

INMA VALEIJE ALVAREZ.

**Doctora en Derecho y ayudante de Derecho Penal
en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña**

Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho

SUMARIO:I. Introducción.II. Críticas doctrinales sobre la rúbrica y contenido del Título VII. A) Tratamiento disperso de los delitos de funcionarios. B) Posiciones doctrinales en torno a la doble clasificación legislativa de delitos de funcionarios. C) Delitos de funcionarios: “delitos de abuso de poder en sentido estricto” y “delitos de abuso de situación jurídica”. D) La diferente función desempeñada por “el ejercicio abusivo del cargo” en el Título II, Sección 2ª y en el Título VII del Código Penal. III. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Concepciones superadas. A) Planteamiento. B) La existencia de dos bienes jurídicos diferentes en el delito de cohecho pasivo y activo. C) Crítica de la doctrina anteriormente expuesta en relación al bien jurídico protegido en el cohecho pasivo: C.a) El deber de integridad concebido como deber ético; C.b) El deber de integridad concebido como deber jurídico. D) Crítica de la doctrina anteriormente expuesta sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo. E) La existencia de un bien jurídico común para el cohecho activo y el pasivo. F) Especial referencia a la doctrina italiana.G) Crítica sobre “el buen funcionamiento de la Administración” como bien jurídico protegido: G.a) El valor interpretativo del “buen funcionamiento de la Administración”. G.b) El valor sistemático del “buen funcionamiento de la Administración”. G.c) El valor de garantía penal en el “buen funcionamiento de la Administración”. H) Consideraciones críticas frente a la concepción del delito de cohecho como protector del interés del Estado en que los actos del funcionario, no sean objeto de retribuciones privadas. IV. El bien jurídico en el delito de cohecho en claves constitucionales. A) Planteamiento. B) Los principios constitucionales de la función pública y los delitos de funcionarios. C) El principio de imparcialidad y el delito de cohecho. D) El bien jurídico protegido en el delito de cohecho pasivo impropio. E) Conclusiones finales.

I. Introducción.

Sin temor a caer en exageraciones, se puede decir que, el delito de cohecho es quizás de los más significativos de cuantos forman el grupo “de delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. Esta importancia viene dada por distintos factores. Desde el punto de vista criminológico y político-criminal, el cohecho, constituye uno de los delitos a los que más fácilmente puede atribuirse una elevada cifra negra de criminalidad, siendo uno de los que en la práctica gozan de más impunidad y en el que la persecución no pasa nunca del estadio de las sospechas y de los rumores incontrolados, ya que, tratándose de conductas en las que tanto el funcionario como el particular persiguen un beneficio personal, su descubrimiento depende esencialmente de la casualidad (1)”.

(1) Al respecto, Tiedemann, señala que: “puesto que en muchos casos son los políticos mismos los que obtienen provecho del soborno, y, además, porque las consecuencias del descubrimiento de un escándalo de este tipo son totalmente incontrolables, hay un total desinterés por parte de los medios oficiales en iniciar indagaciones en este sentido, especialmente, en países con alto grado de corrupción. De nada sirve en estos casos que se disponga de herramientas jurídicas necesarias para llevar a cabo la persecución y hacer efectiva la responsabilidad de los culpables” en *Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales*, E.P.C. (Vol. VI). 1981-1982. Santiago de Compostela. pág. 298. Asimismo, vid. Pedrazzi C.: “La corruption (formes nationales)”. RIDP(Vol. 53).1982. págs. 327 y ss. Sobre el papel de la magistratura en la investigación de delitos de funcionarios públicos vid. de Caferra V.M.: “Il sistema de la corruzione, le ragione, i

Desde el punto de vista dogmático, el delito de cohecho no deja de ser menos controvertido, característica que comparte con el resto de los delitos de funcionarios, ya que por su mera pertenencia a ese grupo, reverberan en él todos los problemas que la doctrina penal española se ha ido planteando en relación a este género de infracciones. La mayor parte de estos problemas, se puede decir que, fundamentalmente, están motivados por la falta de claridad en la determinación y definición del bien jurídico protegido que subyace a la regulación de estos delitos y que lógicamente, se pone de manifiesto a la hora de interpretar los tipos particulares que forman el mencionado grupo.

