

MONOGRAFÍA SOBRE
EL COHECHO

DANIEL ORTIZ GUERRERO

MÁSTER EN ASESORÍA JURÍDICA DE EMPRESAS
FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE LEÓN

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN

2.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- a) Concepto de bien jurídico
- b) El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública
- c) El bien jurídico en el delito de cohecho
- d) Mi postura al respecto

3.- CONDUCTA TÍPICA

- a) Tipos penales
- b) El cohecho pasivo: propio e impropio
- c) El cohecho activo

4.- BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En el marco del Máster en Asesoría Jurídica de Empresas que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, se nos presenta la oportunidad de elaborar un trabajo sobre un tema relacionado con el temario de la asignatura de Derecho penal económico empresarial. ¿Por qué he elegido el cohecho? Soy consciente de que pese a que el Cohecho está en el temario de la asignatura, no es en todos los casos un delito relacionado con la actividad empresarial. Sin embargo, en sonados casos de triste actualidad, hemos visto como algunos empresarios han utilizado los "atajos" que representan las conductas descritas en los tipos penales que conocemos como cohecho, con el fin de lograr un trato de favor por parte de la administración a la hora de obtener un contrato con un organismo o ente público o una licencia o autorización. También Por lo tanto, dada la actualidad del tema, y su relación, en determinadas ocasiones con el mundo empresarial, me decidí por este tema.

El delito de cohecho es el ejemplo clásico de lo que denominamos corrupción política o político administrativa. Es tan antiguo que hunde sus raíces tan atrás en el tiempo como va el Estado y la función pública (desde el enriquecimiento de magistrados o de gobernadores de provincias en la Antigua Roma, hasta el duque de Lerma en la España de Felipe III). Sin embargo, su estudio y el desmenuzamiento de sus elementos ha ido evolucionando y variando a lo largo de la historia. El tratamiento doctrinal jurídico-penal arranca con la doctrina clásica en el siglo XIX, con los estudios de los primeros sistemas basados en Códigos Penales y la aplicación del principio de legalidad.

Nosotros nos centraremos en el análisis o descubrimiento del bien jurídico que origina y justifica su

protección mediante la legislación penal en un Estado social y democrático de derecho y en la descripción de la conducta y los sujetos que pueden llevarla a cabo.

Es cierto que a día de hoy existen, afortunadamente, otros mecanismos preventivos que limitan la discrecionalidad de la autoridad o funcionario público a la hora de favorecer a un sujeto del sector privado mediante el uso de las funciones propias de su cargo. Me refiero a mecanismos administrativos, como la Ley de Contratos del Sector Público, que, teniendo su origen en una directiva de la Unión Europea, busca establecer los procedimientos de adjudicación de contratos siguiendo unos principios equitativos y de respeto a la libre competencia, tratando de que la elección de la administración sea cada vez menos una decisión personal del funcionario y sea, cada vez más, la opción más ventajosa para la administración y en definitiva, para los ciudadanos. Sin embargo, a pesar de estas limitaciones establecidas por el derecho administrativo, hay casos que se escapan al control de estos mecanismos, por la imposibilidad de tasar absolutamente todos los casos en los que la administración puede beneficiar a un particular. Para esos casos, concretamente para las más graves vulneraciones de los bienes jurídicos relacionados con la Administración, está el derecho penal, y especialmente el Capítulo V, del Título XIX, del Libro II del Código Penal de 1995, que es el tema que nos ocupa en esta monografía.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de centrarnos en el estudio de las características y la naturaleza de la serie de tipos delictivos que conocemos como cohecho de una forma general y que vienen recogidos en el capítulo V, del título XIX, del libro II del Código Penal de 1995, conviene acercarnos a la noción y características de un elemento clave en la doctrina jurídico-penal: el bien jurídico.

