacto económico de la corrupción, en el ámbito jurídico-penal, véase el análisis realizado por BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 31 y ss.

¹⁰⁴¹ Véase, en este sentido, BENUSSI, C.: *I delitti...*, cit., págs. 464 y ss. con amplias referencias bibliográficas.

¹⁰⁴² Véase, por ejemplo, PELLISSERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 250 quien aclara que «la dimensión macro-ofensiva ahora subrayada no concierne al particular acto

En primer lugar, debe señalarse que el de «orden socioeconómico» es concepto extraordinariamente amplio y precisaría quizás ser convenientemente acotado¹⁰⁴³; de ahí la insistencia de la doctrina en «descomponer» las consecuencias de la difusión de prácticas corruptas, haciendo referencia a la libre y leal competencia, al menoscabo del correcto funcionamiento de la Administración pública entendida como entidad que opera en el contexto económico en una posición cada vez más relevante (por lo menos, por lo que respecta a Italia y España), a la distorsión en la prestación de los servicios encomendados a la *cosa pubblica* que produce importantes y negativas incidencias sobre su capacidad de redistribución de la renta, a la parcialidad activa de la Administración que dirige sus esfuerzos a favorecer aquellos capaces de sobornar a sus funcionarios, con evidentes repercusiones incluso en materia de disfrute de los derechos fundamentales¹⁰⁴⁴... Sobre cada uno de estos elementos, junto con otros que, por motivos de espacio, no se mencionan, se ha insistido desde distintas ópticas.

La doctrina jurídico-penal se ha referido a todo ello, utilizando, a veces, la expresión «buen funcionamiento de la Administración pública»¹⁰⁴⁵. Ahora bien, formular una exégesis precisa de esta ex-

de corrupción y, por lo tanto, a la objetividad jurídica del delito». Véase también BENUSSI, C.: *Diritto...*, cit., pág. 238 quien advierte que «al pretender una transformación del bien jurídico por efecto del continuo propagarse de fenómenos de corrupción incluso a una escala nacional e internacional, se terminaría por obrar un intercambio conceptual muy peligroso». Véase también *Ibidem*: págs. 291 a 292. Para una correcta delimitación del orden socioeconómico como bien jurídico protegido, véase, entre muchos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...parte general...*, cit., págs. 158 y ss.

¹⁰⁴³ Véase FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *El blanqueo...*, cit., pág. 281 y ss. del texto dactilografiado.

¹⁰⁴⁴ En este sentido, véanse FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 11 y ss.; BENUSSI, C.: *I delitti...*, cit., pág. 464. En general, sobre la descomposición del concepto de «orden socioeconómico» a la hora de definir los efectos de la corrupción, véase CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 74 y ss.

¹⁰⁴⁵ Sobre el amplio abanico de posibilidades que ha contemplado la doctrina respecto de la correcta declinación de «buen funcionamiento de la Administración pública», véase CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 99 y ss., con amplias referencias bibliográficas. Para notas críticas formuladas de forma general a la categoría «buen funcionamiento de la Administración pública», se remite a SOTO NAVARRO, S.: *La protección...*, cit., pág. 265; VALEIJE ÁLVAREZ,

presión, parece complejo, puesto que la misma comparte la amplitud de significados con el adjetivo «bueno» (o, si se prefiere, «correcto» o, peor todavía, «normal»¹⁰⁴⁶): para contestar a la pregunta ¿qué se entiende por «buen funcionamiento de la Administración pública»? , en efecto, habría que determinar qué quiere decir que algo funciona «bien» (o, si se prefiere, de forma «correcta»). La respuesta, lo hemos visto, se ha articulado a lo largo de tres fundamentales directrices: las primeras dos, propuestas por la doctrina más tradicional, han hecho hincapié en la dimensión ética o jurídico-formal: «buen funcionamiento» sería entonces un funcionamiento «éticamente aceptable» o «legal». Y si, sobre lo primero, habrán de hablar los filósofos, ya se ha insistido sobre las razones con apoyo en las cuales convendría desechar que el Derecho penal pueda hacerse garante de lo segundo que se dibuja «más como el resultado de una obligación derivada del cumplimiento de mandatos estatales que como presupuesto de un servicio público»¹⁰⁴⁷. Queda entonces otra posible acepción de «buen funcionamiento», entendido como funcionamiento «económicamente

I.: «Consideraciones...», cit., págs. 336 a 337; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Sobre la naturaleza...», cit., pág. 370 y también a cuanto dicho *supra* en el apartado 4.3.2.

¹⁰⁴⁶ Parte de la doctrina, en efecto, ha preferido utilizar el adjetivo «normal» (véase, por ejemplo, COLOMER BEA, D.: «La tutela...», cit., pág. 6 y *passim*). En este caso, a la crítica que se formula en el texto a la idea de «buen» o «correcto» funcionamiento, debe sumarse otra más contundente aún: hablar de protección de un funcionamiento «normal» no solo parece vago e impreciso, sino que además elimina toda necesaria connotación axiológica y orden jurídico: ¿por qué razón debería protegerse lo que *normalmente* acontece? Y, piénsese en contextos de corrupción endémica o en los que supuestos de cohecho son percibidos como normal desarrollo de la relación Administración-ciudadanos. Véase, a este respecto, ORTS BERENGUER, E.: «Delitos...», cit., pág. 615.

¹⁰⁴⁷ CUGAT MAURI, M.: *La desviación...*, cit., pág. 65. Se suscriben además aquí las consideraciones de Bricola que sustancialmente subraya como el concepto de «correcto» funcionamiento sea dudosamente útil (véase *supra*, apartado 3.3.1). *Mutatis mutandis*, también puede remitirse a las críticas de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho...parte general...*, cit., pág. 151 frente a conceptos como «buen funcionamiento del mercado de valores» que, según el autor, «carece de la necesaria potencialidad crítica (porque siempre podrá hallarse alguna conexión entre una conducta irregular y (...) el buen funcionamiento (...)) e interpretativa (porque la referida conexión será tan laxa que no podrá establecerse el momento de la ofensividad ni, consiguientemente, el modo de restringir teleológicamente la esfera de aplicación del tipo)».

bueno», esto es, eficaz y eficiente de la Administración pública¹⁰⁴⁸. Es en este tercer sentido que se ha afirmado que la corrupción (propia en la mayoría de los planteamientos¹⁰⁴⁹, pero también impropia según algunos¹⁰⁵⁰) lesiona (junto con la imparcialidad según algunos¹⁰⁵¹ o exclusivamente según otros¹⁰⁵²) el «buen funcionamiento de la Administración pública» o, lo que es lo mismo, la «confianza en el buen funcionamiento de la Administración pública»¹⁰⁵³.

En este mismo marco, con una intensidad cada vez mayor, parte de la doctrina ha subrayado «la estricta relación que existe entre “corrupción” y criminalidad económica»¹⁰⁵⁴. La segunda, se ha dicho, tiene que abarcar a la primera, siendo «múltiples los indicadores de la estricta relación que liga la corrupción al mundo de los negocios, pudiéndose así considerar probado que, por lo menos desde un punto de vista funcional, la corrupción es un típico delito económico»¹⁰⁵⁵.

Por otra parte, se ha observado que la relativamente reciente atención hacia la dimensión socioeconómica del fenómeno debería implicar un replanteamiento de los delitos de cohecho, cuyo ingreso en los textos legales, antes entre los delitos de los funcionarios públicos, y ahora entre los delitos contra la Administración pública, ciertamente no tenía ni tiene en la debida consideración este elemento: a falta de una reforma orgánica de los mismos, se ha dicho, «aun siendo indudable que el fenómeno corruptivo termina involucrando perfiles micro y macroeconómicos de nuestra sociedad y, a menudo, la general disciplina de los trabajos públicos, el núcleo central de la corrupción

¹⁰⁴⁸ Tanto la eficacia como la eficiencia de la Administración pública, como ha puesto de manifiesto Olaizola, han de entenderse tanto en su dimensión «interna» (daño económico para la Administración) como «externa» (daño económico para los particulares interesados por la acción de la Administración).

¹⁰⁴⁹ Véase, entre muchos, Vassalli cuya postura se ha analizado *supra* en el apartado 3.3.

¹⁰⁵⁰ En este sentido apunta, entre otros, Olaizola Nogales cuya postura se ha analizado *supra* en el apartado 4.3.2.

¹⁰⁵¹ Véase *supra* el análisis de Vassalli.

¹⁰⁵² Una vez más, se remite a la postura de Olaizola Nogales.

¹⁰⁵³ Véase BENUSSI, C.: *I delitti...*, cit., pág. 465.

¹⁰⁵⁴ FORTI, G.: *La corruzione del pubblico amministratore. Linea di un'indagine interdisciplinare*, Giuffré, Milano, 1992, pág. 80.

¹⁰⁵⁵ Así MANACORDA, S.: *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, Napoli, 1999, pág. 14.

es y sigue siendo el ilícito *pactum sceleris* en relación con la actividad del oficio (...)» y «si bien es verdad que los efectos de la corrupción aparecen detonantes sobre el terreno tanto económico como ético-moral, sin embargo, el actual cuadro normativo (...) no permite individualizar nuevos perfiles de ofensividad diversos de aquellos ya delineados»¹⁰⁵⁶.

Y, en efecto, los análisis desarrollados en ciencias sociales distintas de la jurídica que han insistido sobre los efectos económicos de la corrupción, suelen partir de definiciones de corrupción generalmente más amplias y, de todas maneras, distintas de la que proporciona el Código penal¹⁰⁵⁷. Ello desaconsejaría trasladar sus conclusiones, sin más, a nuestra disciplina: la ausencia de un acuerdo interdisciplinar sobre qué debe entenderse por «corrupción», repercute así negativamente sobre la «interoperabilidad» de los resultados alcanzados por los investigadores que se han ocupado del tema (deberíamos decir, de los temas) desde diversas perspectivas¹⁰⁵⁸. Y, si ello es cierto, para contestar a la pregunta que aquí nos hacemos, habrá que empezar desde el principio y comprobar las consecuencias económicas que pueden asociarse a la corrupción *así como definida por el Código penal*. Solo el planteamiento del problema en estos términos permitirá arrojar luz sobre la cuestión que aquí se debate que no es sino la inherente al espectro de lesividad del delito de cohecho y a la eventual incorporación en el mismo de intereses económicos que, en primera instancia, podríamos dejar intuitivamente definidos como «orden socioeconómico» o, siguiendo a parte de la doctrina, como «buen funcionamiento de la Administración pública».

Dirigida entonces la atención hacia el Código penal, el punto de partida de la reflexión debe ser el reconocimiento de la esencia del delito de cohecho que ha de cifrarse en el pacto que tiene como objeto/causa un acto del cargo o el cargo mismo. Este pacto, lo hemos dicho,

¹⁰⁵⁶ BENUSSI, C.: *I delitti...*, cit., pág. 465. Véase también FORTI, G.: *La corruzione...*, cit., págs. 138 y ss.

¹⁰⁵⁷ Véase, sobre este punto, BLANCO CORDERO, I.: «La corrupción...», cit., págs. 268 y ss. La cuestión de la importancia del concepto de corrupción del que se parte para definir sus efectos aparece particularmente clara en CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 74 y ss.

¹⁰⁵⁸ Se perdona la remisión a CERINA, G. D. M.: *La insopportable...*, cit., *passim*.

afecta a la imparcialidad en el proceso de toma de decisión del funcionario público, imparcialidad que los ordenamientos jurídicos italiano y español predicen para todo sujeto cuya actividad se encuentre descrita respectivamente en los artículos 357, 358 y 24 del Código penal.