Ahora bien, como es sabido, la gran dificultad o el problema por excelencia que se plantea en relación al Título VII ya no se reduce sólo a la determinación y definición del bien jurídico protegido por el mencionado título; sino en determinar si éste es uno y el mismo para todo el grupo o si, por el contrario, existe un bien jurídico protegido para cada delito en particular.

A este problema de carácter general y que afecta, por lo tanto, a todos los delitos de funcionarios por igual, añade el delito de cohecho otros de carácter particular, derivados de las muchas modalidades (cohecho activo, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio) que este delito presenta. No es necesario decir que esta multiplicidad de tipos penales añade un *plus* de dificultad a la indagación y búsqueda del bien jurídico protegido en este delito, ya que su determinación no solamente se reduce a saber si es distinto o uno y el mismo para el cohecho pasivo y el activo, sino que incluso dentro del mismo cohecho pasivo, se plantea si el objeto jurídico es el mismo para el propio que para el impropio, o si por el contrario, ambos tipos responden a la lesión de dos bienes jurídicos diferentes.

soggetti, i luoghi"(3ªed.)Bari 1992,págs.68-74 y 168-174;y muy especialmente la interesante y actual reflexión de Contento G.:*Giudice Penale e pubblica amministrazione*",Bari 1979, págs.193-202.

En función de lo expuesto se deduce que no es posible plantearse directamente cuál es el interés jurídicamente protegido por las conductas en examen, sin que se haga referencia, de manera previa, a una serie de cuestiones comunes a todo el Título VII, cuestiones que, como hemos indicado anteriormente afectan con especial intensidad a nuestro delito, empezando por la atinente a su rúbrica.

II. Críticas doctrinales sobre la rúbrica y contenido del Título VII.

El Título VII denominado “de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargos” ocupa el último lugar, entre los reservados por el Código Penal español, a recoger los que podrían denominarse “delitos contra la Sociedad”, en contraposición a los Títulos que, recogidos a continuación, suponen un ataque directo a los derechos de las personas. Aunque la redacción definitiva y más acorde con la actual podemos situarla en el Código Penal de 1870, la formación de este grupo de delitos tiene su origen en el Código Penal de 1822, momento en el que recibe su contenido sustancial. Desde entonces, hasta nuestros días, ha contrastado la permanencia e inmovilidad del grupo frente a las múltiples reformas que en materia penal se han ido operando en los últimos tiempos.

La inmovilidad e impermeabilidad que estos tipos penales han ofrecido a toda clase de reformas penales (2), ha sido criticada prácticamente por la mayor parte de la doctrina

(2) A excepción de la reforma operada por Ley Orgánica 9/ 1991, de 22 de marzo por la que se introduce dentro del Título VII los nuevos delitos de tráfico de influencias (arts. 404 bis a) bis b) y bis c)), revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada (arts. 367 y 368), además de darle una nueva redacción al delito de cohecho pasivo impropio (art. 390). Un comentario sobre esta Reforma puede verse en Morillas Cuevas L. y Portilla Contreras G.: “*Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*”, en *Comentarios a la legislación penal (dirigidos por Manuel Cobo del Rosal)* Tomo XVI, Madrid 1994, págs. 175 y ss.

penal española, que ha puesto de manifiesto cómo estos delitos con su configuración decimonónica han de aplicarse a una realidad social y política muy distinta. Esta importancia que, sobre todo en los pagos de la Política-Criminal, han ido adquiriendo los delitos de funcionarios contrasta con la escasa atención doctrinal de la que ha sido objeto este tipo de infracciones (3).

Desde el punto de vista dogmático, las críticas doctrinales han estado dirigidas a poner de manifiesto que la determinación del bien jurídico en el Título VII choca con dos grandes dificultades; la primera, está en relación con la rúbrica empleada en el Título VII del C.P. “de los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo”. Al utilizar esta denominación para el título VII del C.P. el legislador abandona la habitual redacción inspirada en la idea de apuntar, con mayor o menor acierto, el bien jurídico protegido, y en vez de la preposición “contra” usa la “de” refiriéndose a los delitos de los funcionarios en el ejercicio de su cargo. De donde, la doctrina no ha inferido que en el Título VII, no exista un bien jurídico tutelado en los distintos delitos, pero no faltan autores que subrayan que el empleo de la preposición posesiva caracteriza a su vez estos delitos como “profesionales” o “de propia mano”, en el sentido de ser la cualidad del sujeto activo o al