Concepto de bien jurídico:

El concepto de bien jurídico, como apunte histórico, fue acuñado por BIRNBAUM para referirse a los bienes materiales o inmateriales protegidos o tutelados por las normas jurídicas. Como señala OLAIZOLA NOGALES, nace como una deducción posterior a la ley positiva, no es, en principio, una herramienta a utilizar en *lege ferenda*.

LUZÓN PEÑA -recuerda OLAIZOLA- hace la reflexión jurídico-filosófica de que la norma jurídica, concretamente refiriéndose a la norma penal, existe, tiene su razón de ser en el hecho de facilitar la convivencia de los ciudadanos en sociedad. El papel que tanto en *lege ferenda* como en *lege data* (extracción doctrinal posterior de la intención del legislador) desempeña el concepto de bien jurídico es clave desde el punto de vista del mismo como fundamento y razón de ser de la propia norma jurídico-penal y del *ius puniendi* del Estado.

El bien jurídico es aquel elemento o característica del individuo o grupo de individuos (incluida la sociedad al completo) que es susceptible de ser protegido por el ordenamiento.

OLAIZOLA NOGALES recuerda que en la medida en que la norma jurídico-penal consiga evitar la lesión de estos bienes, ésta resultará funcional, y en caso de perturbación del estado de los mismos (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), resultará disfuncional.¹

Lógicamente, y conforme a los principios del derecho penal, concretamente al de interpretación restrictiva de la norma penal y al principio de mínima intervención del derecho penal, las leyes solo tipificarán penalmente aquellas conductas que sean susceptibles de lesionar o menoscabar de una manera especialmente grave los bienes jurídicos.

Así pues, el bien jurídico, para la doctrina, cumple determinadas funciones en el ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de derecho, conforme a los principios reconocidos en la Constitución, de los cuales emana la concepción actual de bien jurídico.

En primer lugar, y según LUZÓN-PEÑA, el control sobre los individuos para proteger a la sociedad está justificado en un Estado democrático, y que intervenga el derecho penal para prevenir aquellas conductas que están calificadas como delito por ser consideradas como graves ataques a la convivencia de los ciudadanos.

Dice OLAIZOLA-NOGALES que de la reflexión de LUZÓN se desprende que el derecho penal solamente ha de ser utilizado para la protección de bienes jurídicos. Por lo tanto, una de las funciones del concepto de bien jurídico es poner límite a la tipificación de conductas delictivas por parte del Estado. Sin bien jurídico a proteger, no procede legislar penalmente.

Otra función del bien jurídico es, según OLAIZOLA, servir de criterio de interpretación de la norma jurídico-penal a efectos de saber cuándo procede su aplicación por haber realizado el sujeto activo la conducta típica con culpabilidad.

Sin entrar en más detalles, recuerda también esta autora, que el bien jurídico sirve también para realizar una clasificación ordenada de los tipos penales, conforme al bien jurídico que cada uno protege, con fines legislativos o bien académicos.

¹Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías. Página 38.

Y por último, está la función de valoración de la pena, recuerda OLAIZOLA-NOGALES (de medición), teoría que es defendida por MIR PUIG, como una medida de la gravedad de la conducta.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública:

Como hemos visto, el bien jurídico es el fundamento de la tipicidad de los delitos. Por lo tanto, si nos referimos a los delitos contenidos en el título XIX del libro II, del Código Penal de 1995, vemos que si queremos extraer un bien jurídico común, hay que ponerlos en relación: lo común a todos ellos es su relación con la Administración pública.

El debate doctrinal -según OLAIZOLA NOGALES- se ha centrado en averiguar si existe un bien jurídico común a todos los delitos contra la administración pública recogidos en el Título XIX, Libro II.