En virtud de ello, ha de recibirse *cum grano salis* toda afirmación que insista sobre el daño micro y macroeconómico que produciría el acto del *intraneus* realizado como consecuencia (o causa) del pacto en aras a satisfacer los intereses tanto del corruptor como suyos propios y postergando indebidamente los de la colectividad¹⁰⁵⁹: según el planteamiento más difuso, es la actuación de la Administración pública guiada por el pacto corrupto lo que supondría consecuencias nefastas para el «orden socioeconómico». Y es seguramente cierto que «en los sistemas a economía mixta un papel central, de propulsión, dirección y control, compete a los poderes públicos» de tal manera que «se prospecta, (...) la necesidad de reprimir penalmente los comportamientos dirigidos a eludir, frustrar o desviar las intervenciones autoritativas del Estado en ámbito económico»¹⁰⁶⁰; pero esta observación no debe ocultar la pregunta de fondo, es decir, si es a través de la tipificación del cohecho que se pretende realizar senda represión. Y, por lo menos *de iure condito*, si se afirma que, con la penalización de la corrupción se pretende garantizar que el funcionario público actúe respetando las reglas que subyacen al correcto desarrollo de la intervención administrativa en la economía, se dice algo no totalmente exacto.

De lege lata, en efecto, no parece poderse argumentar que los artículos 419 y ss. del Código penal español y 318 y ss. del Código penal italiano apuntan a reprimir toda toma de decisión dolosamente contraria a los principios que deberían guiar a la Administración pública en su actuación en el mercado (es decir, eficacia, eficiencia, imparcialidad activa etc.). Como ya se ha puesto de manifiesto, al ordenamiento penal actual, no interesa (*rectius*: interesa solo en un segundo momento, a la hora de distinguir corrupción propia e impropia) la legalidad del acto del cargo: lo que se pretende proteger es la imparcialidad del proceso de toma de decisión que tiene como resultado dicho acto. Cuestión distinta (y a plantearse solo en un segundo

¹⁰⁵⁹ *Rectius*: una adecuada ponderación entre intereses generales y particulares.

¹⁰⁶⁰ Así PEDRAZZI, C.: «Interessi...», cit., págs. 304 a 305.

momento) será si la parcialidad que trae causa en una dádiva, presente, ofrecimiento (en una palabra, en un soborno) pueda conllevar una actuación económicamente perjudicial (tanto para la Administración, como para otros sujetos que actúan en el mercado): ello es, sin lugar a dudas, posible, quizás incluso probable y frecuente, pero, de ninguna manera, necesario.

Ni se diga que el acto «económicamente incorrecto» es, en todo caso, subsumible en el supuesto más grave de corrupción propia: como ya se ha puesto de manifiesto, la diferencia entre las vertientes impropia y propia del cohecho, ha de cifrarse en la legalidad y no en la economicidad del acto ni tampoco en la eficiencia de la Administración pública o en la eficacia de su actuación; y la equivalencia entre la primera (legalidad) y lo segundo (eficacia, eficiencia o, si se prefiere, competencia leal, protección del orden socioeconómico etc.) no debe en ningún caso darse por descontada, sino que tendrá que verificarse caso por caso¹⁰⁶¹. El funcionario público «A» que, habiendo recibido un soborno del empresario «B», extralimitara sus competencias (incompetencia relativa¹⁰⁶²) y dictara una resolución (anulable y no nula

¹⁰⁶¹ Piénsese en el siguiente ejemplo: en un caso (realmente acontecido), el órgano de control interno que tiene como finalidad comprobar que los actos administrativos aprobados por el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma cumplen con la legislación vigente en materia de igualdad de género, rechaza tramitar un borrador de resolución que convoca ciertas subvenciones por observar que la utilización en el mismo de la palabra «documento» no cumple con las exigencias relacionadas con la necesaria utilización de un lenguaje inclusivo (y que la misma debe ser sustituida por «documentación»). La devolución del borrador al órgano gestor, más allá de los recursos humanos y materiales necesarios para realizar la modificación requerida, implica un retraso en la publicación de la convocatoria y, por consiguiente, en su resolución. Ahora, fuera del supuesto realmente acontecido, imaginemos que el funcionario del centro gestor o bien un administrado interesado en que la convocatoria se publique sin retrasos, mediante soborno, convenza al órgano de control a omitir su observación permitiendo así la tramitación inmediata de la convocatoria: se trataría de un claro supuesto de cohecho propio (admitiendo, claro está, que la palabra «documento» sea sintomática de un lenguaje no inclusivo, lo que personalmente no termino de tener claro). No obstante, será ciertamente complicado defender que, en el caso *de quo*, la corrupción ha incidido de forma negativa sobre el funcionamiento eficaz y eficiente de la Administración.

¹⁰⁶² Sobre la distinción entre incompetencia relativa e incompetencia absoluta, véase VIVES ANTÓN, T. S.: *La detención...*, cit., págs. 53 y ss.

de pleno de derecho) incluso si la misma fuera económicamente favorable tanto para la Administración como, en general, para el «orden socioeconómico», comete delito de corrupción propia y no impropia, habiendo dictado un acto incumpliendo los deberes del cargo. Al contrario, el empleado público que, a cambio de una remuneración privada correspondida por el interesado, acepta trabajar horas extras para adelantar la resolución del expediente, responderá de cohecho probablemente impropio aunque la vicisitud redundara en una mejora de eficacia de la acción de la Administración¹⁰⁶³. Por último, tampoco resulta difícil pensar en supuestos en los que, tras la promesa de ventajas indebidas, un funcionario público adopte comportamientos que redunden en un entorpecimiento de la acción de la Administración sin que ello suponga un quebrantamiento de los deberes (específicos) inherentes al cumplimiento de sus funciones: en estos casos, deberá mantenerse la imputación por cohecho impropio, por muy antieconómico que resulte el comportamiento pactado.

Esta consideración debería ser suficiente para excluir del abanico de bienes jurídicos lesionados por el delito de cohecho, tanto propio como impropio, al buen funcionamiento (entendido como funcionamiento eficaz y eficiente de la Administración pública)¹⁰⁶⁴. La vertien-

¹⁰⁶³ Desde un punto de vista político-criminal, merece ser compartida la observación de acuerdo con la cual la no criminalización de este tipo de comportamientos, a la larga, terminaría por perjudicar a quienes no estén dispuestos a pagar sobornos (así RUSCA, B.: *Fundamentos...*, cit., pág. 190).

¹⁰⁶⁴ Resultan aquí pertinentes las consideraciones de Vázquez-Portomeñe Seijas («El consentimiento...», cit.). Respecto de la posibilidad de considerar como bien jurídico relevante en el marco de los delitos contra la Administración pública al buen funcionamiento de la misma (entendido por el autor como sinónimo de eficacia de la acción de la Administración), observa que «indudablemente, *latu sensu* entendida, la delincuencia funcional afecta con especial intensidad a la acción estatal de ejecución del ordenamiento y de configuración de las condiciones de vida social. Pero, como principio jurídico de alcance general, la eficacia en nuestra Constitución juega (...) en la esfera administrativa puramente externa, la de las relaciones *ad extra* de la Administración, de modo que difícilmente podría ser asumido como objeto de tutela de» todos aquellos delitos del Título que apuntan a la protección de las relaciones entre Administración y funcionario. Más allá de ello, observa el autor, con específica referencia al delito de cohecho que «cabe imaginar supuestos en que un delito del cargo (...), no solo no reduce *de facto* la capacidad prestacional y el rendimiento del trabajo de los órganos estatales, sino que incluso los aumenta de forma manifiesta». Sobre los proble-

te propia de la corrupción podrá indudablemente suponer una lesión de este bien jurídico (y lo supondrá toda vez que la contrariedad a los deberes del acto pueda referirse a la violación de una norma cuya finalidad sea asegurar el «buen funcionamiento de la Administración pública») pero la misma no es necesaria para que el injusto típico sea completo de todos sus elementos, ni siquiera si la referencia va a la corrupción propia antecedente¹⁰⁶⁵.

Además, referir las consecuencias económicas de la corrupción a la «mala» actuación de la Administración supone desplazar indebidamente el núcleo del delito al momento en el que el acto contrario a los deberes (y económicamente perjudicial) se realiza. Recordando que, para que haya delito de cohecho propio antecedente, no es, *de iure condito*, necesario que se realice un acto (que es objeto de dolo específico), aun admitiendo que el acto ilegal sea siempre perjudicial para el orden socioeconómico (afirmación que, como hemos visto, no es correcta) debe aquí reiterarse que toda postura que pretenda cifrar la lesividad del ilícito en el objeto del acuerdo, es destinada a entrar en aquel *cul de sac* en el cual habían desembocado los planteamientos anteriormente descritos que postulaban la existencia de una afecta-

mas inherentes a la adopción de un concepto tan amplio a la hora de acotar la lesividad del cohecho, véase también DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien...», cit., págs. 106 y ss.

¹⁰⁶⁵ Parte de la doctrina ha observado que «la asignación pública de recursos es menos eficiente cuando la Administración actúa de forma corrupta: el contratista elegido *puede* no suponer la mayor calidad o los menores costes, o bien el empresario autorizado *puede* no cumplir los requisitos establecidos en la Ley; también es *probable* que se potencien proyectos desorbitados en los que la competencia es reducida, ya que de esta forma el poder externo de control es menor, y, por último, *cabe pensar* que aquellas empresas que hayan tenido que pagar sobornos para la realización de proyectos públicos intentarán recuperar los “costes de corrupción” junto con el resto de los costes, lo que supondrá una carga adicional para el presupuesto público» (véase MURIEL PATINO, M. V.: «Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pág. 33. La cursiva es mía). Todas estas consecuencias, si bien intuitivamente frecuentes, constituyen un *accidens* y no un «elemento natural» del contrato corrupto. Decir lo contrario sería como postular un menoscabo para la economía nacional en todo caso de hurto punible.

ción a la imparcialidad solo en el momento en el cual el acto injusto se realizaba.

Para proceder de forma más coherente y antes de excluir cualquier relevancia del orden socioeconómico como bien jurídico protegido por el delito de cohecho, preguntémonos ahora si la conclusión del pacto (que supone, de por sí, una afectación a la imparcialidad procedimental), también implica consecuencias negativas para el orden económico: algunos análisis, en efecto, parecen sugerir una respuesta afirmativa.

Recorriendo los estudios desarrollados por economistas que se han ocupado del fenómeno que ahora se estudia, salta a la vista que los efectos negativos de la corrupción no deben limitarse a aquellos que produce la actuación de la Administración pública consecuen- te a la recepción de un soborno. En particular, si se siguen aquellos análisis que explican los efectos macroeconómicos de la corrupción a partir del modelo demanda-oferta agregada, es posible hallar con cierta claridad las consecuencias producidas por la misma conclusión del *pactum sceleris* sin necesidad de recurrir a los efectos de su objeto.

Así, parte de la doctrina ha hecho hincapié en «el argumento teórico de que la corrupción afecta de forma negativa, en primer lugar, al consumo del país, por cuanto las familias han de detraer una parte de la renta susceptible de ser destinada a tal destino para el pago de sobornos necesarios para el acceso a determinados bienes y servicios»¹⁰⁶⁶. El consumo, en otras palabras, bajará con independencia de la legalidad del acto objeto del pacto remuneratorio; será suficiente la conclusión del acuerdo para determinar un empleo de parte de la renta a finalidades distintas.

La difusión de prácticas de sobornos repercute negativamente no solo sobre el consumo: «uno de los más evidentes y repetidos efectos del fenómeno de la corrupción», en efecto, «es la reducción de la inversión, debida tanto al aumento de los costes (principalmente en forma de sobornos y pagos a intermediarios) como a la incertidumbre acerca de los mismos»¹⁰⁶⁷. El argumento es similar al anterior: lo que

¹⁰⁶⁶ Así MURIEL PATINO, M. V.: «Aproximación...», cit., pág. 33.

