

CORRUPCIÓN Y COHECHO. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DE IURE CONDITO Y DE IURE CONDENDO

GIORGIO D. M. CERINA

Doctorando

Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. LA CORRUPCIÓN: EMERGENCIA ECONÓMICO-SOCIAL.- II. CORRUPCIÓN Y COHECHO: DESDE SIEMPRE UNA TAREA DEL LEGISLADOR PENAL.- III. LA CORRUPCIÓN COMO PROBLEMA MUNDIAL: A.) La Convención de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.- B.) Las Naciones Unidas y la lucha contra la corrupción.- C.) La Unión Europea y las medidas de Derecho penal de lucha contra la corrupción del funcionario público nacional.- D.) La Convención de Derecho penal contra la corrupción del Consejo de Europa.- E.) La penalización de la corrupción privada en los instrumentos jurídicos internacionales.- IV. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995: A.) El delito de cohecho en el Código Penal.- B.) El problema de la sistemática del cohecho.- C.) La sanción de las distintas formas de cohecho en el Código Penal español.- D.) Algunas discusiones doctrinales en torno al delito de cohecho según se tipifica en el Código Penal de 1995.- E.) La interminable discusión acerca del bien jurídico protegido por el delito.- F.) El cohecho y el principio de lesividad.- V. EL COHECHO EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: A.) ¿Soluciona el texto del Proyecto los problemas del cohecho?- B.) El aumento de las sanciones.- VI. LA TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO.

I. LA CORRUPCIÓN: EMERGENCIA ECONÓMICO-SOCIAL

Que la corrupción represente un grave problema para el Estado de Derecho es una afirmación pacífica. La literatura no sólo jurídica ha puesto de manifiesto, desde hace tiempo, las consecuencias que la difusión de prácticas corruptas mantiene sobre el desarrollo económico, sobre el disfrute de los derechos humanos y sobre el funcionamiento de la democracia¹.

¹ DELLA PORTA, Donatella - MÉNY, Yves: "Democrazia e corruzione", en DELLA PORTA, Donatella - MÉNY, Yves (coords.): *Corruzione e democrazia. Sette paesi a confronto*, Luigi, Napoli, 1995, pp. 2 y ss.; HEIDENHEIMER, Arnold. J. - JOHNSTON, Michael - LE VINE, Victor T.: "Términos, conceptos y definiciones: una introducción", *Zona abierta*, n.º 99 (número dedicado a *Corrupción política*) (2002), pp. 27-44. Sobre el concepto, las causas y las consecuencias de la corrupción, *vid.*, en general, la obra colectiva HEIDEN-

Como se afirma comúnmente, la corrupción incide negativamente sobre demanda y oferta agregada de tal manera que produce una disminución del PIB²; distorsiona el normal funcionamiento de la Administración Pública y difunde la sensación de que los gobernantes utilicen su poder no ya para satisfacer los intereses de los gobernados, sino los suyos propios junto con los de aquellos que los corrompen. En resumidas cuentas, se trata de un fenómeno que consigue, de una sola vez, mermar todos los pilares del Estado social y democrático de Derecho: el Estado corrupto, en efecto, deja de ser social, deja de decidir democráticamente y se burla constantemente de su ordenamiento jurídico³.

II. CORRUPCIÓN Y COHECHO: DESDE SIEMPRE UNA TAREA DEL LEGISLADOR PENAL

El estudio científico de las consecuencias de la corrupción se ha desarrollado en épocas relativamente recientes. Sin embargo, no cabe duda de que el Estado siempre ha considerado la corrupción como algo que ha de ser absolutamente erradicado. Para ello ha utilizado los medios más enérgicos de que ha dispuesto en cada momento. En este marco, tenemos noticias de normas anticorrupción vigentes en la antigua Roma desde el año 149 anterior a nuestra era⁴. Ya en la actualidad, la práctica totalidad de los Estados miembros de Naciones Unidas consideran que la lucha contra la corrupción es una tarea que tiene que ser desempeñada con particular contundencia, utilizando incluso la *extrema ratio* del Estado de Derecho: el Derecho penal.

HEIMER, Arnold J. – JOHNSTON, Michael (dirs.): *Political Corruption. Concepts & Contexts*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2005.

- 2 MURIEL PATINO, María Victoria: "Economía, corrupción y desarrollo", en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, pp. 19 y ss.; y MURIEL PATINO, María Victoria: "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás – FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 27 y ss.
- 3 Para una perspectiva general, *vid.* FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 20 y ss.
- 4 Entre muchos, baste aquí la referencia a VENTURINI, Carlo: "La corruzione: complessità dell'esperienza romanistica", *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali. Atti del Convegno, Trento*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 9.

En este sentido, más de 140 países ya han ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (*Convención de Mérida*)⁵.

Si existe cierto acuerdo entre los estudiosos sobre las causas, los efectos y hasta los remedios que deben utilizarse en contra de la corrupción, no puede decirse lo mismo respecto de la definición del fenómeno. La disputa acerca de qué ha de entenderse exactamente por corrupción está lejos de encontrar una solución. Remitiéndonos a la muy amplia literatura que se ha ocupado del problema definitorio⁶, limitémonos aquí a observar que, por lo que respecta al Derecho penal, la corrupción siempre ha sido vinculada a comportamientos ilícitos mantenidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. En este marco, ha mantenido y mantiene una particular relevancia la tipificación legal del delito de cohecho⁷.

Ya decíamos que, desde la antigua Roma y sin solución de continuidad, la existencia del delito de cohecho ha sido una constante. En España, y limitándonos aquí a los dos últimos siglos, podemos observar que ya el Código Penal de 1822 contenía su expresa tipificación, y que este delito ha estado presente en todos y cada uno de los cuerpos legales que, desde entonces hasta hoy, han estado vigentes en este país⁸.

III. LA CORRUPCIÓN COMO PROBLEMA MUNDIAL

De lo visto hasta ahora se desprende claramente que la lucha contra la corrupción —o, si se prefiere, contra el cohecho— siempre ha sido valorada como un reto particularmente relevante por el legislador español. Cosa parecida ha acontecido en los países de nuestro entorno cercano.

⁵ La lista actualizada del estado de las ratificaciones y de las firmas al Convenio puede verse en la web <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>.

⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto: "Acerca del concepto de corrupción", *Claves de Razón Práctica*, n.º 56 (1995), pp. 26-39; NIETO GARCÍA, Alejandro: *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 76.

⁷ Sobre este punto, la bibliografía es muy amplia. Baste aquí la remisión a SPENA, Alessandro: *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 4 y ss.

⁸ Para una recopilación exhaustiva, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

Con todo, las últimas décadas del siglo pasado han introducido un elemento nuevo: un notable aumento y simplificación en el traslado de personas, bienes y servicios de un país a otro o, si se prefiere, "la inexorable integración de los mercados, de los Estados-nación y de las tecnologías a un nivel nunca antes presenciado, de forma que permite a las personas, a las empresas y a los Estados-nación llegar al mundo más lejos, de forma más rápida, más profunda y más barata que nunca y de manera que permite al mundo llegar más lejos, más rápido, más profunda y más barato que nunca a las personas, a las empresas y a los Estados"⁹. Nos referimos normalmente a ello con la palabra "globalización".

Ahora bien, las facilidades que ello supone han repercutido también sobre las actividades criminales, con particular incidencia en aquellas relacionadas con el mundo de la economía. Ello significa que no sólo las grandes organizaciones delictivas han encontrado facilidades a la hora de incrementar a escala internacional sus "negocios", sino que incluso actos delictivos aislados se cometen, con frecuencia creciente, en dos o más países. En materia de cohecho, aumentan los casos de particulares que, bien por cuenta propia o bien actuando en beneficio de los intereses de su empresa, sobornan a funcionarios públicos de otros países para aumentar el volumen de sus negocios transnacionales.

El Derecho penal del Estado de Derecho, por su parte, se encuentra vinculado al tradicional principio de territorialidad¹⁰, a veces matizado por el principio real o de protección¹¹: no interesa nada de lo acontezca fuera de su territorio nacional, a menos que perjudique a los intereses del propio Estado. Para hacer frente al nuevo panorama, por lo tanto, se ha emprendido un camino que discurre a lo largo de dos vertientes fundamentales¹²:

- a) Por una parte, derogando cada vez con más frecuencia el principio de territorialidad; previendo normas que sancionan delitos que se desarro-

⁹ FRIEDMAN, Thomas: *The Lexus and the Olive Tree*, 1999, cit. por FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *La corrupción de agente público...*, op. cit., p. 29.

¹⁰ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al.: *Curso de Derecho Penal*, Experiencia, Barcelona, 2004, p. 90.

¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al.: *Curso de Derecho Penal*, op. cit., p. 91.

¹² Sobre este argumento, vid. BASSIOUNI, M. Cherif: *Derecho Penal Internacional. Proyecto de código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984, *passim*.

llan en parte o completamente en el extranjero y que afectan a bienes jurídicos no ya estrictamente domésticos.

- b) Por otra, alentando a la Comunidad internacional para que promueva la adopción de estándares comunes que permitan que las relaciones entre Estados se desarrollen según reglas compartidas. Evidentemente, ello precisa de un compromiso orientado a la sanción de ciertas conductas.