Hay teorías que niegan que haya un bien jurídico común a todos los tipos penales a los que nos referimos; MUÑOZ CONDE teoriza que lo único común a esos delitos es "un vago quebrantamiento del deber". Pero apunta OLAIZOLA que "la mayoría de la doctrina reconoce la existencia de un bien jurídico común". También habla de la existencia de dos grupos doctrinales: los que teorizan que el bien jurídico común a los delitos contra la administración es "el deber del cargo" y los que no lo identifican con tal idea para el derecho penal, pero sí para el derecho disciplinario administrativo.

Algunas posiciones doctrinales sobre el bien jurídico protegido en los delitos del Título XIX, Libro II CP:

FERRER SAMA admite que existe infracción del deber, pero, en todo caso, realmente el bien jurídico tutelado es el funcionamiento de la Administración pública.

CLAUS ROXIN, en Alemania, matiza que la infracción del deber está en relación con el cargo que ejerce el sujeto activo, por lo tanto, añadido yo, si es el particular

quien realiza la conducta típica, según el planteamiento de ROXIN, no estaríamos ante un ataque al bien jurídico entendido como el deber del cargo, sino más bien, ante un menoscabo del buen funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, si el funcionario realiza la conducta típica en virtud de su cargo, si estamos, según esta teoría, ante un caso de infracción del deber, siendo éste el bien jurídico protegido en el tipo penal de aquellos delitos cuyas conductas sólo pueden ser realizadas por funcionarios, propios o impropios, en virtud de su cargo.

La principal crítica que hacen las posiciones contrarias al deber como bien jurídico, es que obvia el sujeto pasivo de la conducta típica: los ciudadanos, que son quienes sufren el daño en tales circunstancias, viendo mermada la calidad de los servicios públicos que reciben. En esta línea, si atendemos al deber del funcionario o cargo público como bien jurídico protegido, solo estaríamos a la relación de fidelidad que debe el funcionario a su empleador, el Estado, dejando al margen a la ciudadanía.

Es relevante la posición de OCTAVIO DE TOLEDO, que considera que es la función pública el bien jurídico protegido, pues la infracción se realiza en tales delitos siempre con relación al ejercicio del cargo de funcionario y las funciones a él atribuidas. Esto es criticado por BACIGALUPO, quien entiende que si hay infracción de los deberes del funcionario en relación a su cargo, es porque no actúa con las funciones que tiene atribuidas.

Coincido con OLAIZOLA NOGALES en que el bien jurídico protegido común, sin mucho que objetar, a todos los delitos contra las Administraciones públicas es el correcto o buen funcionamiento de la Administración pública.

Añado yo, que el sujeto al que se pretende proteger es la ciudadanía, a cuyo servicio está la administración, a cuyos gastos aquella contribuye.

El bien jurídico en el delito de cohecho:

RODRIGUEZ PUERTA² aporta una visión histórica dividiendo la concepción doctrinal del bien jurídico protegido en estos delitos (Capítulo V, del Título XIX, Libro II CP) en tres etapas históricas:

La primera, o más clásica, en la cual no encajarían hoy en día todos los tipos penales nombrados como cohecho, es la concepción del delito de cohecho como tutela del deber que el funcionario tiene para con el Estado, de manera que el quebrantamiento de este deber, suponga la lesión misma del bien jurídico.

En una segunda etapa, siguiendo con la teoría de RODRIGUEZ PUERTA, se habla de una concepción doble de los bienes jurídicos tutelados en este delito, dependiendo del sujeto activo que realiza la conducta típica (el funcionario o el particular). Se combina así, en esta segunda época, la aportación inicial de la doctrina clásica del deber del cargo que tiene el funcionario; con la pretensión común a todos los tipos penales relacionados con la Administración pública (y recogidos en el Título XIX, del Libro II del Código Penal) y no es más que el correcto funcionamiento de la administración pública.

La tercera de las etapas que señala RODRÍGUEZ PUERTA, haría referencia a la situación actual de la doctrina jurídico penal y el debate que existe sobre los deberes de los funcionarios públicos.

²M^a José RODRÍGUEZ PUERTA, El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios, ARANZADI.