¹⁰⁶⁷ MURIEL PATINO, M. V.: «Aproximación...», cit., pág. 33. Apunta la autora que «la falta de certeza acerca de los sobornos a los que las empresas tendrán que

se destaca aquí no es tanto la finalidad ilícita del acuerdo o el motivo del mismo, sino el efecto negativo que conlleva la misma difusión de pactos cuyo objeto sea la remuneración de un acto público o de una función pública¹⁰⁶⁸.

En la misma óptica, se ha puesto de manifiesto que, «desde un punto de vista de la demanda agregada, también el sector exportador del país sufrirá los efectos adversos de la corrupción, puesto que la incertidumbre y la cuantía de los sobornos que han de pagar exportadores e importadores para conseguir licencias, obtener moneda extranjera o superar los controles de aduana, por poner ejemplos frecuentes, reducen las exportaciones netas de la economía en cuestión»¹⁰⁶⁹. Desde el punto de vista de la oferta agregada, las consecuencias económicas de la difusión de pactos corruptos (conviene reiterarlo, con independencia de la legalidad del acto objeto del acuerdo) serán, entre otras, «la malversación de fondos [privados] destinados al progreso técnico o a la inversión en I+D para el incremento de la eficiencia del capital (con graves consecuencias, de nuevo, para el crecimiento de la economía en el largo plazo), o el desvío de fondos [privados] destinados al incremento de capital»¹⁰⁷⁰, etc.

Ahora bien, es evidente que, aun sin considerar otros factores, «el resultado conjunto de los argumentos anteriores es ciertamente perverso para la economía del país en el que la corrupción¹⁰⁷¹ está presente: una contracción tanto de la demanda como de la oferta agregada conlleva resultados macroeconómicos de reducción del nivel de producción y de las posibilidades de crecimiento futuras, la consiguiente reducción del nivel de empleo, y un aumento del nivel de precios»¹⁰⁷².

hacer frente desincentivan más la inversión que la propia cuantía de los mismos, argumento que se ve respaldado por resultados empíricos en el mismo sentido del Banco Mundial».

¹⁰⁶⁸ En este sentido parecen apuntar también aquellas referencias realizadas por parte de la doctrina a la corrupción como a una «tasa ilícita». En este sentido, véase, por ejemplo, PELLISERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 247.

¹⁰⁶⁹ MURIEL PATINO, M. V.: «Aproximación...», cit., pág. 33.

¹⁰⁷⁰ MURIEL PATINO, M. V.: «Aproximación...», cit., pág. 34.

¹⁰⁷¹ Corrupción esta vez, entendida como compraventa del acto o de la función pública, es decir, conforme está tipificada por los códigos penales italiano y español.

¹⁰⁷² MURIEL PATINO, M. V.: «Aproximación...», cit., pág. 34.

Si se comparten las anteriores consideraciones, puede retenerse que el daño socioeconómico producido por la conclusión de un pacto corrupto (esto es, por la corrupción así como definida por los códigos penales italiano y español), más que a una desviación de los recursos públicos, concierne a algo parecido a lo que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define como Malversación o peculado de bienes en el sector privado (art. 22): dicho en otras palabras, mientras que solo en algunos determinados casos de corrupción propia antecedente podrá argumentarse que el funcionario público que realiza la actuación a la que se ha comprometido, causa un daño económico o bien a la Administración o bien al orden socioeconómico, en todos los casos de cohecho debe admitirse que existe, por parte de los *extranei*, una desviación o malversación de recursos privados que incide negativamente sobre el desarrollo económico del país. En términos más propios de un lenguaje jurídico penal, podremos decir que el cohecho no lleva aparejado siempre y en todos los casos un peculado o una malversación de fondos públicos¹⁰⁷³, pero sí una desviación de fondos privados. Y dicha última desviación afecta negativamente al desarrollo económico de un país.

Dicho ello, sin ánimo de entrar en detalles, con la tipificación del cohecho, el Derecho penal no pretende sancionar *tout court* este tipo de afectación al bien jurídico (orden socioeconómico). La pena, es menester recordarlo, es, en todo caso, relacionada con la compra de un acto público, futuro o pasado o, en el caso del cohecho de facilitación, de la función pública, no siendo suficiente la mera dádiva otorgada a un funcionario sin que medie una contrapartida. Dicho de otro modo, la afectación del orden socioeconómico proporcionada por una desviación de fondos privados, en el caso que interesa, se hace merecedora de una sanción penal tan solo si lleva aparejada la lesión o puesta en peligro de la imparcialidad procedimental de la Administración pública.

En una perspectiva *de lege lata*, puede ahora discutirse la idea del cohecho como delito cuyo espectro de lesividad interesa no solo a la imparcialidad procedimental, sino también al orden socioeconómico.

¹⁰⁷³ Sobre la relación entre eficiencia y eficacia de la acción administrativa y estos delitos, véase CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos...*, cit., págs. 116 y ss.

mico, teniendo en cuenta los anteriores matices: la *querelle* insistirá entonces sobre si la intervención del legislador penal se presenta como tuitiva del interés a que los recursos de particulares necesarios para el desarrollo económico no sean distraídos de su natural finalidad para ser empleados para perturbar la imparcialidad decisional de un funcionario público a través de la compra de un acto de su oficio (o de su función).

Ahora bien, se comparta o no la opinión expresada por la doctrina más autorizada sobre las dificultades que subyacen a la consideración como bien jurídico *strictu sensu* de un concepto tan amplio como el de «orden socioeconómico» (incluso en el caso de los delitos económico en sentido estricto)¹⁰⁷⁴, creería poder aquí convenir que, en el caso del cohecho, las referencias a la competencia (libre, leal...), al orden socioeconómico, al buen funcionamiento de la Administración... parecen elementos que desempeñan una función enriquecedora de la *ratio* de criminalización del *pactum sceleris* más que completar la objetividad jurídica del delito¹⁰⁷⁵. Y de hecho, admitir lo contrario una vez reconstruida en los términos anteriores la relación entre el cohecho y el orden socioeconómico, implicaría aceptar que la afectación a este «bien» puede suponerse *in re ipsa* en todo pacto corrupto (con todos los matices relacionados con la naturaleza acumulativa del bien...), lo que termina inevitablemente por desdibujar cualquier función crítica que, como sabemos, el bien jurídico debe desempeñar.

5.7. BREVES NOTAS SOBRE LA TITULARIDAD DEL BIEN JURÍDICO Y SOBRE EL SUJETO PASIVO DEL DELITO

De lo dicho en los párrafos anteriores, podemos ahora extraer la siguiente conclusión: en las hipótesis de cohecho antecedente, propio e impropio, se afecta (lesiona) la imparcialidad procedimental de la Administración pública, bien jurídico que resulta meramente puesto en peligro en las hipótesis subsiguientes. En los casos de corrupción

¹⁰⁷⁴ Véase, una vez más, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...Parte General...*, cit., págs. 180 a 181.

¹⁰⁷⁵ Véase, en términos parecidos, BENUSSI, C.: *I delitti...*, cit., II ed., págs. 593 a 594.

propia, resulta también menoscabada la legalidad de la acción de la Administración (en términos de lesión en las hipótesis subsiguientes y de peligro en las antecedentes).

Con la brevedad que impone el espacio del que ahora disponemos, queda por abordar la cuestión inherente a la titularidad de esos bienes jurídicos. Y las posibles opciones parecen ser dos (aunque, como veremos, no necesariamente incompatibles entre sí): o bien se entiende que es titular del interés protegido la Administración pública o bien se sostiene que lo es la colectividad entera.

5.7.1. *Relevancia de la cuestión*


La individualización del sujeto pasivo del delito, es bien sabido, tiene cierta virtualidad procesal, con significativas diferencias entre Italia y en España relacionadas con la posible presencia, en el proceso penal español, al lado del Ministerio Fiscal, del acusador particular y popular.

De hecho, si se aceptan las consideraciones formuladas anteriormente acerca de la lesionabilidad de los bienes jurídicos colectivos¹⁰⁷⁶ y si se comparte la configuración del delito de cohecho como de lesión (en sus vertientes antecedentes) y siendo, tanto en Italia como en España, la corrupción, en todas sus vertientes, delito procedible *ex officio, prima facie*, la cuestión acerca de la titularidad del bien jurídico parecería entrañar un valor práctico casi imperceptible y tener un sabor casi eminentemente teórico¹⁰⁷⁷. Y, en efecto, así sucede en Italia:

¹⁰⁷⁶ Y, en efecto, no parece correcto condicionar la «lesionabilidad» del bien jurídico a la naturaleza individual o institucional de su titular. Piénsese, por ejemplo, en el patrimonio: nadie duda que es el bien jurídico lesionado en el delito hurto y no se ve por qué debería llegarse a diversa conclusión (lesión del bien jurídico) si titular del patrimonio fuera, por ejemplo, la Hacienda Pública (con la obligada brevedad, ya nos hemos referido en otras partes de este trabajo a la cuestión inherente la acotación del bien jurídico protegido en el delito de fraude tributario así que conviene ahora remitir a cuanto ya dicho *supra* en el apartado 5.1.5., nota 640 y a cuanto se dirá *infra* en el apartado 5.7.3., nota 1089 y, sobre todo, a la doctrina y jurisprudencia ahí mencionadas).


¹⁰⁷⁷ En doctrina, se ha afirmado que «en realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y solo tiene interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal en aquellos casos en que quepa disponer libremente

basta echar un rápido vistazo a los principales manuales italianos y reparar en el escaso espacio que se dedica a la problemática *de qua*.

En España, *ictu oculi*, el asunto no parece del todo baladí y ello sobre todo en consideración a  posibles partes acusadoras y al papel que confiere a cada una de ellas el ordenamiento procesal español (desde luego no comparable al italiano en este punto), teniendo también en cuenta lecturas jurisprudenciales del mismo (quizás no siempre adherentes al dictado normativo de la vetusta LECrim) que han arrojado sobre la cuestión de la naturaleza y titularidad del bien jurídico (sobre todo, en los delitos contra la Administración pública y contra la Hacienda pública) perspectivas interpretativas ciertamente interesantes, a veces encontradas, pero casi siempre con relevantes consecuencias procesales.

A modo de ejemplo, no debería pasarse por alto la orientación de cierta jurisprudencia que ha querido relacionar el ejercicio de relevantes prerrogativas de la acción popular (como la posibilidad de solicitar y obtener la apertura del juicio oral en contra del criterio del Ministerio Fiscal y de la acusación particular) con la naturaleza (*rectius*: titularidad) individual o colectiva de los bienes jurídicos afectados¹⁰⁷⁸. En el mismo sentido, reténgase que, por muy ampliamente

de él (por ejemplo la propiedad)» (así MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 265.

¹⁰⁷⁸ Véase, en particular  conocida STS 687/2008, de 8 de abril, Ponente Exmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez en la que se lee que «el delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal». Pero más evidente todavía en la sentencia que se ocupó de otro caso igualmente conocido (STS 277/2018, Ponente Exmo Sr. D. Manuel Marchena Gómez) que, refiriéndose a la acusación popular, recuerda textualmente que «está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses

interpretada, la legitimación activa de la acusación particular deberá de todas formas supeditarse a la existencia de un ofendido o perjudicado, de alguna manera, «individualizable».