(3) Quizás la falta de interés de la doctrina en relación al delito de cohecho se pueda achacar a que pese a ser un delito de frecuente comisión, casos de corrupción de gravedad muy raramente han sido perseguidos penalmente, razón por la cual no es extraño que tanto la doctrina como la jurisprudencia no hayan profundizado en los problemas que plantea. Sobre esta cuestión vid.: Saínez de Robles C.: *Contribución a la Teoría general de los delitos de los funcionarios públicos. Tesis Doctoral. Universidad de Valladolid 1985. págs. 144 y ss.* Asimismo, entre otros autores, vid. Octavio de Toledo, E.: *La prevaricación del funcionario público. Madrid 1980. págs. 135 y ss.*; Muñoz Conde, F.: *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo (Apéndice a: Derecho Penal, Parte Especial. (8ª Ed.) Valencia 1991). Valencia 1991. págs. 3-4;* y Sabán Godoy, A.: *El marco jurídico de la corrupción. Madrid 1991. pág. 68.*

menos la del sujeto principal, la condición fundamental del tipo (4). Por lo tanto, esta denominación al no indicar cuál es el bien o bienes que se entienden preferentemente atacados con las conductas prohibidas, facilita una visión estamental de estos delitos (en tanto que parece subrayarse en ella la idea de dependencia y subordinación) derivando en un entendimiento de los mismos como infracciones de deberes específicos (tales como la obediencia, lealtad, honestidad, fidelidad...etc) (5). De esta manera, ha denunciado la doctrina, una clasificación que atiende a la cualidad de funcionario podría venir en apoyo de una visión subjetiva del injusto, desligada en consecuencia del planteamiento objetivo dominante en los demás delitos (6).

En directa relación con el apartado anterior, también se ha puesto de relieve que, a pesar de que la rúbrica del Título VII reza “de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, dando así la impresión de abarcar todos los delitos de funcionarios, dentro de él no todos los tipos exigen un sujeto activo funcionario (7) y, que en otros lugares

(4) Quintano Ripollés, A.: *Curso de Derecho Penal. Tomo II. Madrid 1963. pág. 549*; Cobo del Rosal, M.: *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)*. R.G.L.J. Tomo XLIV (núm. 2). 1962. pág. 250; Ferrer Sama, A.: *Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Madrid 1956. pág. 57*; Mir Puig, S.: (Voz) *Nombramientos ilegales. N.E.J. Tomo XVII. Barcelona 1982. pág. 345*.

(5) Así por ejemplo, Jaso Roldán, en A. Oneca, R. Muñoz y Jaso: *Derecho penal. Parte especial. Tomo II (1ª Ed. 1949). Madrid 1990. págs. 193*, y Muñoz Conde F.: *Derecho Penal. Parte Especial...cit. pág. 745*.

(6) La causa de que los delitos recogidos en el Título VII se agrupen en torno a la cualidad de funcionario público ha sido justificada por Casabó Ruiz tanto desde el punto de vista histórico, como desde el punto de vista político, en su estudio: *Introducción al estudio de los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Escritos Penales. Valencia 1979. pág. 191 y ss*. Sobre la misma crítica incide también, Orts Berenguer, en Cobo del Rosal M., Vives Antón T.S., Boix Reig J., y otros: *Derecho Penal. Parte Especial (3ª Ed.). Valencia 1990. pág. 443*.

(7) Entre otros autores, vid. López Rey M.: *Derecho Penal. Tomo II. “Parte Especial”. Madrid 1935. págs. 171-173.*; Puig Peña F.: *Derecho Penal. Tomo II. “Parte Especial”. (7ª Ed.). Madrid 1988. págs. 291-292*; Rodríguez Devesa J.M. y Serano Gómez A.: *Derecho Penal. Parte Especial*.

del Código Penal se contemplan supuestos delictivos de comisión por funcionarios públicos, en los que esta cualidad unas veces fundamenta la responsabilidad criminal y otras se construye sobre esta base una causa personal de agravación de la pena respecto al correlativo delito común.