En el terreno de la lucha contra la corrupción, y al hilo de la primera de las dos vertientes citadas se adoptó en Estados Unidos, en 1977, una norma que sancionó penalmente el soborno del funcionario público extranjero. La *Foreign Corrupt Practices Act* fue promulgada después de que se destapara un escándalo de corrupción tras el descubrimiento de que una empresa norteamericana fabricante de aviones garantizaba los pedidos de Gobiernos de Estados extranjeros mediante el soborno de sus funcionarios¹³.

Ahora bien, una vez prohibida la utilización del soborno como herramienta comercial para las empresas norteamericanas, es evidente que las mismas se encontraban en clara desventaja respecto de las de otros países que seguían considerando lícita dicha práctica, previendo, en la mayoría de los casos, incluso incentivos fiscales para aquellas empresas que consiguieran aumentar el volumen de sus negocios —y, por ende, el PIB nacional— utilizando el soborno transnacional. De ahí que Estados Unidos empezara a presionar a la Comunidad Internacional para que adoptara medidas que obligaran al mayor número posible de países con objeto de que incluyeran en sus ordenamientos normas homólogas a las contenidas en la *Foreign Corrupt Practices Act*.

A.) EL CONVENIO DE LA OCDE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

La presión de los Estados Unidos sobre la Comunidad Internacional dio sus resultados veinte años más tarde, cuando la OCDE abrió a la firma el *Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes públicos extranjeros en las tran-*

¹³ Vid. HEIDENHEIMER, Arnold, J. – MOROFF, Holger: "Controlling Business..." *op. cit.*, pp. 943-960. Para las cuestiones inherentes el soborno de funcionario público transnacional, se remite, en general, a FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *La corrupción de agente público...*, *op. cit.*, *passim*.

*sacciones comerciales internacionales*¹⁴, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. El artículo 1 del Tratado dispone que:

- “1. Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.
2. Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esta Parte.
3. Los delitos expresados en los anteriores apartados 1 y 2 serán denominados en lo sucesivo ‘corrupción de un agente público extranjero’.
4. A los efectos del presente Convenio:
 - a) Por ‘agente público extranjero’ se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública;
 - b) Por ‘país extranjero’ se entienden todos los niveles y subdivisiones del gobierno, desde el nacional al local.
 - c) La expresión ‘actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales’ comprende cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente”.

B.) LAS NACIONES UNIDAS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. *La penalización del cohecho en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*

En la actualidad, existen varios instrumentos jurídicos internacionales que abordan de algún modo la tipificación del cohecho. Con todo, la historia y las razones de su adopción son, en parte, distintas.

En lo que concierne a las Naciones Unidas, desde mediados de los años noventa del siglo pasado comenzaron las negociaciones para la redacción de

¹⁴ BOE n.º 46, de 22 de febrero de 2002.

un Convenio que se ocupara del crimen organizado. En este marco, se discutió qué debía entenderse por "organización criminal". Simplificando un poco, podemos decir que se enfrentaron dos ideas distintas: la primera apoyaba la opción de una definición que se centrara en las características *estáticas* de la organización (*qué es* una organización criminal); la segunda, por el contrario, consideraba preferible definir la asociación criminal a partir de su dimensión dinámica (*qué hace* una organización criminal). El resultado fue de compromiso: se definieron los rasgos característicos de una organización criminal y se le dijo a los Estados miembros que tipificaran como delito la organización criminal que tuviera como finalidad la comisión de determinados delitos graves, incluyéndose en el listado, naturalmente, la corrupción¹⁵. Como es obvio, para ello fue necesario que todos los miembros consideraran penalmente ilícitos una serie de comportamientos que, realizados por una organización criminal, debían de ser sancionados de una forma proporcionada a su gravedad. Por todo ello, la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* del año 2000 —abierta a la firma en la ciudad italiana de Palermo—¹⁶ contiene preceptos cuya finalidad consiste en que los Estados tipifiquen todo un abanico de delitos graves entre los que se incluyó la corrupción y, por ende, el cohecho. Este es el texto del artículo 8 del Convenio:

"1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. [...].

¹⁵ Vid. VLASSIS, Dimitri: "The United Nations Convention against Transnational Organised Crime and its Protocols: A New Era in International Cooperation", en AA.VV.: *The Changing Face of International Criminal Law. Selected Papers*, Canadian Department of Justice, 2002, pp. 78-79.

¹⁶ España ha depositado su instrumento de ratificación el día 1 de marzo de 2002 (*BOE* n.º 233, de 29 de septiembre de 2003).

3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.

4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por funcionario público se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función¹⁷.

2. *La penalización del cohecho en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*

Siempre en el marco de las Naciones Unidas, el hecho de que se hubiera abordado la cuestión a lo largo de las negociaciones previas a la *Convención de Palermo* de 2000 sembró entre las Delegaciones nacionales en interés por la lucha específica contra la corrupción. Desde el primer momento, se apreció que el tema requería más atención de la que se le podía dedicar en el marco de una iniciativa sobre crimen organizado, motivo por el cual se decidió que, inmediatamente después de la propia *Convención de Palermo*, se comenzara a debatir el contenido de un futuro Tratado sobre corrupción¹⁸. El Tratado —la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, más conocida como *Convención de Mérida*— estuvo listo en 2003, se abrió a la firma en la citada ciudad mexicana, siendo ratificado por España el 19 de junio de 2006¹⁹. Su artículo 15 se ocupa específicamente del delito de cohecho y establece lo siguiente:

“Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o

¹⁷ Para algunas anotaciones sobre la norma en cuestión, *vid.* NACIONES UNIDAS (ed.): *Guías Legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena, 2004 (disponible en http://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/Spanish%20Legislative%20guides_Full%20version.pdf).

¹⁸ *Vid.* la Resolución de la Asamblea General 55/61 de 2000 de 4 de diciembre (Documento A/RES/55/61, disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan010990.pdf>).

¹⁹ *BOE* n.º 171, de 19 de Julio de 2006.

en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales"²⁰.

C.) LA UNIÓN EUROPEA Y LAS MEDIDAS DE DERECHO PENAL
DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO NACIONAL

Por lo que respecta a la Unión Europea, los motivos de la adopción de herramientas jurídicas de lucha contra la corrupción son distintos. Como hemos dicho, la globalización —que, en Europa, hemos llamado “mercado único”— cuenta entre sus efectos con una transnacionalización del crimen: hoy en día, los sobornos ya no se limitan a la Administración nacional, sino que también afectan a la de otros Estados y, en su caso, a la de las Organizaciones Internacionales. Y, si es cierto que la corrupción produce efectos negativos allá donde opera el funcionario que es corrompido, es evidente que, en el caso de que el sobornado sea un funcionario de la Unión Europea, es la misma Unión la que sufre el perjuicio. Fue así que el día 26 de julio de 1995 se abrió a la firma de los Estados miembros el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*²¹, en cuyo marco no se hablaba de corrupción, sino de fraude. Por medio del Acto de 27 de septiembre de 1996, *por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*²², el Consejo europeo consideró que “procede, en una segunda etapa, completar dicho Convenio con un Protocolo referido en especial a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios, ya sean comunitarios o nacionales, y que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas”. Así, el 27 de septiembre de 1996 se abrió a la firma el *Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la pro-*

²⁰ Vid. NACIONES UNIDAS (ed.): *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Viena, 2006 (disponible en http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/cosp/Ebook/V0653443s.pdf).

²¹ DOCE n.º C 316, de 27 de noviembre de 1995. El Convenio entró en vigor el 17 de abril de 2003.

²² DOCE n.º C 313 de 23 de octubre de 1996. BOE n.º 180, de 29 de julio de 2003.

*tección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*²³, que entró en vigor el 17 de octubre de 2002. La obligación para los Estados miembros de tipificar el delito de cohecho se incluía en sus artículos 2 y 3. La primera de las dos normas mencionadas establece que, a efectos del Protocolo, constituye cohecho pasivo “el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o no cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función, que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas”. El artículo 3, con respecto a la corrupción activa, establece que “a efectos del presente Protocolo constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas”. Es idéntico el segundo párrafo de los dos preceptos, según el cual “cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales”.

Con objeto de contar con un instrumento cuyo alcance no fuera limitado por la referencia a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, el Consejo adoptó el 26 de mayo de 1997 el Acto por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el *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*. Los artículos 2 y 3 del Convenio tienen como objeto delinear las conductas que han de ser perseguidas penalmente por los Estados miembros a título, respectivamente, de corrupción pasiva y activa, a saber:

“Artículo 2 (*corrupción pasiva*).— 1. A efectos del presente Convenio constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o

²³ DOCE n.º C 313 de 23 de octubre de 1996.

abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales”.

“Artículo 3 (*corrupción activa*).— 1. A efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales”.

D.) LA CONVENCION DE DERECHO PENAL CONTRA LA CORRUPCION DEL CONSEJO DE EUROPA

Finalmente, también el Consejo de Europa quiso dotarse de una herramienta jurídica internacional de Derecho penal de lucha contra la corrupción. La Convención —que, a diferencia de las anteriormente citadas, no ha sido todavía ratificada por España— se abrió a la firma en la ciudad de Estrasburgo el 27 de enero de 1999²⁴. Sus artículos 2 y 3 se ocupan del delito de cohecho del funcionario público nacional, y lo hacen del siguiente modo:

“Artículo 2 (*cohecho activo del funcionario público nacional*).— Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su legislación nacional, cuando cometido intencionadamente, la promesa, ofrecimiento o entrega realizada por cualquier persona, directa o indirectamente, de cualquier beneficio a cualquiera de sus funcionarios públicos, realizada por él mismo o por medio de otra persona, para que él o ella actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones”.