La cuestión, naturalmente, extralimita con creces el objeto de este trabajo: solo cabe ahora apuntar que, cuando la jurisprudencia ha pretendido superar la pretendida inseguridad interpretativa que arrojaría el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal basándose en la naturaleza colectiva o individual del bien jurídico protegido por el delito, se ha movido en el resbaladizo terreno del meta-derecho (ya que ni el artículo 125 de la Constitución ni el mencionado precepto de la LECrim parecen ni sugerir ni, por lo tanto, autorizar la parametrización de las prerrogativas de la acusación popular sobre el tipo de bien jurídico protegido): por mucho que la acción popular actúe *quavis ex populo*, no es ni mucho menos inmediato vincular la amplitud de su actuación con el carácter individual o colectivo del bien jurídico (debemos decir, pretendidamente) lesionado. Pero la jurisprudencia se ha enfrentado a casos «de portada». Y, cuando se trata de casos «mediáticos» (y los de corrupción política, a menudo, lo son), la «desconfianza» en un Ministerio Fiscal vinculado con el poder ejecutivo¹⁰⁷⁹ termina haciendo *pendant* con una acusación particular promovida por funcionarios públicos (Abogados del Estado) dependientes del ejecutivo mismo, desconfianza que, según algunos, encuentra su antídoto en la presencia de la acusación popular. Y entonces, en ausencia de una respuesta clara del legislador (que, desde que se suscitó el debate en el ya lejano año 2007, ha procurado no intervenir para aclarar algo que probablemente no «conviene» fijar una vez por todas), ha sido ciertamente cómodo (aunque, se insiste, por lo menos, *praeter legem*) anclar la solución de la *querelle* a una cuestión tan resbaladiza como la titularidad colectiva o individual del bien jurídico protegido por los delitos contra la Hacienda pública o contra la Administración

sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social».

¹⁰⁷⁹ Se discute acerca de un vínculo entre acusación popular y «desconfianza» institucional hacia el Ministerio Fiscal en estos términos en la célebre STS 1045/2007, de 17 de diciembre, Ponente Exmo. D. Enrique Bacigalupo Zapater y en los numerosos (7) votos particulares que se formularon a la misma.

pública. El *escamotage* es el siguiente: cuando el bien jurídico afectado es de titularidad «social», se reconoce a la acusación popular (que actúa *quavis ex populo*) la posibilidad de solicitar la apertura del juicio oral en contra de la opinión del Ministerio Fiscal (y, en su caso, de la acusación particular); cuando, en cambio, se trate de un bien jurídico de titularidad individual, nada podrá hacerse si el Ministerio Fiscal y la acusación particular deciden que no hace falta un juicio oral y solicitan el sobreseimiento¹⁰⁸⁰; en este caso, como sugiere una lectura literal del artículo 782 LECrim, «lo acordará el Juez».

5.7.2. Principales posturas de la doctrina: apuntes

Tradicionalmente, se ha sostenido que, si existe un interés en que los funcionarios públicos actúen de forma imparcial y conforme al principio de legalidad, el titular del mismo ha de ser individualizado en la propia Administración pública. Teniendo en consideración la colocación sistemática de la norma, la doctrina ha creído identificar el sujeto pasivo del delito con el Estado, la entidad titular de la función o del servicio o con el concesionario de este último. En Italia, la postura es tan pacífica¹⁰⁸¹ que parece haber sido recientemente obliterada por el legislador: el artículo 322-*quater* del Código penal (introducido por

¹⁰⁸⁰ Siendo ese el contexto, no sorprende que la respuesta jurisprudencial haya resultado incierta e incluso apodíctica: así, por ejemplo, se ha llegado a defender que el delito de tráfico de influencias «piensa en unos intereses colectivos o sociales mucho más directos que los que se identifican en el delito de defraudación tributaria» (así, literalmente, la ya citada STS 277/2018), justificando así una diferente respuesta a la cuestión que parece no solo tener en cuenta el carácter institucional del bien jurídico, sino matices francamente poco aprehensibles que, conviene admitirlo, parecen desempeñar la única función de adaptar el desenlace de la *querelle* a una preocupante búsqueda de opciones materialmente (¿políticamente?) justas.

¹⁰⁸¹ En este sentido, la práctica totalidad de la doctrina italiana. Entre muchos, véanse PAGLIARO, A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...*, cit., pág. 7; ROMANO, B.: «Note...», cit., pág. 14; SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti...*, cit., págs. 312 a 313; PELLISERO, M.: «I delitti...», cit., pág. 265 quien expresamente aclara que los terceros que sufren las consecuencias de la corrupción serán, a lo sumo, perjudicados por el delito pero nunca víctimas del mismo. En España, en términos parecidos, véase CASAS BARQUERO, E.: «Observaciones...», cit., págs. 223 a 224.

la ya mencionada Ley n. 69 de 27 de mayo de 2015 y modificado por la Ley n. 3 de 9 de enero de 2019 «*spazzacorrotti*») dispone que

«con la sentencia de condena por los delitos previstos por los artículos 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 y 322-bis, es siempre ordenado el pago de una suma equivalente al precio o provecho del delito a título de reparación pecuniaria en favor de la administración *lesionada* por la conducta del público oficial o del encargado de un público servicio, sin perjuicio del derecho al resarcimiento del daño»¹⁰⁸² (cursiva, naturalmente, mía).

En el lado opuesto, tesis recientes sobre las que ya hemos abundantemente insistido, haciendo hincapié en una idea «constitucionalmente orientada» de la Administración pública como servicio para la colectividad, han querido insistir en la diferenciación entre deberes «internos» y «externos». Y, puesto que el Derecho penal protegería solo (o debería interesarse solo de) éstos últimos, parece inevitable postular una titularidad colectiva de todo bien jurídico institucional penalmente relevante, incluyendo el protegido por el delito de cohecho. Y, puesta así la cuestión, defender lo contrario parecería casi re-

¹⁰⁸² El precepto puede ponerse en relación con la reforma del artículo 165 que, en el caso de condena por delitos de corrupción (y otros delitos contra la Administración pública), supedita la suspensión condicional de la pena al «pago de la suma determinada a título de reparación pecuniaria tal y como dispuesto por el artículo 322-quater, sin perjuicio del eventual derecho al resarcimiento del daño» (véase BORSARI, R.: *La corruzione...*, cit., págs. 76 y ss.). La norma citada en el texto, por su parte, también puede leerse en el contexto marcado por lo dispuesto por el artículo 444.1-ter del *Codice di procedura penale* que, en materia de *patteggiamento* en el caso de delitos de peculado, concusión y corrupción, subordina la solicitud a la «restitución integral del precio o ganancia del delito» (para las diferencias, véase VIGONI, D.: «Patteggiamento e delitti contro la P.A. nella L. 27 maggio 2015 n. 69: gli effetti di chiaroscuro della riforma», en www.legislazionepenale.eu, de 11 de enero de 2016). Problemático ha resultado el encaje de dicha disposición con el decomiso: sobre este particular, véase, entre muchos, CINGARI, F.: «Sull'ennesima...», cit., pág. 18. Sobre la introducción del artículo *de quo*, véase también VALENTINI, V.: «La controriforma...», cit., págs. 351 a 352 y 356 quien pone de manifiesto que no se trata aquí de restitución alguna sino, más realísticamente, de un ingreso a la Administración que iguala el dinero correspondido por el particular; INFANTINI, F.: *La nuova...*, cit., págs. 112 y ss.; MANNA, A.: «I delitti...», cit., pág. 183 quien defiende que la norma supedita la suspensión condicional y el *patteggiamento* al «reintegro del bien jurídico ofendido».

accionario, corolario de una idea de Administración ya ampliamente superada e incluso ideológicamente totalitaria.

Así planteada la cuestión, a mi modo de ver, en primer lugar, deberían evitarse apresurados juicios especialmente *tranchants* y debería tratar de no exagerarse el alcance de indiscutibles postulados político-democráticos en el plano exquisitamente técnico-jurídico.

Por otra parte, convendría tener presente que, en una óptica estrictamente procesal, identificar al titular del bien jurídico protegido con la colectividad implica (o podría implicar) serias consecuencias: insertar a la corrupción en el abanico de «delitos sin víctima», aparte de la cuestión inherente a las consecuencias civiles del delito de cohecho¹⁰⁸³, podría redundar en la ausencia de legitimación activa en

¹⁰⁸³ Naturalmente, distinto del concepto de sujeto pasivo es el de perjudicado por el delito (sobre el punto, *ex pluribus* DEMETRIO CRESPO, E.: «Lección 13. Tipicidad», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRES, I. ET ALT.: *Curso...*, cit., pág. 207). La afirmación es también pacífica en la doctrina y jurisprudencia italianas (véase, entre muchos, CORDERO, F.: *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pág. 266 en donde se citan Cass. de 15 de noviembre de 1986, en *Cassazione penale*, 1988, pág. 1927 y, como único precedente contrario, Cass. Pen.: 3 de noviembre de 1972, en *Cassazione penale*, 1987, pág. 137). Con todo, la diferencia entre sujeto pasivo del delito y perjudicado no siempre ha resultado correctamente acatada por la jurisprudencia española que, en ciertas ocasiones, parece haber supeditado la pretensión civil del perjudicado a la titularidad del bien jurídico: la consecuencia (difícilmente compartible) ha sido la denegación de la indemnización toda vez que se ha identificado al titular del bien jurídico con la colectividad. En este sentido parecen apuntar aquellas resoluciones jurisprudenciales que han repetidamente negado la indemnización a las Administraciones públicas cuyos funcionarios eran declarados culpables de cohecho: se ha afirmado que «el delito de cohecho no perjudica a la institución a la que pertenece el funcionario cuya corrupción se intenta o se logra, dado que las acciones del funcionario y del que lo corrompe no afectan su autoridad ni su prestigio, sino la confianza de los ciudadanos en el ejercicio objetivo y no venal de la función pública» (así STS 883/1994, RJ 1994/3987, de 11 de mayo, ponente Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater). La decisión resulta, en mi opinión, cuestionable ya desde un punto de vista eminentemente lógico: me parece evidente, en efecto, que, si se cifra el bien jurídico lesionado en la confianza hacia el correcto desempeño de la actividad administrativa, argumentando, entre otras cosas, que esta confianza es esencial para el funcionamiento mismo de la Administración pública, parece por lo menos parcialmente contradictorio no reconocer a la Administración un derecho a ser indemnizada. En un marco teórico más general, debe retenerse que el bien jurídico protegido permite identificar a aquellos sujetos ofendidos por el delito que, sin embargo, no tienen por qué coincidir con los perjudicados por el mismo.