Por último, dentro de esta sucinta exposición de críticas doctrinales al Título VII, cabe mencionar a un sector minoritario de la doctrina penal española que, apoyándose en la dispersa atención que el Código Penal dedica al tratamiento de los delitos de funcionarios, así como también en la heterogeneidad y diversidad de conductas que se recogen dentro del título comentado -en el que como, se puede observar, el único punto de unión parece ser el sujeto activo del delito-, ha puesto en tela de juicio la existencia del Título VII como grupo en el sentido técnico de la expresión, calificando a la actual formación como un conglomerado residual de conductas a las que no se ha visto encaje en otro lugar del Código con lo que se implica la falta de un bien jurídico común al que referir todas esas normas.

Por lo tanto, antes de entrar en la investigación del bien jurídico protegido por los tipos penales que describen el delito de cohecho, trataremos de exponer a continuación y por separado, cuál es nuestra posición sobre cada una de las cuestiones que sobre el Título VII se han expuesto.

A) Tratamiento disperso de los delitos de funcionarios.

Como ya hemos hecho referencia al inicio de esta exposición, los delitos de funcionarios se caracterizan porque

Madrid. 1990. pág. 1072. Cobo del Rosal, M.: Examen crítico... cit. págs. 248 y 249. Octavio de Toledo E.: La prevaricación... cit. págs. 136 y 137. Orts Berenguer E., en Cobo del Rosal M., Vives Antón y otros: Derecho Penal. Parte Especial... cit. pág. 443. Muñoz Conde F.: Derecho Penal. Parte Especial... cit. pág. 744; García Arán M.: La prevaricación judicial. Madrid 1990. pág. 24. López Barja de Quiroga J.: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Tomo III. Madrid 1992. págs. 148 y 149.

su regulación no presenta un tratamiento unitario dentro del Código Penal vigente. Situación que la doctrina ha puesto de relieve manifestando que, a pesar de que el Título VII se denomine “de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, dentro de él no están recogidos todos los delitos que tienen como sujeto activo al funcionario público (8), ya que, por el contrario, se pueden encontrar en distintas sedes del Código otros delitos en los que esta cualidad unas veces agrava (9) y en otras fundamenta la responsabilidad criminal. De este modo, es posible hallar hipótesis en las que el sujeto activo tiene que ser necesariamente un funcionario público, tanto en sede de falsedades documentales (10), como entre los delitos de atentado y desacato (11).

Ahora bien, sin duda alguna, el grupo más numeroso y heterogéneo y cuya escisión del Título VII, preocupa más a nuestra doctrina (12), está compuesto por el grupo de delitos

(8) Así lo destacan entre otros, López Rey M.: *Derecho Penal. Tomo II...* cit. págs 171-173; Puig Peña F: *Derecho Penal...* cit. págs. 291-292; Rodríguez Devesa J.M.: *Derecho Penal. Parte Especial...* cit. pág. 1072. Cobo del Rosal, M.: *Examen crítico...* cit. págs. 248 y 249. Octavio de Toledo E.: *La prevaricación...* cit. págs. 136 y 137. Orts Berenguer E., en Cobo del Rosal M., Vives Antón y otros: *Derecho Penal. Parte Especial...* cit. pág. 443. Muñoz Conde F.: *Derecho penal. Parte Especial...* cit. pág. 744; García Arán M.: *La prevaricación judicial*. 24. Portilla Contreras G.: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público. Madrid 1990*. págs. 44 y ss.; López Barja de Quiroga J.: *Manual de Derecho Penal. Tomo III...* cit. págs. 148 y 149.

(9) Respecto a este último supuesto, la ley penal española toma en consideración la cualidad de funcionario para elevar la pena, ya sea a través de la concurrencia de la circunstancia agravante nº 10 del art. 10. “Prevalercese del carácter público que tenga el culpable” o bien, construyendo sobre esta base una causa personal de agravación de la pena (el art. 250).

(10) Vid. arts. 302, 305, 308, 312, 316 y 323.

(11) Desacatos: art. 240 y 241 y disposición común a los art. anteriores. Vid. delitos de los arts. 131, 159, párr. 1º del art. 222, 241; y las agravaciones específicas de los art. 140, párr. 3º del art. 240, y 490 bis.