“Artículo 3 (*cohecho pasivo del funcionario público nacional*).— Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su legislación nacional, cuando cometido intencionadamente, el requerimiento o la recepción realizada por cualquiera de sus funcionarios públicos, directa o indirectamente, de un beneficio indebido, para él o ella o para otra persona, o la aceptación de un ofrecimiento o promesa de dicho beneficio, para actuar o dejar de actuar en el ejercicio de sus funciones”.

²⁴ El texto oficial del Tratado, la tabla actualizada con firmas y ratificaciones y el informe explicativo están disponibles en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=173&CM=8&DF=25/02/2010&CL=ENG>.

E.) LA PENALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA
EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

La participación de grandes grupos de Estados con tradiciones jurídicas diferentes en foros internacionales implica inevitablemente una ampliación del espectro de conductas consideradas. Cada país, y no podría ser de otra forma, trata de que los instrumentos jurídicos internacionales reflejen lo más posible su legislación interna. Ello, por toda una serie de razones que quedan, por lo general, bajo silencio pero que son bien imaginables.

En este marco, debe notarse que Estados de nuestro entorno cercano —en particular, Inglaterra, Alemania, Francia y Holanda— entienden que el cohecho no necesariamente es fenómeno que supone un soborno para un funcionario público: también debe considerarse como corrupción, en determinadas circunstancias que varían de país en país, el soborno que tenga como destinatario a una empresa privada que opera en el mercado. Sobre el punto volveremos más adelante²⁵. De momento, baste retener que algunos de los instrumentos jurídicos internacionales ya mencionados, junto con otros a los que en seguida nos referiremos, incluyen la obligación (vinculante o no vinculante, según el instrumento) de tipificar como delito a la corrupción entre particulares o corrupción privada. Así, el artículo 21 de la *Convención de Mérida* establece que:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

²⁵ Aparte de las breves anotaciones que aquí haremos respecto de este asunto, conviene remitir el lector a la doctrina especializada. Vid. CERINA, Giorgio. D. – BRAVO VESGA, Astrid C.: “La corrupción en el sector privado: apuntes de derecho comparado y supranacional”, en ROMERO GUZMÁN, J. J. (coord. y ed.) – RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolas – OLIVARES, José M. (eds. asoc.): *Buen Gobierno y Corrupción. Algunas Perspectivas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2008, pp. 379-447; CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la – BLANCO CORDERO, Isidoro: “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 257-290; GILLI PASCUAL, Andoni: “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del artículo 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2007); NIETO MARTÍN, Adán: “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado)”, *Revista Penal* (2002), pp. 55-69.

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar"²⁶.

El *Convenio de Derecho penal contra la corrupción* del Consejo de Europa también incluye medidas encaminadas a la sanción de la corrupción privada²⁷. Así, dispone su artículo 7 —bajo el título "active bribery in the private sector"—, que "cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su legislación interna, cuando cometido intencionadamente en el curso de una actividad comercial, la promesa, el ofrecimiento o la dádiva, directa o indirecta, de cualquier utilidad indebida para cualquier persona que dirija o trabaje en cualquier entidad del sector privado o para cualquier otra persona, para que ésta actúe u omita una actuación en contra de sus deberes". A continuación, el artículo 8 regula la introducción de la corrupción pasiva en el sector privado ("passive bribery in the private sector"), estableciendo la obligación de todo Estado parte para que "adopte las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su legislación nacional, cuando cometida intencionadamente, en el curso de actividades comerciales, la solicitud o la recepción directa o indirecta, por parte de una persona que dirige o trabaja en cualquier tipo de posición para una entidad del sector privado, de una ventaja indebida o la aceptación de su promesa u ofrecimiento, para sí misma o para otro, para actuar u omitir actuar en violación de sus deberes".

En el marco de la Unión Europea, los artículos 2 y 3 de la Acción común de 22 de diciembre de 1998 *sobre la corrupción en el sector privado*²⁸ incluyen

²⁶ Sobre estas normas, CERINA, Giorgio D. – BRAVO VESGA, Astrid C.: "La corrupción...", *op. cit.*, pp. 301 y ss.

²⁷ CERINA, Giorgio D. – BRAVO VESGA, Astrid C.: "La corrupción..." *op. cit.*, pp. 288 y ss.; CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la – BLANCO CORDERO, Isidoro: "La criminalización..." *op. cit.*, pp. 259 y ss.

²⁸ *DOUE* n.º L 358, de 31 de diciembre de 1998.

las definiciones de corrupción privada pasiva y activa, respectivamente²⁹. En particular, el artículo 2 establece que “a efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”. Más adelante, el artículo 3 dispone que “a efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”. El artículo 4 del texto legal *de quo*, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para asegurar que las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado, así como la complicidad en dichas conductas o la instigación a las mismas, sean objeto de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. Aparte de ello, el artículo 5 obliga los Estados miembros a introducir sanciones de naturaleza penal o administrativa para las personas jurídicas responsables de corrupción activa en el sector privado. El artículo 8 del texto legal, finalmente, establece que los Estados miembros tendrán un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Acción Común para presentar propuestas adecuadas con objeto de que las autoridades competentes las estudien con vistas a su adopción.

A pesar de la obligación contenida en el artículo 8 de la Acción común, a fecha 2 de agosto de 2002 aún cinco países miembros no habían tipificado delito alguno de corrupción en el sector privado ni habían discutido ninguna propuesta en relación con este asunto. Además, otros muchos habían tipificado el delito sin cumplir con los requisitos contemplados por el texto legal europeo. Ante la ineficacia del instrumento jurídico comunitario, y en el marco de la evolución de los instrumentos jurídicos previstos por el Tratado de la Unión Europea en el ámbito del tercer pilar, el Consejo Europeo

²⁹ CERINA, Giorgio D. - BRAVO VESGA, Astrid C.: “La corrupción...” *op. cit.*, pp. 295 y ss.; CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la - BLANCO CORDERO, Isidoro: “La criminalización...” *op. cit.*, pp. 263 y ss.

quiso adoptar, cinco años después de la Acción común —y por iniciativa del Reino de Dinamarca—, una Decisión marco con el objetivo de “asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros”³⁰. El artículo 4 de la Decisión marco del Consejo Europeo de 22 de Julio de 2003 *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*³¹ obliga los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado sean castigados con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluyan una pena privativa de libertad de duración máxima de, al menos, uno a tres años. La Decisión marco también exige que a toda persona física condenada por corrupción en el sector privado —al menos, en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate— se le prohíba temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa y pasiva. Finalmente, los artículos 5 y 6 exigen la adopción de sanciones para personas jurídicas responsables de corrupción en el sector privado, tanto en su vertiente activa, como pasiva, esta última no contemplada por la Decisión marco. El artículo 2 aclara que los actos de corrupción activa y pasiva a sancionarse penalmente por los Estados miembros son:

a) Prometer, ofrecer o entregar intencionadamente, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

b) Pedir recibir intencionadamente, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en el marco de actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos”.

³⁰ Así, el décimo *considerando* de la Decisión marco.

³¹ *DOUE* n.º L 192, de 31 de julio de 2003.

IV. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

A.) EL DELITO DE COHECHO EN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal actualmente vigente en España disciplina el delito de cohecho de la siguiente manera:

“Artículo 419.— La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

Artículo 420.— La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

Artículo 421.— Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Artículo 422.— Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Artículo 423.— 1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.

Artículo 424.— Cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses.

Artículo 425.— 1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo

del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

Artículo 426.— La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses.

Artículo 427.— Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.

La disciplina vigente —que, no obstante algunos retoques, se coloca en una sustancial continuidad respecto de la prevista por los códigos penales españoles anteriores— ha sido objeto de pocos pero profundos estudios doctrinales que han puesto de manifiesto ciertos problemas.

B.) EL PROBLEMA DE LA SISTEMÁTICA DEL COHECHO

Antes de examinar algunos de los puntos de mayor discusión, debe destacarse la complejidad del delito de cohecho tipificado por el legislador español de 1995, técnica que, por lo demás, no se aparta demasiado —salvo en lo referente a algunas particularidades— ni de las legislaciones de nuestro entorno ni de la descripción que de la figura proponen las herramientas internacionales ya mencionadas. Con objeto de definir la acción punible, parte de la doctrina —no sólo la española— ha querido hacer referencia a la figura civil de la compraventa³². Dejando a un lado ahora el debate acerca de la real correspondencia entre los elementos esenciales de la compraventa y la figura delictiva que ahora estudiamos, la explicación del delito en estos términos mantiene, sin duda, ventaja de carácter didáctico.

³² Para un completo y profundo análisis de la problemática de la corrupción entendida como compraventa, entre otros muchos, *vid.* SPENA, Alessandro: *Il "turpe mercato"...*, *op.cit.*, *passim*. El autor, aparte de analizar ventajas y desventajas del modelo de la compraventa, presenta y analiza otros posibles modelos que pretenden explicar la relación corrupto-corrupción.