En el homicidio, por ejemplo, es evidente que el titular del bien jurídico protegido no se confunde nunca con la persona que se indemniza, so pena de entender que no hay perjuicio alguno que deba ser indemnizado. Y si, en el homicidio, identificar perjudicado con víctima equivale a vaciar de significado la responsabilidad civil *ex delicto*, en el cohecho, esta finalidad parece haberse logrado ocultando el titular del bien jurídico detrás de la «colectividad»: que la confianza en la Administración pública nos concierna a todos, implicaría, lo hemos visto, que la Administración no es la perjudicada; pero, como veremos en seguida, tampoco parece reconocerse el perjuicio a la «colectividad», ya que, a fin de cuentas, lo que es de todos, parece no ser de nadie: así, se ha negado el derecho a una indemnización no solo a la Administración sino también a los administrados que, perjudicados por la existencia del *pactum* (y todavía no del acto), así lo reclamen. Como ha ilustrado la jurisprudencia «el Sr. Antonio no es el ofendido por el delito pues el cohecho trata de proteger (...) la confianza de los ciudadanos en que los servidores públicos —funcionarios públicos— ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la ley, imagen que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas al margen —y además— de los presupuestos públicos, directamente por los particulares que se sirven de ella por ejecutar el funcionario un acto relativo a su cargo que sea injusto o que constituya delito, pues con ello se cuestiona de forma grave en la sociedad la seriedad y probidad del ejercicio de la función pública. La situación del Sr. Antonio es ajena a ese derecho más allá de formar parte de la sociedad por tanto no puede, como persona individual, ser perjudicada por el delito» (así SAP Ourense 2/2004...cit.). Siempre en tema de responsabilidad civil, la jurisprudencia española se ha inclinado en sentido sustancialmente negativo frente a la posibilidad de reconocer un perjuicio moral al administrado (o a la Administración) (véase, en este sentido, STS 2025/2001...cit.). En Italia, al contrario, la *Corte di Cassazione* ha considerado existente la responsabilidad por daño moral, reteniendo que las consecuencias perjudiciales no patrimoniales, es decir, que se sustraen a una evaluación monetaria sobre la base de criterios de mercado, son reconocibles también cuando afectan a una persona jurídica en relación con derechos de naturaleza no patrimonial. Así las cosas, se ha considerado indemnizable el perjuicio que sufriría la Administración en su «imagen y credibilidad» como consecuencia de un delito de cohecho (Cass. Civ. 10 de julio de 1991, n. 7642, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, pág. 1). Sobre el tema, véase RIVERDITI, M.: «art. 318-322», en MARINI, G.; LA MONICA, M.; MAZZA, L.: *Commentario al Codice penale*, UTET, Torino, 2002, pág. 1407. Para ulteriores consideraciones respecto de la imposibilidad de considerar al patrimonio de la Administración pública como bien jurídico protegido por el delito, lo cual, sin embargo, no incide en la posibilidad de que la misma sea titular de un derecho a ser indemnizada, véase GROSSO C.F.: «Commento...», cit., págs. 223 a 224. Siempre en Italia, se ha discutido sobre la legitimación pasiva en materia de responsabilidad civil en casos de corrupción en actos judiciales: según algunos, debe de considerarse responsable civilmente al Poder Judicial, representado por el *Consiglio Superiore della Magistratura*, mientras que, según otra opinión, o bien el Presidente del Consejo de Ministros (en este sentido, Cass.

el proceso penal español para la acusación particular; al contrario, de acuerdo con la postura jurisprudencial brevemente reseñada arriba, la perspectiva contraria podría terminar por comprimir las prerrogativas de la acusación popular, convirtiendo al Ministerio Fiscal (en España, ineludiblemente vinculado al Ejecutivo) y, en su caso, la Abogacía General del Estado (como acusación particular) en dueños absolutos de la acusación, con todo lo que ello implica (y piénsese no solo en la apertura del juicio oral, sino también en la conformidad y en la correlación o congruencia de la sentencia con la acusación).

Pues bien, fieles al planteamiento que aquí hemos defendido, incluso manteniendo la diferenciación entre deberes «internos» y «externos», creería que existen pocas dudas sobre el hecho de que, en los supuestos de corrupción propia (tanto antecedente como subsiguiente), titular del bien jurídico (legalidad) es la Administración pública (de acuerdo con la opción interpretativa que aquí se mantiene, se recordará que se trata aquí del quebrantamiento de deberes eminentemente «internos»).

Pero, más allá de ello, creería que, siguiendo a la doctrina italiana, extender dicha conclusión a todos los supuestos de cohecho punibles (y, por lo tanto, a la imparcialidad procedimental) no supone contradecir la premisa constitucional del entendimiento de la Administración como prestadora de servicios. El planteamiento, en efecto, no es lógicamente incompatible con la afirmación con apoyo en la cual la afectación al bien jurídico es penalmente relevante, puesto que el sujeto activo de cohecho pasivo obra en el contexto de la Administración-servicio-para-los-ciudadanos y su imparcialidad en el proceso de toma de decisión es garantía para el alcance de aquellas finalidades que la Constitución encomienda a la *cosa pública*. No se desconoce, en suma, que el alcance de estas finalidades es condición primaria para una armoniosa convivencia en sociedad de los individuos que la componen. Simplemente se argumenta que el interés de todo ciudadano en la tutela del bien jurídico protegido por el delito no ha de confundirse con el mismo bien jurídico, sino que está más bien a la base de la elección del legislador (incluso penal) de hacerse garante

Pen. Sez. VI, de 13 de abril de 1999, en *Cassazione penale*, 2000, V, pág. 1353, con nota de Ciavola) o bien el *Ministro di Grazia e Giustizia*.

de su integridad. Dicho con otras palabras, es correcto decir que la imparcialidad (procedimental) de la Administración se tutela debido a que existe un interés de todo ciudadano en que la Administración sirva sus intereses de forma imparcial, pero este último interés «colectivo» no parece poderse distinguir de forma nítida de aquel que, en un Estado democrático de Derecho, es *conditio sine qua non* de la legitimidad de la sanción penal de cualquier comportamiento humano.

5.7.3. *Una posible solución*

Volviendo al interrogante que ahora nos atañe, para facilitar la individualización del sujeto pasivo del delito, conviene retomar, por un momento, el modelo explicativo de la corrupción basado en la relación agente-principal.

El modelo parte de la idea de que «el normal funcionamiento de la relación de agencia implica una delegación de poderes por parte del principal hacia el agente, de tal forma que las decisiones de este último obligan al primero; a cambio, el agente se compromete a actuar en el interés del delegante y en el respeto de las reglas que este último establezca. Así, los servidores públicos actuarían como «agentes» del Estado mientras que, en ámbito privado, se suele identificar al empresario con el principal, siendo el agente el empleado o el directivo de la empresa. Ambas situaciones se caracterizan por la presencia de un tercero, generalmente condicionado por la actividad del agente y que tiene un interés en que las reglas de la relación se respeten, pero que se halla en una situación que le dificulta o incluso le imposibilita un control efectivo de su cumplimiento. En el caso de la corrupción en el sector público, este tercer sujeto titular del interés se suele identificar con la colectividad»¹⁰⁸⁴.

De acuerdo con el modelo, en suma, la relación Administración pública (principal)-funcionario (agente) se rige no solo sobre normas que exigen al funcionario cierto resultado, sino también sobre normas que obligan al funcionario a respetar cierto procedimiento a la hora de tomar decisiones¹⁰⁸⁵. El Derecho penal, con la tipificación del cohecho, sustancia una de estas obligaciones procedimentales en el respeto,

¹⁰⁸⁴ Se perdona la referencia a CERINA, G. D. M.: *La insoportable...*, cit., pág. 169.

¹⁰⁸⁵ Si se quiere, en este sentido, sí puede decirse que se trata de un deber «interno», matizando oportunamente que dicho deber trae su fundamento de la relación Administración-administrado.

por parte del agente (y del *extraneus*), del principio de imparcialidad procedimental (que se quebranta de forma penalmente relevante toda vez que se acepta/da una remuneración para/por un(os) acto(s) del cargo o como contrapartida a un más genérico ejercicio global de la función pública). A la base de esta norma, está seguramente el interés de los administrados (terceros) en el respeto de dicho principio¹⁰⁸⁶, interés que el ordenamiento considera merecedor de protección a través del Derecho penal. Empero, no se olvide, este interés se sustancia en el correcto desempeño por parte del funcionario-agente de la obligación (procedimental) que mantiene hacia la Administración-principal.

En el caso del cohecho, en suma, el ordenamiento penal acuerda protección a la relación agente-principal, a cuya regularidad está interesada no solo la Administración pública sino también la colectividad entera.

Si todo ello es cierto, podrá decirse que, toda vez que existe un delito de corrupción, la Administración pública será víctima¹⁰⁸⁷ de

¹⁰⁸⁶ Interés que ha quedado ampliamente documentado por las referencias a los estudios sobre los efectos perjudiciales que produce la corrupción tanto en ámbito económico como político e iusfundamental.

¹⁰⁸⁷ Véase brevemente, BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Anulación...», cit., pág. 111. De cara a la posibilidad de responsabilizar a la Administración (alegando, a lo mejor, cierta *culpa in vigilando*) remite el autor a SAN de 15 de abril de 2013 (recurso 108/2012) que, con ocasión de la conocida vicisitud relativa a una huelga masiva de controladores aéreos que se produjo en el año 2010, para no reconocer una responsabilidad patrimonial de la Administración (AENA en este caso) sostuvo que, a fin de cuentas, los funcionarios (controladores) se habían apartado de su función pública a la hora de realizar la mencionada huelga. El autor afirma que, con más razón, debería entenderse que se aparta de su función pública el funcionario que comete un delito, por lo que la Administración no puede considerarse responsable (patrimonialmente) del mismo: «En este sentido», afirma, «en caso de adjudicación de un contrato del sector público al margen de un criterio de lógica jurídica o a cambio de prebendas o cometiendo negociaciones prohibidas, se lleva a cabo amparándose de un cargo o empleo público, pero supone un alejamiento del mismo. De ahí que la responsabilidad patrimonial sea difícilmente predicable de la Administración cuando haya que indemnizar a un tercero que formuló la proposición más ventajosa a los intereses públicos y no resultó adjudicataria...». El mismo autor, por otra parte, explica que la jurisdicción penal normalmente prefiere no tomar decisiones en cuanto a responsabilidad civil de la Administración (*Ibidem*: págs. 117 a 118, con remisión a las referencias jurisprudenciales ahí realizadas). Aquí también, a modo de breve comentario, me limito

la violación de las normas a cuyo respeto subordina la delegación de funciones¹⁰⁸⁸.

Por otra parte, el funcionario público que, junto con el *extraneus*, quebranta las reglas que subyacen a su relación con la Administración, también menoscabará un interés de los administrados en que dichas reglas no sean infringidas¹⁰⁸⁹.

Y, siendo esta última intuición difícilmente rebatible, más dudas despiertan sugerentes propuestas que señalan a la Administración-persona jurídica como «responsable penal» de la corrupción¹⁰⁹⁰, apuntando hacia la responsabilidad penal como incentivo necesario para asegurar la efectiva implantación de herramientas preventivas anticorrupción¹⁰⁹¹ en el seno de la Administración pública. La recons-

a observar el peligro consustancial a la **peligro** equivalencia entre lo que es «de todos» y lo que no es «de nadie».

¹⁰⁸⁸ Véase FORTI, G.: «Il diritto penale...», cit., págs. 157 y ss.

¹⁰⁸⁹ En jurisprudencia, recientes planteamientos formulados en materia de delitos contra la Hacienda Pública parecen avalar la compatibilidad de las posturas que aquí se defienden, recordando que, más allá de planteamientos teóricos que rozan lo ideológico, la virtualidad de la cuestión se limita a un plano procesal y atañe a la posible personación de la acusación particular y, si se quiere, a las prerrogativas que se reconocen a la acusación popular. Así las cosas, conviene hacer referencia una vez más al ya citado AAP Islas Baleares, n. 18, de 29 de enero de 2016, en el que, una vez reconocida la «naturaleza supraindividual, colectiva o difusa» del bien jurídico, se admite que la misma no es incompatible con la identificación de un «perjudicado concreto y específico por el delito» que podría ser perfectamente «un determinado Organismo Público». La conclusión que ahí se alcanza es que «ni el bien jurídico protegido es en exclusiva el Erario Público ni, en su consecuencia, que exista un único, concreto y determinado perjudicado encarnado por la Hacienda Pública Estatal. De modo que, aun siendo la Abogacía del Estado la titular del derecho al ejercicio de la acción en defensa de dicho organismo estatal —de acuerdo con las previsiones legales establecidas—, su personación en el acto de juicio oral no colma (...) la protección total del desvalor de la acción».

¹⁰⁹⁰ Así GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «Corrupción...», cit., pág. 136.