(12) Vid. entre otros: Bustos Ramírez J.: “*El delito de practica ilegal de detención por parte de funcionario público (art. 184)*”. C.P.C., nº 20. 1986. págs. 346 y ss.; Bacigalupo E.: “*Sobre la Reforma de los delitos de fun-*

recogidos en la Sección 2ª del Título II, donde bajo la rúbrica de “delitos contra la seguridad interior del Estado” se contemplan “*los delitos de funcionarios públicos cometidos contra los derechos de las personas reconocidos por las leyes*”. Bajo este epígrafe se recoge una serie de delitos, en los que el sujeto activo es siempre un funcionario público, y las conductas se dirigen contra alguno de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (contra las garantías derivadas de la vigencia del principio de legalidad: garantía jurisdiccional y garantía de ejecución, contra la libertad individual, la libertad de residencia, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, libertad de expresión, tortura y otros derechos cívicos de carácter individual (13)).

Ante la doble sistematización legislativa (delitos de funcionarios en el Título II, Sección 2ª y delitos de funcionarios del Título VII) la doctrina se plantea cuál es la relación o, por el contrario, la diferencia existente entre ambos grupos de hechos punibles, preguntándose al respecto, si la distinción responde a otra subyacente entre dos bienes jurídicos distintos y que justifica, por tanto, la existencia de dos grupos separados de delitos -motivo, por el cual, para su formación ha sido, correctamente, preferido el objeto jurídico (diverso) al sujeto

cionarios públicos”; *Documentación Jurídica*. Vol. II, enero/diciembre 1983 7/40. Madrid 1984. págs. 1093 y ss.; Bueno Arús F.: *Los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución” en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983*; *Documentación Jurídica*; Vol. II, enero/diciembre 1983 7/40. Madrid 1984. pág. 1309 y ss.; Orts Berenguer E.: “*Delitos contra el sistema constitucional y relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas*” en *Propuestas para la Reforma penal. Curso organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona 1991*.

(13) Vid. Vives Antón, en Cobo del Rosal M., Vives Antón T.S. y otros: *Derecho Penal. Parte Especial...* pág. 87 y ss. Del mismo autor, vid. también “*La detención*”. *Barcelona 1977*. pág. 20 y ss., donde en relación con la libertad de movimientos, se ocupa de subrayar la peculiaridad de su tutela en el Título II.

activo (igual)-; o si, por el contrario, el bien jurídico es el mismo en ambos grupos, obedeciendo la actual separación a que el Título VII se ha quedado en el estadio intermedio de un proceso histórico de disolución del grupo originario de delitos de funcionarios y que la desidia y el conservadurismo legislativo no ha permitido continuar (14).

B) Posiciones doctrinales en torno a la doble clasificación legislativa de delitos de funcionarios.

Las posiciones doctrinales mantenidas en torno a este problema, son a su vez contradictorias, de tal manera que es posible distinguir los partidarios de la existencia de dos bienes jurídicos distintos (los derechos de libertad de los ciudadanos en el Título II y el funcionamiento de la Administración Pública en el Título VII), frente a los que ponen en tela de cuestión que la doble sistematización legislativa pueda responder a una dualidad de bienes jurídicos protegidos en uno y otro título.

Entre los partidarios de la primera posición se encuentra, entre otros autores, Quintano, para quien los delitos de funcionarios del Título II, Sección 2ª poseen una naturaleza constitucional y política, mientras que los delitos del Título VII son de tipo estrictamente profesional y administrativo (15).

(14) En este sentido, apunta Rodríguez Devesa que las vacilaciones sistemáticas del legislador revelan la tendencia a conceder prioridad al pensamiento del bien jurídico y como el Título VII es un residuo histórico de figuras que no han encontrado mejor acomodo en otros lugares del Código “buena prueba de ello -añade- es el mencionado trasiego de los delitos contra los derechos individuales y de lo relativo a impuestos ilegales a otras partes del Código, sin que haya suscitado la menor crítica, la evolución legislativa que parecía iniciarse en 1870 ha quedado detenida por el conservadurismo legislativo, Hablar hoy de delitos de funcionarios como grupo independiente carece de sentido (*Derecho Penal. Parte Especial... págs. 1077 y 1079.*)

(15) Quintano Ripollés A.: *Curso, II cit... pág. 550. En favor de la existencia de dos bienes jurídicos distintos.*; Orts Berenguer E., en Cobo del Rosal, Vives Antón, y otros: *Derecho Penal. Parte Especial... cit. pág.443*; Muñoz Conde F.: *Derecho Penal. Parte Especial... cit. pág.744*; Saíenz de