De acuerdo con dicho modelo —también llamado “modelo mercantil de la corrupción”³³—, si la compraventa es un contrato bilateral en cuyo marco un sujeto vende algo que otro sujeto compra, el cohecho será una compraventa con dos características fundamentales: la primera, que el vendedor es un funcionario público; la segunda, que el objeto que se compra es un acto propio de su función.

Aceptada esta reconstrucción del injusto típico, resulta sencillo diferenciar distintos tipos de cohecho según la naturaleza del acto vendido y según la relación cronológica existente entre la compraventa y el momento en el cual el acto se realiza. Así, de acuerdo con la práctica unanimitad de la doctrina, podremos hablar, en primer término, de *cohecho propio* —si el acto objeto del acuerdo es injusto— y de *cohecho impropio* —cuando, por el contrario, el acto objeto del acuerdo sea justo—; en segundo término, de *cohecho antecedente* —si el soborno se refiere a un acto futuro, que todavía no se ha realizado en el momento en el que se perfecciona el acuerdo— y de *cohecho subsiguiente* —cuando se retribuye un acto ya realizado, esto es, cuando se recibe o se da una recompensa por algo ya hecho—.

Otra diferencia terminológica comúnmente aceptada entre la doctrina e incluso en los instrumentos internacionales mencionados es la que existe entre *cohecho activo* y *cohecho pasivo*. Con el primer término suele hacerse referencia al acto de comprar una actuación pública —por parte del particular—, mientras que el uso de la segunda expresión se vincula a la acción de venderla —a cargo del servidor público—. La combinación de estas dos categorías con las indicadas en el párrafo anterior nos ofrece la posibilidad de distinguir hasta ocho variedades de cohecho, cuyo tratamiento será abordado en las líneas que siguen a continuación.

C.) LA SANCIÓN DE LAS DISTINTAS FORMAS DE COHECHO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

De todas las variantes de cohecho contempladas en el apartado anterior, cabría preguntarse cuáles se encuentran tipificadas como delito en el Código penal vigente. Sobre esta cuestión, ni la doctrina ni la jurisprudencia comparten criterios unánimes para todos los casos.

Así, se acepta comúnmente que los artículos 419, 420 y 421 sancionan casos de cohecho pasivo propio antecedente. En efecto, en todas estas normas

³³ *Ibidem*.

—y siempre que seamos fieles al esquema mercantil de la corrupción— se castiga la venta de un acto injusto futuro.

Dicho ello, el primero de los tres preceptos mencionados prevé el caso de que el acto no sólo sea injusto, sino que, en sí mismo, sea constitutivo de delito. El sucesivo artículo 420 sanciona a quien vende un acto futuro injusto, pero no constitutivo de delito. La última de las normas consideradas, finalmente, se ocupa del caso en el que el acto vendido sea injusto, futuro y no constitutivo de delito —si lo fuera, se aplicaría el artículo 419—, pero que no implique una acción, sino una omisión del funcionario público.

Para permanecer en el ámbito del cohecho pasivo, el artículo 425 sanciona, en su primera hipótesis, al cohecho impropio antecedente (“para realizar un acto propio de su cargo”). En cambio, el segundo supuesto de hecho considerado por la norma (en el que el soborno es “recompensa del acto ya realizado”) es el de cohecho subsiguiente, tanto propio, como impropio³⁴, y ello porque, como afirma el famoso brocardo, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: si la expresión “como recompensa del ya realizado” no diferencia según que el acto sea justo e injusto, la interpretación correcta será probablemente la de considerar ambos casos subsumibles en el precepto que ahora se estudia. Prueba de ello sería, además, la agravación de la sanción resultante del párrafo segundo de la norma, que prevé un aumento de pena toda vez que el acto por el cual se recibe la recompensa sea constitutivo de delito.

También es problemático el caso del artículo 426. En el primer supuesto contemplado por la norma, se sanciona la conducta del funcionario público que “admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función”. Algunos consideran que en este supuesto falta uno de los elementos esenciales de la compraventa: su objeto, es decir, el acto³⁵. En suma, el precepto considera ilícita la mera recepción, en consideración de la función, de un beneficio, sin requerir que a cambio de la misma se dé algo. Como aconseja parte de la doctrina³⁶, tal vez fuera preferible en estos casos no

³⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionario*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 281 y ss.

³⁵ Sobre este punto, *vid.* RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, p. 273.

³⁶ Según RODRÍGUEZ PUERTA (*El delito de cohecho...*, *op. cit.*, p. 273), ninguna de las hipótesis tipificada por el artículo 426 puede decirse que integre un cohecho.

hablar de compraventa. También constituye objeto de discusión el segundo supuesto previsto en el artículo 426, con apoyo en el cual se establece una sanción para el funcionario público que “admite dádiva o regalo para la consecución de un acto no prohibido legalmente”. Evidentemente, se trata, de corrupción pasiva impropia antecedente. Esta hipótesis de cohecho, sin embargo, como hemos visto hace poco, se encuentra penada también por el artículo 425 que prevé para su autor una pena “de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años”. Para la que parece ser la misma conducta³⁷, el artículo 426 prevé una pena de “multa de tres a seis meses”. La doctrina se ha esforzado por trazar una línea de demarcación entre estas dos hipótesis y, en tal sentido, algunos sostienen que, mientras que en un caso se sanciona la compraventa de un acto discrecional, en el otro se reprime la de un acto reglado³⁸: en el primer caso —acto discrecional—, el servidor público, en el ejercicio de sus funciones, podría decidir legítimamente entre realizar el acto “A” o el acto “B”, siendo justos tanto “A” como “B”; en cambio, en la segunda hipótesis —acto reglado—, “A” o “B” son injustos, de manera que el funcionario no tendría ningún margen a la hora de optar por uno o por otro. En el caso que interesa, el sujeto público recibe un beneficio para realizar un acto justo: si, a raíz del soborno, pudiendo realizar el acto “B” —justo—, decide realizar “A” —justo—, privilegiando así el corruptor, su acción resultaría merecedora de un mayor reproche respecto del caso en el que se le conceda una ventaja para hacer lo que, de todas maneras, habría tenido hacer.

El cohecho activo también es conflictivo. En efecto, el artículo 423, en lugar de tipificar autónomamente las hipótesis de compra de un acto, se limita a extender la sanción prevista para el corrupto al particular que “corrompe” o “intenta corromper”. Vigente el Código Penal de 1944, la doctrina venía sosteniendo que parecía exagerado sancionar al particular que corrompe igual que al funcionario corrupto en las hipótesis menos graves de cohecho como lo son las vertientes impropias y subsiguientes. Respecto de su precedente, el legislador de 1995 no adoptó una postura clara al respecto, limitándose a

³⁷ Vid. MORALES PRATS, Fermín – RODRÍGUEZ PUERTA, María José: “Delitos contra la Administración Pública”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) – MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 1695 y ss.

³⁸ En este sentido, *vid.* MORALES PRATS, Fermín – RODRÍGUEZ PUERTA, María José: “Delitos contra la Administración Pública”, *op. cit.*, p. 1696.

desplazar la norma sobre cohecho activo a un precepto que sigue a los que sancionan al cohecho propio antecedente pasivo y precede a los demás casos. Para algunos autores, este argumento de orden sistemático bastaría para entender que, conforme se venía pidiendo, el Código Penal español sólo tipifica como delito el cohecho activo antecedente propio, siendo penalmente irrelevantes las demás hipótesis: cohecho activo impropio antecedente, activo impropio subsiguiente, activo propio subsiguiente³⁹. La jurisprudencia, por su parte, ha avalado una interpretación más literal y ha considerado punibles todas las vertientes del cohecho activo —propia e impropia, antecedente y subsiguiente—, incluyendo también el supuesto resultante de la combinación entre el artículo 423 y el 426⁴⁰.

D.) ALGUNAS DISCUSIONES DOCTRINALES EN TORNO AL DELITO DE COHECHO SEGÚN SE TIPIFICA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Otro grupo de problemas en torno a los cuales pivota la discusión doctrinal sobre este delito es, sin lugar a dudas, el inherente a la relación entre cohecho propio antecedente y el delito objeto del acuerdo, la naturaleza del precio del acto y la configurabilidad de una tentativa de cohecho.

1. *El artículo 419 y el concurso de delitos*

Sin poder aquí entrar en detalle respecto de ninguno de estos tres asuntos, cabe subrayar que, de forma muy original y sin que se conozcan normas parecidas en Derecho comprado, el artículo 419 del Código Penal español de 1995 prevé, para el caso de cohecho propio antecedente, un aumento de la sanción para el corrupto —y, en combinación con el artículo 423, para el corruptor— cuando el acto objeto del acuerdo no sólo sea ilícito, sino también constitutivo de delito. Todo ello, “sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”. La doctrina discute alrededor de la pena aplicable. Parte de la doctrina considera que deben aplicarse las reglas del concurso real de normas —sumándose con ello la pena prevista por el cohecho a la establecida para el delito de que se tra-

³⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, op. cit., pp. 287 y ss.

⁴⁰ *Vid.*, entre otras, las SSTS 6660/1997, de 7 de noviembre (Ponente Soto Nieto); 4005/2002, de 3 de marzo (Ponente Granados Pérez); 791/1998, de 13 de noviembre (Ponente Marañón Chavarri); 545/1998, de 13 de enero (Ponente Marañón Chavarri).

te⁴¹—, pero otros autores apuntan en el sentido opuesto, considerando preferible hablar de concurso ideal⁴² o medial⁴³ de delitos.