¹⁰⁹¹ Aunque no sea este el lugar para profundizar en esta cuestión, quizás no sobre preguntarse si lo que se pretendía a la hora de cifrar la titularidad del bien jurídico en la colectividad no era justamente lo contrario de lo que, según parece, se termina consiguiendo. Por último, puede concederse aquí solo un mero apunte a la idea (opuesta a la que se acaba de exponer) de extender a la Administración la «obligación» de dotarse de programas de cumplimiento, con todo lo que ello implica. Sobre la cuestión, se remite a las sugerentes observaciones de NIETO MARTÍN, A.: «De la ética pública al ‘Public Compliance’: sobre la prevención

trucción bicéfala del sujeto pasivo¹⁰⁹², si bien sugerente y ciertamente útil en el plano procesal (español) para balancear cierta tendencia jurisprudencial a la que ya nos hemos referido, deja cierto regusto a contradicción toda vez que se apunta (con cierta *nonchalance*) a la Administración a la vez como víctima y responsable del delito. Y (sin ánimo de analizar aquí detenidamente la cuestión) no deja de suscitar cierta perplejidad la referencia a *Public compliance programs* para cuya adopción se utilizaría como incentivo la consagración de la responsabilidad penal de la Administración-persona-jurídica. En primer lugar, quedaría por explicar cómo una Administración pública se vería «beneficiada directamente» por un cohecho. Pero, *last but not least*, es sobre todo la referencia a la necesidad de «incentivos» penales lo que despierta perplejidades: para el diseño de (eficaces) medidas preventivas, el *hard law* Administrativo parece ya perfectamente equipado.

Así y a modo de colofón, no queda sino insistir en que la referencia al interés de los administrados (en el respeto del principio de imparcialidad procedimental y en su protección frente a los ataques más graves), más que enriquecer la objetividad jurídica del delito, se acerca mucho a la *ratio* última de tutela, no solo de esta, sino de gran parte del Estatuto penal de la Administración pública.

de la corrupción en las administraciones públicas», en BETEGON, J. Y PÁRAMO, J. R. (COORDS.): *Derecho, confianza y democracia*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, págs. 105 a 130 y sobre todo págs. 125 a 127. Véase también GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «Corrupción...», cit., págs. 117 y ss. y, sobre todo, 136 y ss.

¹⁰⁹² En la doctrina española, véase QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal...*, cit., pág. 1162 quien identifica al sujeto pasivo del delito tanto con «la administración en la que el funcionario presta sus servicios» como con «la comunidad en general».

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M.: «La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español», en PUENTE ABA, L. M. (ED.): *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*. Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014, Universidad de La Coruña, 2015, págs. 11 a 54.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: «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*, Comares, Granada, 2017.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P.: «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (DIR.): *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, págs. 41 a 72.
- ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.
- ANTOLISEI F.: *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XIII ed.: Giuffrè, Milano, 2000.
- ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1987.
- AOULAD BEN SALEM LUCENA, A. J.: «El delito de cohecho tras la reforma del Código penal de 2015», en CUADRADO RUIZ, M. A. y AOULAD BEN SALEM LUCENA, A. J. (COORDS.): *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 191 a 220.
- ARAUJO ARCE, B.: «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la doctrina del Consejo de Estado», en ORTEGA BURGOS, E. y PASTOR RUIZ, F. (DIRS.): *Derecho administrativo 2021*, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 37 a 58.
- ARDENGI, C. A.: «Corruzione per l'esercizio della funzione», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G. (A CURA DI): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- AYMERICH CANO, C.: «Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia», en BAUZÁ MARTORELL, F. J. (DIR.): *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kluwer, 2017, págs. 137 a 174.
- BACIGALUPO, E.: «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, n. 37-40, 1983, págs. 1095 a 1105.
- BALBI, G.: *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Jovene, Napoli, 2003.
- BARATTA, A.: «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, 1991.

- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales», en BAUZÁ MARTORELL, F. J. (DIR.): *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kuwer, 2017, págs. 99 a 133.
- BECKER, G. S.: «*Crime and Punishment: an Economic Approach*», en BECKER, G. S. y LANDES, W. M. (EDS.): *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, 1974, págs. 1 a 54, disponible en <http://www.nber.org/chapters/c3625>.
- BELLAGAMBA, F.: *La corruzione in atti giudiziari*, Giappichelli, Torino, 2016.
- BENITO SÁNCHEZ, C. D.: «*The European Union Criminal Policy against corruption: two Decades of Efforts*», en *Política Criminal*, 2019, págs. 520 y ss.
- BENUSSI, C.: *Diritto penale della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2016.
- BENUSSI, C.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2001.
- BENUSSI, C.: *I delitti contro la pubblica amministrazione, Tomo I, I delitti dei pubblici ufficiali*, II edición, CEDAM, Padova, 2013.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. - CERINA, G. D. M.: «Consideraciones en torno a la tipificación del delito de corrupción privada», en SINTURA VARELA, J. F. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (EDITORES ACADÉMICOS): *El Estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Universidad del Rosario, 2013, págs. 53 a 103.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. ET ALT.: *Curso de derecho penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, 2016.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «El consentimiento en las lesiones», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 14, 1981, págs. 203 a 221.
- BEVLACQUA, B.: *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2003.
- BLANCO CORDERO, I.: «La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (COORD.): *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 267 a 296.
- BORSARI, R.: *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambio della prospettiva penale*, Giappichelli, Torino, 2020.
- BOSH, J.: «El poder judicial ante la corrupción», en *Jueces para la democracia*, 2021, n. 100, págs. 93 a 103.
- BRICOLA, F.: «Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70», en *Questione criminale*, 1980, págs. 179 y ss.
- BRICOLA, F.: «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto*, vol. XIX, 1973, págs. 8 y ss.
- BRICOLA, F.: «Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali», en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, vol VI, págs. 121 a 150.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos colectivos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 11, *Estudios de Derecho Penal*

- en *Homenaje a L. Jiménez de Asúa*, 1980 y recientemente, en *Revista de derecho penal*, n. 27, 2019, págs. 465 a 476.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.
- CACCIAVILLANI, I. y CALDERONE, C. R.: *I delitti dei pubblici ufficiali nell'attività amministrativa*, CEDAM, Padova, 2001.
- CADENA SERRANO, F. A.: «Concurso de delitos entre malversación y cohecho. En la médula de la corrupción», en *Diario La Ley*, n. 9535, 2019 (versión electrónica).
- CARDENAL MONTRAVETA, S.: «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentarios a la STS de 7 de noviembre de 2001», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 10, 2002, págs. 295 a 327.
- CARDONA BARBER, A.: «Algunas consideraciones de legitimidad del principio del bien jurídico penalmente protegido», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2019, págs. 151 a 187.
- CARPIO BRIZ, D.: «Concepto y contexto del derecho penal económico», en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (DIR.): *Derecho económico y de empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 2, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 31 a 41.
- CASABÓ RUIZ, J. R.: «Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en *Escritos Penales*, 1979, págs. 155 y ss.
- CASAS BARQUERO, E.: «Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas», en AA.VV.: *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 655 a 671.
- CASSETTA, E.: *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CASTALDELLO, C.: «Fattispecie 'ad evento psichico'. In particolare le ipotesi di corruzione, concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità: davvero possibile tracciare un discrimen definitivo?» en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 2016, n. 1-2, págs. 65 a 99.
- CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*, Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., 2009.
- CASTRO CUENCA, C. G.: «Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva», en *Díjalon – Lo Justo*, 2006, págs. 199 a 231.
- CASTRO MORENO, A.: «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras», en *Actualidad Penal*, 2002, n. 2, págs. 19 a 43.
- CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Bayer Hnos.: Barcelona, 1999.
- CEREZO MIR, J.: «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», en *Revista de derecho penal y criminología*, vol. 10, n. 10, 2002, págs. 47 a 72.


- CERINA, G. D. M.: *La insostenible levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CERINA, G. D. M.: «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español», en *Revista general de Derecho penal*, n. 33, 2020.
- CERINA, G. D. M. y BENITO SÁNCHEZ C. D.: «Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma», en DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *De los delitos y de las penas hoy: la nueva reforma del Código penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, págs. 61 a 94.
- CHARRON, N. y LAPUENTE, V. y BAUHR, M.: «Sub-national Quality of Government in EU Member States: presenting the 2021 European quality of Government Index and its relationship with COVID-19 indicators», *The quality of Government Institute*, Universidad de Göteborg, 2021, disponible en <https://www.gu.se/en/quality-government>.
- CHIBELLI, A.: «Al vaglio della Cassazione (per la prima volta) la figura della corruzione del parlamentare», en *Diritto penale contemporaneo*, 10/2017.
- CINGARI, F.: «Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione», en *La legislazione penale*, 2019, págs. 1 a 26.
- COLOMER BEA, D.: «La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia», en *Revista general de Derecho penal*, n. 35, 2021.
- COMES RAGA, I.: *Delito de cohecho pasivo propio antecedente*, Juruá, Oporto, 2019.
- COMPAGNA, F.: «La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio», en *Diritto penale contemporaneo*, 2016.
- CONSULICH, F.: «Così è (se vi pare)», en *Sistema penale*, 2020.
- CORCOY BIDASOLO, M.: «Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro», en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. M. (COORDS.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosh, Barcelona, 1996, págs. 247 a 262.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORDERO, F.: *Morbo italico*, Laterza Editori, Roma-Bari, 2018.
- CORDERO, F.: *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CÓRDOBA RODA, J.: «El cohecho de funcionarios públicos», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Victoria*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1983, págs. 175 a 190.
- CRESPO NAVARRO, E.: «Mecanismos internacionales de lucha contra la corrupción: la lucha contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea», en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Aranzadi, 2016, págs. 183 a 269.
- CUDIA, C.: «L'atto amministrativo contrario ai doveri d'ufficio nel reato di corruzione propria. Verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo», en *Diritto pubblico*, 2017, vol. 23, n. 3, págs. 683 a 722.

- CUGAT MAURI, M.: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- DANLEY, J. R.: «*Toward a theory of bribery*», en *Business & Professional Ethics Journal*, vol. 2, n. 2, 1983, págs. 19 a 39.
- DE CARO, A.: «La legge c.d. spazzacorrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica criminale, i Principi costituzionali e le regole del giusto processo», en *Processo penale e giustizia*, n. 2, 2019, págs. 281 a 289.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Revista de derecho penal y criminología, jurídica*, n. 17, 2006, págs. 81 a 112.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DE VITA, A.: «La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della L. 9 gennaio 2019, n. 3» en *Processo penale e giustizia*, 2019, n. 4, págs. 947 a 969.
- DELGADO GIL, A.: «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2009, págs. 357 a 424.
- DOLCINI, E. y VIGANÒ, F.: «Sulla riforma in cantiere nei delitti di corruzione», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- DOLCINI, E.: «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici», en *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 3.
- DUPUIS, M. B.: *La corruzione*, CEDAM, Padova, 1995.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales*, Salamanca, 1996 (texto dactilografiado).
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant Lo Blanch, 2003.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: «El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma», en PUENTE ABA, L. M. (ED.): *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del congreso hispano-italiano de Derecho penal económico. Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014*, Universidad de La Coruña, 2015, págs. 55 a 76.
- FERRANTE, M. L.: «Le fattispecie di corruzione», en FORTUNA, F. S. (A CURA DI), *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2002, págs. 73 a 99.
- FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, tomo IV, primera edición, Estades Artes Gráficas, Madrid, 1956.
- FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, Bologna, 2012 (incluye *addenda* sobre la reforma de 2012).
- FIANDACA, G.: «Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, págs. 383 y ss.