Según OLAIZOLA NOGALES³, pese a haber identificado el bien jurídico común a todos los delitos relacionados con la Administración pública, es necesario individualizar el bien o bienes jurídicos que están tutelados específicamente en los tipos penales establecidos para castigar el delito de cohecho.

Hay varias teorías que individualizan el bien jurídico presente en este delito (o delitos), que entendemos como cohecho. Primeramente, hay que tener en cuenta que estos tipos penales se clasifican por la doctrina en dos bloques sistematizados: los que definen la conducta y pena del cohecho activo y los que hacen lo propio con el cohecho pasivo.

En el cohecho pasivo, el autor es el funcionario o cargo público, mientras que quien realiza la conducta en el cohecho activo es el particular. OLAIZOLA plantea en el debate: la diversidad del bien jurídico en el caso de que se trate de cada una de las dos modalidades de cohecho; en contraste con la unidad en caso de que en ambos casos sea protegido el mismo bien jurídico.

MUÑOZ CONDE⁴, se muestra partidario de la diversidad de delitos entre el cohecho activo y el cohecho pasivo, sin embargo, admite que el bien jurídico que se pretende proteger es el mismo en los dos casos.

Quienes se muestran favorables a considerar que se protegen bienes jurídicos diferentes, suelen alegar, retomando, en cierto modo, la teoría de la doctrina clásica, que el funcionario tiene el deber del cargo, con lo cual su conducta es más grave que la realizada por el particular y por lo tanto diferente; en tanto en cuanto la responsabilidad del funcionario y la confianza depositada en él es mayor si la comparamos con el deber de lealtad al Estado que ha de tener un ciudadano común.

Esto ha sido criticado por el sector de la doctrina contrario a esta postura, alegando, por un lado, la superación de la teoría del deber del cargo y exponiendo, por otro, que la lealtad a la Administración pública en un Estado democrático y de derecho es deber de todos los

³Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías. Página 89.

⁴Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal - Parte especial. Página 998 y ss.

ciudadanos. Entre los partidarios de la unidad, podemos citar a OCTAVIO DE TOLEDO⁵. Otra cosa, dice este autor, es que una conducta lesiones más o menos ese bien jurídico único o sea más o menos grave en función de quién sea el sujeto activo⁶.

Otras posturas que cita OLAIZOLA NOGALES son las de autores que defienden que en realidad el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la imparcialidad de las decisiones de la administración; o, bien, teorías que defienden que es la confianza de la sociedad en el buen funcionamiento de la Administración, cuestión tristemente de actualidad en nuestro país. También hace una ligera referencia a los que defienden como bien jurídico la "no comerciabilidad de la administración" como bien jurídico protegido⁷.

⁵Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías. Página 91.

⁶Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías. Página 93.

⁷Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías. Páginas 94 a 98.

Mi postura al respecto

Creo que, como en el resto de los delitos contra la Administración, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es, en primer lugar, el buen funcionamiento de la Administración pública, sin embargo, definiendo una concurrencia de bienes jurídicos que se ven tutelados en todos los tipos que describen la conducta que calificamos como cohecho.

Así, estoy de acuerdo con la teoría de la "imparcialidad", pero añado la cuestión patrimonial: el patrimonio de la administración se ve mermado por la realización de esas conductas típicas, lo que a su vez repercute en un menor servicio a los ciudadanos.

Exempli gratia: el empresario que soborna al funcionario o cargo público para obtener un contrato con la administración, siendo su proyecto más desfavorable económicamente, más caro, de lo que habría resultado en una decisión imparcial sin el condicionante económico.

CONDUCTA TÍPICA

Tipos penales

Antes de empezar a analizar las conductas que son consideradas como Cohecho en nuestro derecho positivo, conviene hacer una remisión a la legislación vigente, recordando lo establecido en nuestro Código Penal:

Tipos penales⁸ definidos como cohecho en el Título XIX del Libro II del Código penal de 1995:

CAPÍTULO V

Del cohecho

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 o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, 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, omitido o retrasado 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, 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.