En todo caso, y con independencia de cuál sea la solución correcta, la norma plantea problemas difíciles de superar en algunos casos. Piénsese en el funcionario que comete delito de prevaricación tipificado por el artículo 404 del Código Penal, esto es, que, “a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”. El máximo de la pena prevista para dicho delito es la inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Imaginemos ahora que el funcionario haya prevaricado “mediante precio o recompensa”: a la sanción prevista por el artículo 404, se le podrá sumar la agravación genérica prevista en el artículo 22.3 del Código Penal. Aun así, la sanción aplicable será siempre muy inferior respecto de la que derivaría si se estimara que ha habido compraventa de una resolución administrativa arbitraria, aplicándose así el artículo 419, que prevé una pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito de prevaricación. Ahora bien, puesto que la compraventa, en este supuesto de cohecho, no es sino un acuerdo remuneratorio⁴⁴, de lo dicho se desprende que el Código Penal vigente sanciona de forma más grave el acuerdo para cometer un delito —cohecho para prevaricar— que el delito mismo. Según algunos autores, ello es muy cuestionable desde la perspectiva del principio de proporcionalidad⁴⁵.

-
- ⁴¹ Así, CÓRDOBA RODA, Juan: “El cohecho de funcionarios públicos”, *op. cit.*, p. 180. Parece apuntar hacia esta misma interpretación VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1995, p. 250.
- ⁴² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentarios al Código Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 565.
- ⁴³ En este último sentido, RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, p. 235.
- ⁴⁴ Es evidente que la compraventa ha de entenderse aquí como negocio jurídico consensual, que se perfecciona mediante el consenso de las partes. Así se explicaría que no sea preciso que se produzca la *traditio* de la dádiva para la consumación del cohecho, siendo suficiente con la promesa, ofrecimiento o solicitud aceptados por la contraparte.
- ⁴⁵ Por todos, *vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, pp. 273 y ss.; MATA BARRANCO, Norberto de la: *La respuesta a la corrupción pública: tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004, p. 79.

2. *La naturaleza necesariamente económica de la dádiva*

Respecto del segundo punto, desde hace mucho tiempo —y no sólo en España— se discute acerca de la naturaleza del objeto material de la conducta, es decir, de la dádiva, presente u ofrecimiento. Parte de los autores opinan que es absolutamente indiferente que se trate de dinero, cosa material o evaluable económicamente o bien, por ejemplo, que se compre un acto de la función pública dando, a cambio, una prestación sexual⁴⁶. Como señalan algunos, esta postura se enfrenta al problema de no poder aplicar la pena prevista por la ley, dado que, en casi todos los casos, el cohecho lleva aparejada una multa “del tanto al triplo” o “del tanto al duplo” del valor de la dádiva, lo que excluiría aquellas dádivas cuyo valor no está sujeto a medida económica⁴⁷. Según una tesis intermedia, deberían considerarse típicas aquellas dádivas consistentes en una prestación sexual tan sólo si el corruptor fuera persona que acostumbrara a cobrar a cambio de las mismas⁴⁸. De esta manera, se otorgaría relevancia penal a ciertas prestaciones sexuales, no resultando perjudicada la posibilidad de aplicar la pena de multa así como configurada por el legislador. Que se respete así el principio de proporcionalidad, sin embargo, es muy discutible.

3. *El problema de la punibilidad de la tentativa de cohecho*

Otro problema que viene planteando la doctrina es la punición, *de iure condito*, de la tentativa de cohecho. En efecto, como se ha visto, no sólo se sanciona como cohecho pasivo la conducta —efectivamente pasiva— del funcionario público que “recibe”, “admite” o “acepta”, sino también su mera “solicitud”. Por el lado de la corrupción activa, el artículo 423 considera no

⁴⁶ CÓRDOBA RODA, Juan: “El cohecho de funcionarios públicos”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Victoria*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 177; FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código penal (tomo IV)*, Estades Artes Gráficas, Madrid, 1956, p. 161.

⁴⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción...*, *op. cit.*, pp. 144 y ss. (si bien con argumentos, en parte, originales); BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, *Documentación Jurídica*, n.º 37-40 (1983), pp. 386 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal. Parte especial*, Gráficas Carasa, Madrid, 1975, p. 1020; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 719.

⁴⁸ MUSCO, Enzo: *I delitti di corruzione nel codice penale italiano*, en FERRÉ OLIVE, Juan Carlos *et al.* (eds.): *Fraude y corrupción en la Administración Pública*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 33.

sólo el caso de quien “corrompe” a un funcionario público, sino también el de quien “intenta corromper”. Así las cosas, la primera cuestión que se plantean los autores en este terreno es si esa “solicitud” —del servidor público— o ese “intento” —del particular— constituyen formas intentadas del delito que el legislador ha querido sancionar igual que las hipótesis de delito consumado o si, por el contrario, se trata de dos conductas autónomas de delito consumado⁴⁹.

Para los partidarios de la tesis de la *monosubjetividad* o *unipersonalidad*⁵⁰ del cohecho, la primera opción podría resultar plausible: puesto que corrupción activa y corrupción pasiva son delitos autónomos, la solicitud del funcionario que no es aceptada por el particular constituiría un intento de corrupción pasiva, mientras que “intentar corromper” no es sino realizar una tentativa de “corromper”⁵¹.

Por el contrario, los seguidores de la tesis de la *plurisubjetividad*⁵² del cohecho) defienden generalmente que, si el cohecho es un pacto entre dos sujetos, para que pueda hablarse de tentativa de cohecho, será necesario que ambos comiencen su ejecución (es decir, que, al menos, den principio a la negociación)⁵³. De ahí que, sin que el legislador lo hubiese dicho explícita-

⁴⁹ Vid., aunque utilice una terminología en parte diferente, FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 496 y ss.

⁵⁰ Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 225 y ss.; CASAS BARQUERO, Enrique, “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 profesor José Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 658.

⁵¹ Así, CASAS BARQUERO, Enrique: “Algunos aspectos...”, *op. cit.*, p. 670. También, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho... op. cit.*, pp. 230, si bien excluye que la solicitud del funcionario público represente una tentativa de delito con otras motivaciones.

⁵² RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, pp. 108 y ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.; BLANCO LOZANO, Carlos: *Tratado de derecho penal, tomo II (El sistema de la parte especial vol. 2, delitos contra los bienes jurídico colectivos)*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 506; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Transfuguismo retribuido y cohecho”, *Actualidad Penal* (1994), pp. 439-448 (versión telemática). Para una definición de “delito plurisubjetivo”, *vid.* CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002, *passim*, especialmente p. 57.

⁵³ En este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción...*, *op. cit.*, p. 79.

mente, no habrían podido castigarse ni la solicitud del funcionario ni el ofrecimiento del particular, en tanto no sean aceptados por la contraparte.

La segunda pregunta que cabe plantearse es si es punible una tentativa de cohecho fuera de las hipótesis explícitamente tipificadas por el legislador. Conforme a lo dispuesto por el artículo 16 del Código Penal, en otras palabras, ¿puede considerarse típico el intento de solicitar o el intento de ofrecer? ¿Es típica la tentativa de "intentar corromper"? Los tratadistas suelen analizar este caso apelando al ejemplo del sujeto que envía una carta al otro, carta que nunca alcanza su destinatario.

Para los que defienden que cohecho activo y cohecho pasivo son dos delitos autónomos e independientes —considerando que solicitar y ofrecer son tentativas de cohecho—, la cuestión se pone en términos de posibilidad de sancionar una tentativa de tentativa. La mayoría de estos autores, por lo tanto, da respuesta negativa al interrogante inherente su punibilidad⁵⁴.

Los que, en cambio, sostienen la tesis de la *plurisubjetividad* del delito de cohecho —considerando que ofrecimiento y solicitud no aceptadas no son tentativas sino autónomas hipótesis de delito consumado—, se dividen sobre la posibilidad de considerar punible la tentativa. Algunos no encuentran problemas en responder afirmativamente, apoyándose en la propia literalidad del Código⁵⁵. Otros, en cambio, argumentan en sentido contrario a partir del principio de lesividad: si el pacto entre dos sujetos supone una lesión del bien jurídico, la solicitud o el ofrecimiento no recibidos tan sólo lo ponen en peligro. Sancionar el intento de solicitar u ofrecer implicaría, por lo tanto, avalar la sanción del peligro de un peligro, lo cual es inaceptable⁵⁶.

E.) LA INTERMINABLE DISCUSIÓN ACERCA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO

Más allá de todo lo dicho hasta ahora, y sin lugar a dudas, el problema que más ha angustiado la doctrina que se ha ocupado del delito que ahora estudiamos ha sido la acotación de su objeto jurídico. Como hemos visto, buena parte de la incertidumbre acerca de las cuestiones anteriormente plantea-

⁵⁴ Así, por ejemplo, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, op. cit., p. 406.

⁵⁵ La postura ha sido sostenida esencialmente por parte de la doctrina italiana. Vid., entre otros, PAGLIARO Antonio: *Principi di diritto penale. Parte speciale (vol. I: delitti contro la pubblica amministrazione)*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 261.