- FIANDACA, G.: «Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, págs. 42 a 81.
- FIANDACA, G.: *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014.
- FIGIELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione. Un dibattito sulle figure del concusso, dell'indotto punibile e del corruttore*, Giappichelli, Torino, 2016.
- FORNASARI, G.: «Delitti di corruzione», en BONDI, A.; DI MARTINO, A.; FORNASARI, G.: *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, págs. 192 a 241.
- FORTI, G.: «Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo», en FORTI, G. (A CURA DI): *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da «Mani Pulite»*, Vita e Pensiero, 2003, págs. 71 a 176.
- FORTI, G.: «L'insostenibile pesantezza della 'tangente ambientale': inattualità della disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concusión», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, págs. 476 a 510.
- FORTI, G.: *La corruzione del pubblico amministratore. Linea di un'indagine interdisciplinare*, Milano, 1992.
- FURIGUELE, G.: «I limiti di tipicità della fattispecie di corruzione propria», en *Cassazione penale*, 2002, págs. 3919 a 3936.
- FUX, A.: «La natura propedeutica del reato di cui all'art. 346-bis C.P. rispetto a quello di corruzione», en *Cassazione penale*, 2013, n. 07/08, págs. 2639 a 2648.
- GALLO, M.: voz «Dolo (Diritto penale)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 1964.
- GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990.
- GARCÍA ARROYO, C.: «Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 CP» en GÓMEZ RIVERO, C. (DIR.): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 635 a 681.
- GARCÍA ARROYO, C.: *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GARCÍA BLANCO, J. M.: «Legitimación o diferenciación», en *Política y Sociedad*, 1997, n. 24, págs. 141 a 149.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de derecho Administrativo*, Thomson, Civitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas en por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», en OTRIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (COORDS.): *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, págs. 241 a 268.
- GARCÍA PÉREZ, J. J.: «Del cohecho», en SÁNCHEZ MELGAR, J.: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, SEPIN Editorial Jurídica, Madrid, 2006.

- GARGANI, A.: «La fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il ‘sentiero interrotto’ della tipicità del fatto», en *Diritto penale e processo*, 2014, págs. 1029 a 1037.
- GAROFALI, R.: «Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie», en *Diritto penale contemporaneo*, 2013.
- GATTA, G. L.: «La sentenza della Corte d’Appello di Milano sul caso Maroni (Malangone/Expo S.p.A.): esclusa l’induzione indebita», en *Diritto penale contemporaneo*, 12, 2017.
- GIANNITI F.: «Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale», en *Studi in onore di B. Petrocelli*, Giuffrè, Milano, 1972, tomo II, págs. 817 y ss.
- GIANNITI, F.: *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970.
- GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El Derecho en la teoría de la Sociedad de N. Luhmann*, Tecnos, Barcelona, 1993.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1983, N.º. 69, págs. 85 a 112.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien Jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I.: «Peligrosidad de la conducta y del autor penal actual. Implicaciones político-criminales y dogmáticas», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2018, n. 13, págs. 139 a 157.
- GRANADOS PÉREZ, C.: «El instrumento en el delito de cohecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 129 a 152.
- GRIMALDI, G. R.: «Independence of Public Prosecutors’ Offices: recent case law in the CJEU on the European arrest warrant and its impact on the EU Criminal Justice System», en *EUCRIM: The European Criminal Law Associations’ Forum*, n. 4, 2020.
- GRISPIGNI F.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Libreria Antiquaria Giulio Cesare, Roma, 1952.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García, Madrid, 1891.
- GROSSO, C. F.: «Commento agli articoli 318-322», en PADOVANI, T. (A CURA DI): *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 1996, págs. 170 y ss.
- GROSSO, C. F.: «Condotte ed eventi nel delitto di abuso d’ufficio», en *Foro italiano*, 1999, pt. V, págs. 329 y ss.
- GUERINI, T.: «Antimafia e anticorruzione nell’epoca del furore punitivo», en *Archivio Penale*, 2019.

- GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales», en *Política criminal*, Vol 13, julio 2018, págs. 104 a 143.
- HABERMAS, J. y RAWLS, J.: *Debate sobre el liberalismo político*, ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona-Buenos Aires, México, 1998.
- HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- HASSEMER, W.: «Crisis y características del moderno derecho penal», en *Actualidad Penal*, 1993, n. 43, págs. 635 a 646.
- HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *Revista electrónica de ciencias penales y criminológicas*, 04-14, 2002.
- HEFENDEHL, R.: «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 179 a 196.
- HIRSCH, H. J.: «Peligro y peligrosidad», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1996, págs. 509 a 529.
- HORTAL IBARRA, C.: «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal», en PUENTE ABA, L. M. (ED.): *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del congreso hispano-italiano de Derecho penal económico. Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014*, Universidad de La Coruña, 2015, págs. 149 a 224.
- INFANTE, E.: «Corruzione per l'esercizio della funzione», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (DIR.): *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET giuridica, 2015, págs. 213 a 232.
- INFANTINI, F.: *La nuova tutela penale della pubblica amministrazione*, IUS Pisa University Press, 2018, Pisa.
- JAREÑO LEAL, A.: «Los delitos contra la administración y la contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», en AA.VV.: *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, págs. 517 a 536.
- JAVATO MARTÍN, A. M.: *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2005.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978», en AA.VV.: *La imparcialidad judicial*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 11 a 40.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al código de 1928*, Reus, Madrid, 1929.

- KINDHÄUSER, U.: «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», en *Indret*, 2009.
- KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán», en *Política Criminal*, 2007, n. 3, págs. 1 a 18.
- KUHLEN, L.: «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. M. (COORDS.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 215 a 230.
- LANDECHO VELASCO, C. M.: «Cohecho», en MOLINA BLAZQUEZ, C.: *Derecho Penal español. Parte especial. Redactado conforme al nuevo Código penal de 23 de noviembre de 1996*, II ed.
- LEOTTA, C. D.: «La corruzione», en ROMANO, B. y MIRANDOLA, A.: *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2020, págs. 192 a 293 (consultado en su versión ebook).
- LEVI, N.: *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Vallardi, Milano, 1935.
- LOOS, F.: «Del 'bien jurídico' en los delitos de cohecho», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009 (traducción del lo original «Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte»), en STRATENWETH ET ALT. (EDS.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag*, 1974, págs. 879 y ss.
- LÓPEZ DE LIZIAGA, J. L.: *Lenguajes y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012.
- LOSAPPIO, G.: «Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G. (A CURA DI): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Il Mulino, Bologna, 2015, págs. 167 a 189.
- MAGGIORE, G.: *Principi di diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1950.
- MANACORDA, S.: *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, Napoli, 1999.
- MANES V.: «L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, págs. 924 a 965.
- MANES, V.: «Corruzione senza tipicità», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, vol. 61, n. 3, págs. 1126 a 1155.
- MANES, V.: «L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale», en *Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 2.
- MANICCIA, A.: «L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti confusi della riforma anticorruzione», en *Cassazione penale*, 2019, págs. 2369 a 2393.
- MANNA, A. y GAITO, A.: «L'estate sta finendo...», en *Archivio Penale*, 2018.
- MANNA, A.: «I delitti contro la pubblica amministrazione (aggiornamento al volume I)», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (DIR.): *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET giuridica, 2015, págs. 167 a 184.
- MANSO PORTO, T.: «Corrupción y 'compraventa' del voto de los diputados y demás mandatarios políticos a la luz del Derecho penal español y alemán:

- los 'casos Wuppertal, Camas y Arrecife'», en PUENTE ABBA, L. (DIR.): *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción: doctrina y análisis de casos*, Bosh, Barcelona, 2015, págs. 381 a 404.
- MANTOVANI, F.: *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1988.
- MANZINI, V.: *Trattato di diritto penale*, UTET, Torino, 1981.
- MARCONI, G.: «La tutela degli interessi collettivi in ambito penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, pág. 1052 y ss.
- MARINI, G.: *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Tortino, 1993.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; HIGUERA HERRERA, J. F. (EDITORES): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 259 a 279.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MASSI, S.: «*Qui en corruptione versatur etiam pro licito tenetur*». «*Offesa*» e «*infedeltà*» nella struttura della corruzione propria, Giappichelli, Torino, 2004.
- MASULLO, M.: «L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, vol. 62, n. 3, págs. 1257 a 1287.
- MEDINA ARNAÍZ, T.: «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», en *Diario La Ley*, n. 7382, 2010.
- MELIDONA S.: «Quando il reato non ammette il tentativo», en *Guida al diritto*, de 20 de febrero de 1999.
- MÉNDEZ DE LUARCA, M.: «Cohecho», en CONDE PUMPIDO FERRERIO, C. ET ALT.: *Código penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2004.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de 'solventar' la confusa interpretación de los tipos penales de peligro», en *Estudios penales y criminológicos*, 2018, n. 37, págs. 487 a 534.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. II, Universidad de Valencia, Instituto de Criminología, Valencia, 1997, págs. 349 a 379.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», en *Revista de derecho penal y criminología*, II época, n. 9, 2002, págs. 39 a 82.

- MIRRI, M. B.: «La corruzione dopo la riforma», en COPPI, F. (A CURA DI): *I reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1993.
- MIRRI, M. B.: «Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, págs. 427 y ss.
- MIRRI, M. B.: «I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettive di riforma», en *La Giustizia Penale*, 1987, págs. 129 a 142.
- MONGILLO, V.: «Concussione», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G. (A CURA DI): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Il Mulino, Bologna, 2015, págs. 203 a 226.
- MONGILLO, V.: «La legge ‘spazzacorrotti’: ultimo approdo del diritto penale emergente permanente dell’anticorruzione», en *Diritto penale contemporaneo*, 2019.
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Título XIX. Delitos contra la Administración pública», en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) y MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 1265 a 1464.
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: «Del cohecho», en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) y MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- MORELL OCAÑA, L.: «La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 111, 2001, págs. 347 a 372.
- MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (COORD.): *Comentarios a la legislación penal*, *Revista de Derecho Público*, editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994, págs. 178 y ss.
- MORILLAS CUEVA, L.: «Delito de ‘cohecho electoral’», en DE LA CUESTA AGUADO, P. ET AL.: *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 749 a 766.
- MORMANDO, V.: «Appunti in tema di corruzione impropria», en *La Giustizia Penale*, 1989, pt. II, págs. 253 y ss.
- MORRA, M.: *Corruzione e concussione. Nuovi problemi e questioni controverse*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Tomo XII: *Actos Administrativos y sanciones administrativas*, II edi-

- ción, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, Boletín Oficial del Estado, 2017.
- NAVARRO CARDOSO, F.: *El cohecho en consideración al cargo o función*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- NIETO MARTÍN, A.: «De la ética pública al ‘Public Compliance’: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas», en BETEGON, J. y PÁRAMO, J. R. (COORDS.): *Derecho, confianza y democracia*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, págs. 105 a 130.
- NOGUERA CALATAYUD, J.: «El delito de cohecho. Especial referencia al delito de cohecho pasivo», en MUÑOZ CUESTA, J. (COORD.): *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Cosital, 2015, págs. 261 a 293.
- NUVOLONE, P.: *Sistema di diritto penale*, Padova, 1982.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en CEREZO MIR, J. ET ALT. (EDITORES): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granada, 1999, págs. 861 a 887.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos», en *Diario la Ley*, 1996 (versión electrónica).
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: «‘Medidas de regeneración democrática’. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España», en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 2015, n. 63, págs. 327 a 358.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: «Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística», en *Cuadernos Penales José María Lidón, n. 5, dedicado a Corrupción y urbanismo*, Deusto publicaciones, Bilbao, 2008, págs. 123 a 162.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: «La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010», en MAQUEDA ABREU, M.; MARTÍN LORENZO, M.; VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.): *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 739 a 755.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 614 y ss.
- ORTS BERENGUER, E.: «El Cohecho», en VIVES ANTÓN ET ALT.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- PACHECO, J. F.: *El código penal concordado y comentado*, Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1848.