Artículo 421.

⁸Fuente: Boletín Oficial del Estado.

Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad 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 a 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, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

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 procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas 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 tres a siete años.

Artículo 425.

Cuando el soborno mediare 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 procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

Artículo 427.

1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea:

1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea;

2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea;

3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable.

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Así pues, vemos una pluralidad de tipos penales que responden a las conductas conocidas por el nombre genérico de Cohecho. Como apunta MUÑOZ CONDE⁹ la doctrina suele sistematizar estos tipos delictivos en cohecho pasivo y cohecho activo.

Hablamos de cohecho pasivo cuando es el funcionario el que realiza el tipo penal descrito y de cohecho activo cuando el que lleva a cabo la conducta típica es el particular que corrompe o intenta corromper al funcionario.

Según MUÑOZ CONDE, no es un sólo delito bilateral, sino más bien, son dos delitos diferentes, ya que existe delito consumado, independientemente de la voluntad de la otra parte, con que el sujeto activo solicite (en el caso del cohecho pasivo) u ofrezca (en el caso del cohecho activo) una dádiva o presente a cambio de un favor relacionado con las funciones del cargo que el funcionario ostenta.

El Cohecho pasivo

Apunta MUÑOZ CONDE que la doctrina clasifica, generalmente, la corrupción de su función llevada a cabo por el funcionario con móvil económico (o de otra índole, aunque lo más frecuente es que la dávida, favor o presente sea susceptible de valoración dineraria), con el objetivo de beneficiarse él o una tercera persona, suele clasificarse en dos modalidades: el cohecho propio y el cohecho impropio. El cohecho propio es recogido en los artículos 419 a 421 y el cohecho impropio en el artículo 426 del Código Penal.

En el cohecho pasivo es necesario que el autor esté dotado de la calificación de autoridad o funcionario público el artículo 422 equipara los "jurados, árbitros, peritos o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública" a los funcionarios.

⁹ Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal - Parte Especial, Decimosexta edición. Tirant Lo Blanch. Páginas 998 y ss.

La conducta típica está formada por la **solicitud, recepción o aceptación** del ofrecimiento de un particular, hecha por el funcionario, de una dádiva o presente, con el objetivo de llevar a cabo un acto propio de las funciones que tiene atribuidas la autoridad o funcionario público en función de su cargo, que beneficie al particular.

Señala MUÑOZ CONDE¹⁰, que es irrelevante, aunque parezca chocante, que el funcionario o autoridad no tenga ánimo de lucro personal, y destine el presente o dádiva a una organización benéfica o a la propia administración pública a la que sirve. Sigue constituyendo una actividad delictiva. También dice este autor, que es indiferente que la contraprestación que obtiene el funcionario sea recibida antes o después de realizar el "favor" al particular. Esto es recalado en el artículo 425 del Código Penal.

En cuanto al tipo subjetivo, según MUÑOZ CONDE, sólo es punible la comisión dolosa, lo cual es lógico, pues para que exista en nuestro ordenamiento una comisión imprudente punible es necesario que ésta sea tipificada expresamente. También dice el autor arriba mencionado que "en los casos en que sea elemento del tipo la realización de un acto delictivo o injusto es necesaria la consciencia de la ilicitud o del carácter delictivo del acto a realizar", lo que deja la puerta abierta a la ausencia de dolo y por lo tanto falta de pena de aquel cargo público que creyendo que actúa conforme a la legalidad acepta un presente para la administración u organismo público a su cargo.