⁵⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, op. cit., p. 124.

das se debe a la ausencia de un acuerdo sobre el bien jurídico protegido por el delito de cohecho. Sin poder aquí analizar todas y cada una de las propuestas —y procediendo a una inevitable simplificación—, debe ponerse el acento en que, cuanto más profunda se hace la reflexión alrededor del bien jurídico protegido por el delito, más dudas se han planteado respecto de la compatibilidad del cohecho con el principio de lesividad: al menos, respecto del Derecho actualmente vigente.

Para la doctrina que se ocupó del delito *de quo* antes del advenimiento del periodo democrático en España, el problema de la lesividad del delito de cohecho —así como de los demás delitos cometidos por los funcionarios públicos— se resolvía con relativa simplicidad a partir de la violación del deber del sujeto público, deber que se cifraba normalmente en la “probidad”⁵⁷, “fidelidad”⁵⁸ o “lealtad”⁵⁹ del funcionario para con la administración pública propia de un Estado autoritario.

Dejando a un lado la dificultad que encontraba este planteamiento a la hora de explicar la sanción del particular, las críticas de las que ha sido objeto se han desarrollado a lo largo de dos direcciones. Premisa de cada una de ellas es la profundización de la doctrina penal, en la segunda mitad del siglo pasado, en torno al concepto mismo de bien jurídico que, según *communis opinio*, ya no sólo desempeña una función sistematizadora y de auxilio en la interpretación del Derecho penal, sino que —además y sobre todo— mantiene una función crítica del sistema que se expresa normalmente en el brocardo *nulla poena sine iniuria* (principio de lesividad): el Derecho penal no puede sino tutelar bienes jurídicos y, entre ellos, debe limitarse a aquellos particularmente relevantes y a la sanción de los ataques a los mismos particularmente contundentes (principios de intervención mínima y de

⁵⁷ PACHECO, Joaquín F.: *El código penal concordado y comentado (vol. II)*, Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1888, p. 498. Contemporáneamente, utiliza el término “probidad”, junto con “imparcialidad”, GARCÍA PÉREZ, Juan J.: “Del cohecho”, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2006, pp. 2123-2124.

⁵⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, p. 1017; CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999, pp. 192 y ss.

⁵⁹ Vid. PUIG PEÑA, Federico: *Derecho Penal. Contestaciones a los programas de las oposiciones a la judicatura y al Ministerio Fiscal*, Licili, Madrid, 1950, p. 224. En términos de “integridad” y “deslealtad” cifra el objeto jurídico del delito GRANADOS PÉREZ, Carlos: “El instrumento en el delito de cohecho”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 131.

fragmentariedad). Lógicamente, aceptada la vigencia de estos principios, se debe igualmente aceptar que los bienes jurídicos deben postularse como preexistentes al ordenamiento penal; no pueden ser una creación de éste. Así las cosas, si el Derecho penal pretende de una determinada persona el cumplimiento de un deber, deberá suponerse que lo hace *para proteger a un bien jurídico*. El deber, en otras palabras, no justifica por sí solo la intervención de la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico, sino que debe postularse, en todo caso, como *funcional a la protección de un interés*. Por todo ello, no se podrá decir que el bien jurídico protegido por el cohecho es el deber de no vender o comprar actos de la función, sino que deberá investigarse e individualizarse el bien jurídico para cuya protección es indispensable que no se vendan o compren actos de la función⁶⁰.

Más allá de ello y en el mismo sentido, se ha sostenido que la aspiración de que el Derecho penal se haga cargo de tutelar la "fidelidad" o "lealtad" de algunos ciudadanos —o de todos— hacia la Administración Pública podría entenderse en el marco de un Estado autoritario, pero no en relación con la Administración orientada al servicio del ciudadano, tal y como viene definida en la Constitución de 1978⁶¹:

⁶⁰ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, "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)*, Universitat de Valencia (Institut de Criminología), Valencia, 1997, p. 360; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, pp. 218 y ss. y 229; KUHLEN, Lothar: "Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto", en MIR PUIG, Santiago - LUZÓN PEÑA, Diego M.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 242; CUGAT MAURI, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 99-100; MATA BARRANCO, Norberto de la: "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (2006), p. 100. En términos parecidos, vid. RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, pp. 35-41; REBOLLO VARGAS, Rafael: "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el Título XIX, Libro II, del Código penal español (delitos contra la Administración pública)", en ARROYO ZAPATERO, Luis - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos "in memoriam"*, Universidad de Castilla-La Mancha - Universidad de Salamanca, Cuenca-Salamanca, 2001, p. 552.

⁶¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, *op. cit.*, *loc. cit.* y pp. 224 y ss.; En el mismo sentido, entre otros, REBOLLO VARGAS, Rafael: "Notas y consecuencias..." *op. cit.*, p. 552.

“Artículo 103.— 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”.

Del texto constitucional, con específica referencia al mencionado precepto, la doctrina deduce principios como el de imparcialidad⁶² y el correcto funcionamiento de la Administración pública⁶³, erigiéndolos en términos generales como bienes jurídicos dignos de protección por medio del estatuto penal de la Administración pública, del que es parte el delito de cohecho.

La doctrina española que ha profundizado en el estudio de este género de delitos ha observado diferencias entre los dos conceptos citados. Así, algunos entienden que la sanción del cohecho pretende proteger la *imparcialidad* de la Administración pública. Conforme un entendimiento generalizado, este bien jurídico comprende una vertiente activa y otra pasiva. Conforme a esta última, la Administración debe tratar a todos los ciudadanos por igual —igualdad formal—, mientras que la vertiente activa exige que la acción de la Administración pública tienda a suprimir las diferencias sociales y económicas que perjudican el disfrute de derechos fundamentales entre la ciudadanía⁶⁴.

⁶² MORILLAS CUEVA, Lorenzo – PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.) – BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.): *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1994, p. 191; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción...*, *op. cit.*, pp. 29 y ss. En este sentido mismo, si bien con algunos matices sobre los que ahora no podemos detenernos, RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

⁶³ REBOLLO VARGAS, Rafael: “Notas y consecuencias...”, *op. cit.*, p. 553. También, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, *op. cit.*, p. 99, aunque defendiendo una postura *sui generis*.

⁶⁴ En éstos términos se ha expresado parte de la doctrina italiana. Así, MIRRI, Maria Benedetta: “La corruzione dopo la riforma”, en COPPI, Franco (ed.): *I reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 87; CASSETTA, Elio: *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 44-45.

Según esta forma de ver las cosas, se intuye fácilmente que el cohecho perjudica ambas vertientes, y ello tanto por la actuación del corrupto como por la del corruptor. Mediante el soborno, este último se procura un tratamiento privilegiado respecto de los demás, siendo la única razón de su privilegio el hecho de disponer de medios idóneos para corromper. Mediante esta dinámica se desvía la actuación de la Administración pública en un sentido opuesto al debido.

Frente a la interpretación de la lesividad del cohecho en función de criterios de imparcialidad, otros autores prefieren basarla en la vulneración del correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendido como funcionamiento eficaz y eficiente de la maquinaria burocrática⁶⁵. En estos términos, el cohecho implicaría básicamente pérdida de recursos y de tiempo para la Administración y, por ende, para los administrados, repercutiendo finalmente en el bienestar general.

Así construida la objetividad jurídica del delito de cohecho, todo parecería cuadrar: la referencia a la Constitución y la justificación de la intervención penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico parecerían, *prima facie*, suficientemente argumentadas.

F.) EL COHECHO Y EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Quienes defienden la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración como bienes jurídicos protegidos se enfrentan a graves problemas cuando pretenden justificar su postura ante los tipos previstos por el legislador de 1995, y a los que ya hemos hecho breve referencia.

Así, existe un acuerdo casi generalizado en considerar que el primer supuesto tipificado por el artículo 426⁶⁶ es difícilmente aceptable en términos de lesividad. Como ya hemos dicho, esta hipótesis se caracteriza por la ausencia de una contraprestación del funcionario, que se limita a admitir un beneficio en consideración a su cargo. A tenor de la literalidad del precepto, la Administración no actúa movida por el soborno, siendo por ello difi-

⁶⁵ En estos términos se ha expresado la mayoría de la doctrina italiana. Algo más compleja es la construcción conceptual del buen funcionamiento de la Administración pública de OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁶ Delito del que ha sido recientemente acusado Francisco Camps, *President* de la Comunidad Valenciana.

cil de defender que el funcionario haya sido parcial o que su actuación haya afectado de algún modo a la eficacia y eficiencia de la Administración pública. Quien se limita a admitir dádiva o presente sin comprometerse a actuar de forma parcial, ineficaz o ineficiente a cambio de ello, no realizaría, por tanto, una conducta merecedora de una sanción penal y, por ello, no debería ser punible⁶⁷.

Dicho todo ello, cuanto más se reflexiona sobre el cohecho y sobre la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración, más se manifiestan las contradicciones entre el principio de lesividad y la disciplina legal actual. Además de las críticas citadas en relación con el artículo 426, la vertiente del cohecho cuya tipificación ha tenido más detractores es, sin lugar a dudas, la subsiguiente. Los argumentos son, en realidad, los mismos ya expresados: cuando se le otorga una recompensa a alguien por haber hecho algo, no se está afectando a su actuación futura sino que simplemente se incide sobre una conducta que ya se ha producido y que es, por lo tanto, inmodificable. Por lo tanto, el hecho de recompensar a un funcionario por algo que ha hecho no significa alterar su imparcialidad futura ni tampoco perjudicar el buen funcionamiento de la Administración. Sólo los hechos ya realizados pueden perjudicar ambos valores⁶⁸.