- PADOVANI, T.: «La messa a ‘libro paga’ del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria», en *Guida al Diritto*, n. 48, 1 de diciembre de 2012, págs. IX a XII.
- PAGLIARO A. y PARODI GIUSINO, M.: *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2008.
- PAGLIARO A.: *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 1998.
- PAGLIARO, A.: «La retribuzione indebita come nucleo essenziale dei delitti di corruzione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, págs. 57 y ss.
- PALADIN, L.: *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1998.
- PALAZZO, F.: «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012, págs. 227 a 231.
- PALAZZO, F.: «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, págs. 453 y ss.
- PALAZZO, F.: «Gli effetti ‘preterintenzionali’ delle nuove norme penali contro la corruzione», en PELLISSERO, M. y MATTARELLA, B.: *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, págs. 15 a 22.
- PALAZZO, F.: «Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali», en *Cassazione penale*, 2015, págs. 3389 a 3400.
- PALIERO, C. E.: «Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto» en BARILLARO, M. (A CURA DI): *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004.
- PANNAIN, R.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1966.
- PARADISO, F.: *La nuova normativa in materia di corruzione e concussione*, Nuova Giuridica, Matelica (MC), 2013.
- PEDRAZ PENALVA, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 321 a 385.
- PEDRAZZI, C.: «Interessi economici e tutela penale», en STILE, A. (DIR.): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985.
- PELLISSERO, M.: «I delitti di corruzione», en GROSSO, C. F. y PELLISSERO, M. (A CURA DI): *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, págs. 245 a 343.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (COORD.): *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.: «¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?», en *Revista general de Derecho penal*, 2018, n. 29.
- PETRILLO, P.: «Lobbying e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati», en *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 3, págs. 190 a 210.
- PICOTTI, L.: «l’evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione», en *Revista brasileira de ciências criminais*, 2017, págs. 137 a 158.

- PISANI, N.: «Il disegno di legge ‘spazzacorrotti’: solo ombre», en *Cassazione penale*, n. 11, 2018, pág. 3589 a 3593.
- PLANTAMURA, V.: «La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2012, págs. 189 y ss.
- POLAINO NAVARRETE, M.: «Cohecho», en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.): *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, vol. II., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: «La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neo-liberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de los intereses penales», en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (COORDS.): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones Universidad de Castilla La Mancha, 2003, págs. 99 a 124.
- PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.
- PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Mateu Cromo Artes Gráficas, Madrid, 1988.
- PULITANÓ, D.: «Bene giuridico e giustizia costituzionale», en STILE, A. (DIR.): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, págs. 131 y ss.
- PULITANÓ, D.: «La novella in materia di corruzione», en *Cassazione penale*, 2012, n. 11, págs. 3 a 21.
- PULITANÓ, D.: «La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione», en *La questione criminale*, 1981.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentario al código penal*, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G.: «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en ARROYO ZAPATERO, L. A.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (COORDS.): *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, págs. 241 a 248.
- RAMOS RUBIO, C.: «El delito de cohecho», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n. 3, 2002, págs. 101 a 148.
- RAMPIONI, R.: *Bene giuridico e delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1984.
- RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, edición electrónica, 2012 consultado también en su versión en idioma original RAWLS, J.: *A theory of Justice: revised edition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.
- REBOLLO VARGAS, R.: «Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II del Código penal español (Delitos contra la Administración pública)», en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (DIRS.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in*

- memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha - Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca-Salamanca, 2001, págs. 551 a 562.
- RICCIO S.: «Corruzione, delitti di», en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1957, págs. 898 y ss.
- RICCIO, S.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 1955.
- RINALDI, F. V.: «Concussione e induzione indebita: la linea di demarcazione tracciata dalle Sezioni Unite», en *Diritto & Diritti*, (disponible en <http://www.diritto.it/docs/36365-concussione-e-induzione-indebita-la-linea-di-demarcazione-tracciata-dalle-sezioni-unite-cass-sez-un-14-marzo-2014-n-12228>), 24/6/2014.
- RIQUELME PORTILLA, E.: *El cohecho parlamentario*, Thomson Reuter-Aranzadi, 2019.
- RIVERDITI, M.: «art. 318-322», en MARINI, G.; LA MONICA, M.; MAZZA, L.: *Commentario al Codice penale*, UTET, Torino, 2002, págs. 1400 a 1450.
- RIZZO, S. y STELLA, G. A.: *La Casta*, Rizzoli, Milano, 2007.
- ROCCO, A.: *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte especial*, Gráfica Carasa, Madrid, 1975.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: «Garantías de autonomía del Ministerio Fiscal. Una asignatura pendiente en el desarrollo del estado constitucional», en *Diario La Ley*, n. 9737, 17 de noviembre de 2020.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios judiciales, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Transfuguismo retribuido y cohecho», en *Actualidad penal*, 1994, págs. 439 a 448.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. y SENDÍN, M. A.: *Derecho administrativo español, Tomo II. Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa*, netbiblio, 2009.
- ROMANO, B.: «Note introduttive», en ROMANO, B. y MIRANDOLA, A.: *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2020, págs. 7 a 30.
- ROMANO, M.: *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, Milano 2019.
- ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General, Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.
- RUSCA, B.: *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Marcial Pons, 2020.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Cohecho» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR.), MANJÓN-CABEZA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORDS.): *Tratado de Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 375 a 459.
- SANDULLI, A. M.: *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed.: Napoli, 1989.

- SANZ MULAS, N.: «El habilitado nacional en el entrecruce de fuegos de una política judicializada» en *Revista de estudios locales – CUNAL*, n. 221, 2019, págs. 358 a 379.
- SCEVI, P.: «Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione», en *Archivio Penale*, 2019.
- SCHAFFENSTEIN, F.: «Das Verbrechen als Pflichtverletzung», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935.
- SCHUNEMANN, B.: «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1996, fasc. 1, págs. 187 a 217.
- SCHUNEMANN, B.: «Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales», en *Derecho PUCP*, 2018, n. 81 (consultado en versión electrónica).
- SCHUNEMANN, B.: «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDHEL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 197 a 226.
- SCHUNEMANN, B.: «Sistema del Derecho penal y victimodogmática», en DIÉZ RIPOLLÉS, J. L. (COORD.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 159 a 172.
- SEGRETO, A. y DE LUCA, G.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1999.
- SEMINARA S.: «Gli interessi tutelati nei reati di corruzione», en *Scritti in onore di Renato Dell'Andro*, Cacucci, Bari, 1994, págs. 817 a 867.
- SEMINARA, S.: «Corruzione e anticorruzione», en *Diritto penale e processo*, 2017, n. 9, págs. 1125 a 1132.
- SEMINARA, S.: «La corrupción en la Administración pública», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (COORDS.): *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Edurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, págs. 139 a 158.
- SEMINARA, S.: sub art. 318, en CRESPI, STELLA, ZUCCHETTI, A. (A CURA DI): *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal. Parte especial*, Vol. II.: Dykinson, Madrid, 1997.
- SESSA, A.: «Corruzione e concussione – Dall'esperienza di tangentopoli rinnovate esigenze di riforma», en *Indice penale*, 2001, págs. 29 a 100.
- SGUBBI, F.: «Tutela penale di interessi diffusi», en *Questione Criminale*, 1975, págs. 439 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal*, Julio César Faira, Montevideo, Buenos Aires, 2006.
- SOTO NAVARRO, S.: «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2005, n. 2, págs. 887 a 918.

- SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- SPENA, A.: «'Chi lascia la strada vecchia per la nuova, ...'. Perché una riforma dei delitti di corruzione non dovrebbe abbandonare il modello mercantile», en CASTALDO, A.; DE FRANCESCO, V.; DEL TUFO, M. ET ALT.: *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, págs. 1083 a 1096.
- SPENA, A.: «Corruzione in atti giudiziari», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G.: *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2015, págs. 191 a 201.
- SPENA, A.: «Induzione indebita a dare o promettere utilità», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA, L.; DE SIMONE, G.: *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2015, págs. 205 a 226.
- SPENA, A.: «Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2017, págs. 643 a 675.
- SPENA, A.: *Il turpe mercato*, Giuffrè, Milano, 2003.
- SPINELLI, G.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1964.
- STORTONI, L.: *L'abuso del potere nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1978.
- SUTHERLAND, E. H.: *El delito de cuello blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999.
- TAGLIARINI, F.: *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel codice penale*, Giuffrè, Milano, 1973.
- TIEDEMAN, K.: *Poder económico y delito. Introducción al Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993.
- TORÍO LÓPEZ, A.: «Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales», en AA.VV.: *Ensayos de Derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, Porrúa, México D.F.: 1985, págs. 423 a 434.
- TORRE, V.: «Corruzione in atti giudiziari», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (DIR.): *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET giuridica, 2015, págs. 236 a 240.
- UBIALI, M. C.: «In tema di corruzione del parlamentare (note a margini del caso Berlusconi-De Gregorio)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, vol. 61, n. 4, págs. 2296 a 2324.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «La natura giuridica del divieto agli enti collettivi di contrattare con il settore pubblico (art. 424.3 c.p. spagnolo)», en *Diritto Penale XXI secolo*, 2018, n. 3, págs. 251 a 275.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Estudios penales y criminológicos*, 1994-1995, n. 18, págs. 259 a 369.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario público: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996.
- VALENTINI, V.: «La controriforma del sistema penale anticorruzione. Uno sguardo critico-costruttivo alla L. n. 69/2015», en CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (DIR.): *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET giuridica, 2015, págs. 347 a 365.

- VANNUCCI, A.: «La corruzione nel sistema politico italiano a 10 anni da manipulite», en FORTI, G. (DIR.): *Il prezzo della tangente*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.
- VASSALLI, G.: «Corruzione propria e corruzione impropria», en *La Giustizia Penale*, 1979, págs. 305 y ss.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2011, págs. 151 a 179.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «El Consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública», en *Estudios penales y criminológicos*, XXII, 2000, págs. 335 a 387.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código penal español», en *Diario la Ley*, n. 8526, 2015 (versión electrónica).
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos contra la Administración Pública: teoría general*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública; Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- VENDITTI, R.: «Corruzione (delitti di)», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962, págs. 753 a 765.
- VIGANÒ, F.: «I delitti di corruzione dell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare», en *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 3-4.
- VIGLIETTA, G.: «La L. 6 novembre 2012, n. 190 e la lotta alla corruzione», en *Cassazione penale*, 2013, 1, págs. 17 a 25.
- VIGONI, D.: «Pateggiamento e delitti contro la P.A. nella L. 27 maggio 2015 n. 69: gli effetti di chiaroscuro della riforma», en www.legislazionepenale.eu, de 11 de enero de 2016.
- VINCIGUERRA, S.: *I delitti contro la pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2008.
- VINCIGUERRA, S.: *La corruzione nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2004.
- VIVES ANTÓN, T. S. y GIMENO SENDRA, J. V.: *La detención: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes: detenciones ilegales*, Bosch, Barcelona, 1977.
- VIVES ANTÓN, T. S.: «Sobre la imparcialidad del juez y la dirección de la investigación oficial de delito», en *Teoría y Derecho*, n. 1, 2007, págs. 98 a 123.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: «Tratamiento penal del transfuguismo político retribuido (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000)», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2004, n. 14, págs. 333 a 357.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.
- ZANOTTI, M.: *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Giuffrè, Milano, 1985.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com