MUÑOZ CONDE¹¹ recalca que "los actos tienen que estar relacionados con el cargo del funcionario" para que estemos ante un delito de cohecho, ante una utilización de sus funciones vulnerando su deber de imparcialidad y el correcto funcionamiento de la administración. Ya que si dichos actos no tienen que ver con las funciones propias de la autoridad o funcionario público que es sujeto activo de cohecho pasivo, según MUÑOZ CONDE, "habrá todo lo más estafa y/o tráfico de influencias", "o una participación en cohecho si el funcionario interviene como persona intermedia para sobornar a otro funcionario".

¹⁰ Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal - Parte Especial, Decimosexta edición. Tirant Lo Blanch. Página 990.

¹¹ Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal - Parte Especial, Decimosexta edición. Tirant Lo Blanch. Página 991.

OLAIZOLA NOGALES¹² apunta a la posibilidad de que el agravante de prevalecerse de su cargo del artículo 22, 7ª del Código Penal puede ser en determinados casos insuficiente, llegando a existir un concurso ideal entre el delito de cohecho y un delito de amenazas dependiendo de la posición de fuerza que inspire la autoridad o funcionario público en el particular. Recuerda el razonamiento de LUZÓN PEÑA, que refiere que en casos así no se vulnera el principio *non bis in idem*, al ser aspectos independientes y relevantes jurídicamente sobre un mismo hecho, que ataca a un tiempo a dos bienes jurídicos diferentes.

En cuanto a la consumación del delito: según MUÑOZ CONDE¹³ no caben formas imperfectas de ejecución en este delito, ya que la mera solicitud de la dádiva por parte del funcionario es suficiente para que estemos ante un delito consumado. OLAIZOLA NOGALES¹⁴, sin embargo, discrepa de esto, afirmando que según su punto de vista podemos estar ante la comisión de un delito en grado de tentativa cuando el funcionario solicita por medios indirectos o personas intermediarias y el mensaje no llega al particular al que solicita el presente o dádiva. También apunta OLAIZOLA, a la posibilidad de que el sujeto activo revele a alguien su intención de cometer el delito de cohecho, y su confidente lo denuncie a la policía antes de hacerse efectiva siquiera la solicitud o en el caso del cohecho activo, el ofrecimiento por parte del particular. Señalan tanto MUÑOZ CONDE como OLAIZOLA NOGALES que también VALEIJE ÁLVAREZ admite la posibilidad de una comisión imperfecta en el delito de cohecho.

El cohecho impropio, por su parte, viene tipificado en el artículo 426 del Código Penal. Se trata de cuando el funcionario público acepta un regalo de cuantía mayor a lo socialmente correcto en razón a su cargo para "la consecución de un acto no prohibido". La cuestión está en determinar cuándo excede dicho presente de lo socialmente aceptable. Según MUÑOZ CONDE hay que estar a los "usos sociales se considere forma habitual de relación amistosa".

¹² Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías. Páginas 249 a 251.

¹³ Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal - Parte Especial, Decimosexta edición. Tirant Lo Blanch. Página 992.

¹⁴ Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías. Páginas 403 a 405.

El cohecho activo

En este caso el sujeto activo es un ciudadano particular que "con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos" o "los que atendieren a las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos". Ambas conductas vienen tipificadas en los apartados 1 y 2 del artículo 423 del Código Penal de 1995.

MUÑOZ CONDE¹⁵ dice que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo es "el respeto debido por parte del particular al correcto funcionamiento de los órganos estatales, en la vertiente del deber de imparcialidad", afirmación que puede resultar chocante, pues el mismo autor ha defendido que tanto en la modalidad de cohecho pasivo como en la de cohecho activo el legislador trata de proteger el mismo bien jurídico.

¹⁵ Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal - Parte Especial, Decimosexta edición. Tirant Lo Blanch. Página 994.

BIBLIOGRAFÍA

-

Inés OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, TIRANT Monografías.

Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal - Parte Especial, Decimosexta edición. Tirant Lo Blanch.

M^a José RODRÍGUEZ PUERTA, El Delito de cohecho: Problemática Jurídico-Penal del soborno de Funcionarios.

ARANZADI

-