Algunos han tratado de objetar que, tipificando el cohecho subsiguiente, se quiere rebajar el deber de prueba de la acusación: puesto que, demostrar que la recompensa se ha acordado, en realidad, antes del acto, es harto complejo, sancionando las dos vertientes, la antecedente y la subsiguiente, se asegura, en todo caso, la sanción de corrupto y corruptor⁶⁹. La objeción, en realidad, se desmiente fácilmente y por dos razones: en primer lugar, porque, siempre que el legislador conmine dos sanciones distintas a cohecho antecedente y subsiguiente, deberá probarse en qué momento se produce el acuerdo; en segundo lugar, porque sancionar al cohecho subsiguien-

⁶⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, op. cit., pp. 273 y ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., pp. 237 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, op. cit., p. 108.

⁶⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, op. cit., pp. 281 y ss. En el mismo sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción...*, op. cit., p. 180; MORILLAS CUEVA, Lorenzo - PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Los delitos de revelación de secretos...", op. cit., p. 193-194; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 248-249.

⁶⁹ En términos parecidos, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, op. cit., p. 269.

te presumiendo que sea antecedente es contrario a las más elementales reglas del Estado de Derecho: nadie es culpable hasta de que se demuestre lo contrario; en Derecho penal, no hay espacio para presunciones *contra reo*.

Dicho ello, la idea con apoyo en la cual es, en realidad, la actuación del funcionario motivada en el soborno la que perturba buen funcionamiento e imparcialidad de la administración, ha despertado dudas incluso sobre la compatibilidad de la corrupción impropia antecedente con el principio de lesividad. Así, se ha dicho, si el acto objeto del acuerdo es el mismo que se hubiera realizado sin el acuerdo mismo, ¿como puede decirse que el cohecho (que no es sino un acuerdo) distorsiona la acción de la Administración?⁷⁰

Respecto de la corrupción propia antecedente, ya hemos cuestionado parcialmente su actual tipificación. Hemos dicho que no parece demasiado correcto sancionar con más intensidad el acuerdo remuneratorio para prevaricar que la prevaricación misma⁷¹. Pero, siendo ello así, ¿cómo justificamos la dura sanción que disponen los artículos 420 y 421 para el caso en el que el acto cuya realización —u omisión— se acuerda ni siquiera constituye, en sí mismo, delito?⁷²

Tampoco son demasiado convincentes aquellas tesis que pretenden remediar estos problemas recurriendo al concepto de “peligro para el bien jurídico”⁷³. Según esta forma de abordar el problema, la sanción de la corrupción propia antecedente se justificaría de la siguiente manera: como lo que se pretende evitar es que el funcionario público actúe de forma injusta, quien acuerde la realización de un acto injusto a cambio de una recompensa pone en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública y

⁷⁰ Así, RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, pp. 86-87 y 269 y ss. Sin embargo, distingue el caso del acto discrecional. En el caso de que el objeto de la corrupción impropia sea un acto en sí justo, pero fruto del ejercicio de la potestad discrecional del funcionario, según la autora, sí habría lesión del bien jurídico. Expresan dudas, MORILLAS CUEVA, Lorenzo – PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los delitos de revelación de secretos...”, *op. cit.*, pp. 193-194.

⁷¹ MATA BARRANCO, Norberto de la: *La respuesta a la corrupción pública...*, *op. cit.*, p. 79.

⁷² VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 295.

⁷³ Así, MORILLAS CUEVA, Lorenzo – PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los delitos de revelación de secretos...”, *op. cit.*, pp. 193-194; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 220.

su imparcialidad. Por otra parte, la corrupción impropia y subsiguiente entrarían su razón de ser en el peligro que, en el futuro, desemboquen en cohecho propio antecedente: el funcionario que hoy se muestra proclive a aceptar recompensas o retribuciones para actos justos, mañana podría fácilmente buscar o aceptar dádivas para realizar actos injustos⁷⁴.

Esta argumentación podría fundamentar la lesividad del cohecho propio antecedente, pero también debería aceptarse que la mera "solicitud" o el mero "intento de corrupción", representan un mero "riesgo de peligro" del bien jurídico, lo cual resulta difícil de conciliar con un Derecho penal mínimo orientado a prevenir la realización de actos que impliquen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. De igual manera, la sanción del cohecho impropio y del cohecho subsiguiente se situarían en un lugar demasiado alejado de la efectiva lesión del interés tutelado para poderse considerar merecedores de tutela penal. Qué decir, finalmente, del los intentos de corrupción impropia y subsiguiente.

Es obvio que las propuestas indicadas apuntan, en mayor o menor medida, a una despenalización del cohecho o de algunas de sus manifestaciones, así como a la consideración de las conductas tipificadas por los artículos 419 y ss. del Código Penal —en todo o en parte— como ilícitos administrativos.

V. EL COHECHO EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

En el mes de enero de 2007, el Gobierno español presentaba al Parlamento un Proyecto de Ley Orgánica destinada a la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷⁵. Entre otras cosas, incluía una reforma del delito de cohecho, del delito de corrupción de funcionario público extranjero e introducía el delito de corrupción entre particulares en el ordenamiento jurídico español. Caducado el Proyecto, el Consejo de Ministros aprobó el 14 de noviembre de 2008 un nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal que se presentaba en el Congreso el

⁷⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo – PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Los delitos de revelación de secretos...", *op. cit.*, pp. 193-194.

⁷⁵ BOCG, Congreso de los Diputados (VIII Legislatura), Serie A, n.º 119-1, de 15 de enero de 2007.

día 9 de noviembre de 2009 bajo la forma de Proyecto⁷⁶, aún pendiente de discusión parlamentaria⁷⁷.

El nuevo Proyecto se inserta en un contexto marcado por graves escándalos de corrupción política que han llegado a la atención de los Juzgados y, sobre todo, de la prensa, con relativa difusión de grabaciones de conversaciones telefónicas de funcionarios y empresarios que han sacudido a la opinión pública. Al igual que su antecedente de 2007 —y como no podía ser de otro modo—, el nuevo Proyecto de Ley Orgánica incluye una reforma de los delitos de cohecho, del delito de corrupción del funcionario público extranjero e internacional, a la vez que pretende insertar en el ordenamiento español el ilícito penal de corrupción entre particulares.

Respecto del cohecho, veamos brevemente cómo el legislador se está planteando enfrentarse a los problemas que hemos señalado. Este sería el nuevo tenor de los artículos 419 y ss. del Código Penal si se aprobara el Proyecto sin modificaciones:

“Artículo 419.— La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito.

Artículo 420.— La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuere constitutivo de delito.

Artículo 421.— Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autori-

⁷⁶ *BOCG*, Congreso de los Diputados (IX Legislatura), Serie A, n.º 52-1, de 27 de noviembre de 2009.

⁷⁷ En el momento en el que se redactan estas líneas, el plazo de enmiendas había sido prorrogado hasta el día 2 de marzo de 2010.

dad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.

Artículo 422.— La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

Artículo 423.— Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Artículo 424.— 1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar, será castigado, en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida, sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por estos.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

Artículo 425.— Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.

Artículo 426.— Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.

A.) ¿SOLUCIONA EL TEXTO DEL PROYECTO LOS PROBLEMAS DEL COHECHO?

En este punto, nos vamos a limitar al análisis de aquellas cuestiones debatidas por la doctrina a las que ya nos hemos referido en las líneas precedentes. Resumiendo, cabe indicar lo siguiente:

1. Deben considerarse solucionados —al menos, en parte— los problemas interpretativos que plantea el actual artículo 419 y a los que nos hemos referido antes. En el texto del Proyecto, desaparece el precepto que hoy conmina una pena más grave al caso de cohecho propio antecedente cuyo objeto sea la realización, por parte del sujeto público, de actos constitutivos de delito. En consecuencia, la cuestión del concurso del cohecho propio antecedente con otros delitos podrá resolverse aplicando las reglas generales recogidas en el Libro I del Código Penal, lo cual no significa, empero, que ello sea tarea fácil.
2. También han de considerarse resueltos los problemas inherentes la naturaleza del objeto material de la conducta. En efecto, el legislador propone modificar la actual técnica de determinación de la pena de multa, desvinculándola del valor de la dádiva. Por otra parte, recibiendo cuanto vienen imponiendo los instrumentos jurídicos internacionales, el Proyecto precisa que las dádivas, favores o retribuciones pueden ser “de cualquier clase”. Con ello, es de suponer que deberán de considerarse como penalmente típicas incluso aquellas compraventas de actos públicos en las que, a cambio del mismo, se ofrece, da o promete, una prestación sexual, una distinción honorífica o un ascenso laboral.
3. Por lo que respecta a la tentativa, la cuestión permanece abierta. El Proyecto sigue considerando que “solicitar” y “ofrecer” merecen la misma sanción que “recibir” y “dar”. Al hecho de “intentar acordar” se le sigue atribuyendo el mismo desvalor que a “acordar”. Aún admitiendo que ello sea compatible con el principio de proporcionalidad, quedarían por resolver todos los problemas a los que antes nos hemos referido.
4. Respecto de la actual reiteración que el artículo 426 propone de cuanto es establecido por el artículo 425, el Proyecto aparenta ser más fácil de interpretar: el nuevo artículo 421 se encargaría de sancionar al cohecho subsiguiente, mientras que la diferencia entre el nuevo artículo 422 y el nuevo 420 parece más fácil de aprehender.
5. Finalmente, se aclara la penalidad de las distintas vertientes de corrupción activa. De acuerdo con lo dispuesto por el nuevo artículo 422, resulta penalmente relevante su vertiente antecedente —propia e impropia—, de-

biéndose afirmar la impunidad del cohecho activo subsiguiente, ya sea éste propio o impropio.

B.) EL AUMENTO DE LAS SANCIONES

Por otra parte, el Proyecto de reforma deja sin resolver las cuestiones inherentes la compatibilidad del cohecho con el principio de lesividad. En sentido opuesto respecto a cuanto se ha venido sugiriendo por parte de la doctrina, se propone un aumento generalizado de las sanciones, que puede resumirse en los dos gráficos que se adjuntan *infra* (Tabla n.º 1 y Tabla n.º 2, al término del texto).

VI. LA TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

Más allá del generalizado aumento de sanciones que se propone en materia de cohecho, el Proyecto de reforma del Código Penal de noviembre de 2009 plantea la inclusión en el Código Penal de un delito de corrupción entre particulares que, como ya se ha dicho, no es otra cosa que el pago de un soborno a un particular —no a un servidor público— que opera en un contexto empresarial para que actúe o deje de actuar en este contexto, de forma contraria con sus deberes. A la hora de tipificar el delito, el problema al que se han enfrentado todos los legisladores ha sido la identificación de los deberes cuyo quebrantamiento merecería una sanción penal.

A este respecto, existen tres modelos a los que podía haberse inspirado el legislador español: el holandés, el italiano y el alemán.

Según el modelo adoptado por el legislador de *Holanda* —también seguido hasta el año 2005 en Francia—, cometen delito de soborno entre particulares los que aceptan, dan o prometen una utilidad en relación con algo que quien la recibe ha hecho o ha omitido hacer (corrupción subsiguiente), o que hará u dejará de hacer (corrupción antecedente) al servicio de su empleador o en el ejercicio de su mandato, siempre y cuando el sobornado, “en violación del deber de buena fe, oculte la aceptación de la utilidad o promesa a su empleador o principal” (corrupción propia) y el que soborna asuma como razonable dicha ocultación. En este marco, es evidente que el elemento que funda el desvalor es el hecho que un empleado recibe un incentivo que oculta a su empleador. El deber quebrantado será, por lo tanto, el de “lealtad” del empleado hacia su empleador.

El segundo modelo es el seguido por el legislador de *Italia*, vigente desde el año 2001 en el artículo 2635 del Código Civil⁷⁸. Aproximada y resumidamente, podemos decir que, de forma parecida al caso holandés, la mencionada norma sanciona el caso de soborno entre particulares, asumiendo, como interés a proteger penalmente, el patrimonio de la empresa. De ahí que, en realidad, se sancione el comportamiento consecuente a la recepción de un soborno, siempre que suponga un perjuicio patrimonial para la sociedad en la que desempeñan sus funciones los sobornados. La misma sanción se aplica al que soborna. Finalmente, y en confirmación de lo dicho, la norma dispone que el delito sólo sea perseguible bajo presentación de querrela por parte del titular del bien jurídico, sujeto que la doctrina identifica con la asamblea de los socios.

Para concluir, baste una breve referencia al modelo seguido en *Alemania*. Simplificando mucho la cuestión y sin poder hacer referencia ninguna al debate doctrinal que la norma ha suscitado en este país, podemos decir que el tipo penal (parágrafo 299 del Código Penal) parte de la idea que existen normas en la relación empresario-empleado puestas para garantizar intereses generales —o, por lo menos, colectivos— que van más allá del interés del primero y que incluso pueden colocarse en oposición a ello. Entre tales normas están aquellas que regulan la leal competencia. De ahí que, en Alemania, el soborno entre particulares asuma relevancia penal relevancia en la medida en que el objeto de la compraventa sea un acto o actuación contrario a los principios de esa leal competencia, con independencia de la afectación de los concretos intereses del principal del agente corrupto.

Remitiéndonos, para mayor abundamiento, a la doctrina especializada, cabe afirmar que la mayoría de la doctrina nacional y extranjera ha venido subrayando que en los tres modelos cabe apreciar ciertas contradicciones con los principios de lesividad e intervención mínima.

En particular, se ha dicho, respecto del modelo holandés, que no sería tarea del Derecho penal la de velar por el cumplimiento del deber de lealtad profesional entre empleado y empleador. En un sistema que asuma una idea del *ius puniendi* como *ultima ratio*, esta función debe encomendarse al Derecho civil o laboral. Como prueba de ello, se ha esgrimido la falta de efectividad de la norma holandesa, que se ha aplicado en poquísimos casos; las

⁷⁸ En Italia, el Código Civil ha sido el texto legal que tradicionalmente ha dado alojamiento a los delitos societarios.

propias empresas prefieren solucionar sus problemas lejos de la publicidad que otorga al asunto el proceso penal.

Respecto del caso italiano, valen las mismas observaciones. En este ordenamiento, la reparación de daños patrimoniales se hace efectiva sin necesidad de involucrar al Derecho penal.

Frente a la posibilidad de tutelar penalmente la leal competencia, por otra parte, se ha argumentado que la lesión de este bien jurídico es de muy difícil comprobación por parte del Juez. La técnica de tipificación, por lo tanto, debería orientarse hacia el peligro abstracto para el interés protegido, con todos los problemas que ello supone. Más allá de ello, la cuestión de fondo que se plantea es si no debería ser el propio mercado el que se encargue de "sancionar" los casos de corrupción entre particulares. Al fin y al cabo, el soborno es, en otras palabras, un incremento del coste para quien lo paga y un mayor ingreso para quien lo recibe.

A pesar de la opinión crítica de la doctrina española mayoritaria, el Gobierno quiso comprometerse ante la Comunidad Internacional para introducir este delito, transgrediendo luego los plazos establecidos por los instrumentos supranacionales para su cumplimiento. Para poner remedio a esta situación, el Proyecto propone la inclusión del artículo 286bis, adoptando un modelo híbrido que sitúa la objetividad jurídica de la norma entre la defensa de la competencia y la defensa del patrimonio de la empresa. Este es el texto del posible futuro precepto, ubicado en la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, rubricada "corrupción entre particulares":

“1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto el triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”.

Tabla n.º 1

Penas previstas para las distintas modalidades de cohecho

Modalidad de cohecho	Penas (Derecho vigente)	Penas (Proyecto 2009)
(i) <i>Antecedente propio con objeto delictivo</i> (art. 419).	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión (2 a 6 años). • Multa (tanto al triplo). • Inhabilitación (7-12 años). 	Prisión (3-6 años). Multa (12-24 meses). Inhabilitación (7-12 años).
(ii) <i>Antecedente propio con objeto no delictivo, en el caso en que el acto no se haya llegado a ejecutar</i> (art. 420).	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión (1-2 años). • Multa (tanto al triplo). • Inhabilitación (3-6 años). 	
(iii) <i>Antecedente propio con objeto no delictivo, en el caso en que el acto se haya ejecutado</i> (art. 420).	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión (1-4 años). • Inhabilitación (6-9 años). • Multa (tanto al triplo). 	
(iv) <i>Propio antecedente cuyo objeto no sea delictivo y conste de una omisión</i> (art. 421).	<ul style="list-style-type: none"> • Multa (tanto al duplo). • Inhabilitación (1-3 años). 	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión (2-4 años). • Multa (12-24 meses). • Inhabilitación (3-7 años).
(v) <i>Impropio antecedente</i> (art. 425.1).	<ul style="list-style-type: none"> • Multa (tanto al triplo). • Suspensión (6 m.-3 años). 	
(vi) <i>Subsiguiente impropio</i> (art. 425.1).	<ul style="list-style-type: none"> • Multa (tanto al triplo). • Suspensión (6 m.-3 años). 	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión (2-4 años). • Multa (12-24 meses). • Inhabilitación (3-7 años).
(vii) <i>Subsiguiente propio: recompensa por acto injusto, pero no delictivo</i> (art. 425.1).	<ul style="list-style-type: none"> • Multa (tanto al triplo). • Suspensión (6 m.-3 años). 	
(viii) <i>Subsiguiente propio: recompensa por acto injusto delictivo</i> (art. 425.2).	<ul style="list-style-type: none"> • Multa (tanto al triplo). • Suspensión (6 m.-3 años). • Prisión (1-3 años). • Multa (6-10 meses). • Inhabilitación (10-15 años). 	
(ix) <i>Admisión de dádivas sin contraprestación por parte del sujeto público</i> (art. 426)	<ul style="list-style-type: none"> • Multa (3-6 meses). 	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión (6 m.-1 año). • Suspensión (1-3 años).

Tabla n.º 2
Aumento de penas previsto por el Proyecto de 2009 en materia de cohecho