Partiendo también de la diferencia de bien jurídico protegido por ambos grupos de delitos, Saínz de Robles, pone de manifiesto que, aunque el abuso de la función pública representa el medio típico a través del cual se exteriorizan las conductas prohibidas por los llamados delitos de funcionarios, si la ley penal española procede a separarlos en dos títulos distintos, es porque los recogidos bajo el Título II han disuelto la relación o el vínculo que mantenían con aquellos delitos cuyo objeto de protección se refiere a la función pública o al buen funcionamiento de la Administración, quedando, por tanto, el Título II Sección 2ª del C.P., desde el punto de vista de su antijuridicidad material, reservado a reprimir los ataques a los derechos de la persona reconocidos por las leyes, o, lo que es lo mismo, a reprimir los abusos de los funcionarios y autoridades que se dirigen contra la libertad, el patrimonio y la integridad corporal de los ciudadanos (16).

En la posición contraria, se encuentra Bacigalupo, para quien la doble clasificación de los delitos de funcionarios en los Títulos II y VII no se justifica ni por la distancia infranqueable entre los bienes jurídicos protegidos en uno y otro, en todos los supuestos, ni porque sean, en todo caso, distintos los sujetos pasivos -los particulares en el Título II y la Administración en el Título VII-. En este sentido, observa que los delitos recogidos en el Título VII afectan en ocasiones a los derechos de los particulares de una forma que no es sustancialmente distinta de aquellos que se agrupan bajo la rúbrica de “delitos contra la seguridad del Estado” (como son por ejemplo, para este autor, las limitaciones contra la libertad sexual (arts. 383 y 384), el cohecho pasivo (arts. 385 y 386) y las exacciones ilegales (art. 402)), ya que en estos delitos,

Robles C.: *Contribución a la Teoría General...* cit. pág. 169, en el mismo sentido, Portilla Contreras G.: *El delito de práctica ilegal...* cit. pág. 51.

(16) Saínz de Robles C.: *op. loc. cit.*, en el mismo sentido, Portilla Contreras G.: *op. y loc. cit.* Al respecto, ver también STS. de 30 de octubre de 1987, Ar.7635.

según Bacigalupo, la lesión al bien jurídico del Estado se produce a través de la lesión de un bien jurídico de un particular (art. 384, art. 362) (17).

Y a la inversa, según este autor, si la doble clasificación quiere fundamentarse en que los delitos de funcionarios del Título II protegen a los particulares frente a la acción de los funcionarios como órganos del Estado, mientras que los del Título VII protegen al Estado mismo, se soslayaría el hecho de que estos últimos delitos también protegen bienes jurídicos de los particulares y que en más de una ocasión la lesión al bien jurídico del Estado se produce a “través” de la lesión de un bien jurídico de un particular (citando este autor, como ejemplos: la prevaricación art. 351 y ss., en las exacciones ilegales, art. 402, en ciertas hipótesis de cohecho, art. 385 y ss.). Paralelamente, para este autor, existen también delitos en el Título VII que afectan a la seguridad del Estado en forma directa, como por ejemplo, infidelidad en la custodia de presos, art. 362, infidelidad en la custodia de documentos, art. 364, o la violación de secretos del art. 367 del C.P.

Finalmente, tampoco resulta convincente, para Bacigalupo, la justificación propuesta por Quintano, ya que en su opinión, “la inclusión de la prevaricación y del cohecho judicial entre los delitos del Título VII (arts. 351 y ss. y 358 y ss.) demuestra que el criterio propuesto por Quintano no se verifica en el Código vigente y se muestra, por tanto, insuficiente para explicar la doble sistematización de los delitos de funcionarios en su estado actual: “en la medida, que cohecho y prevaricación afectan al proceso y confianza en la vigencia de un Estado de derecho, así como las exacciones ilegales afectan al principio de legalidad y por extensión a las garantías contemplada en el art. 9 del texto constitucional”.

En función de las razones que se han expuesto Bacigalupo deduce que los delitos del Título VII no se pueden consi-

(17) Vid. Bacigalupo E.: *“Sobre la reforma... cit. pág. 106, del mismo autor, vid.: Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal. Madrid 1991. pág. 348.*

derar como delitos de carácter profesional y administrativo y sí, por el contrario como delitos de naturaleza constitucional y política -al igual que los recogidos entre “los delitos contra la seguridad interior del Estado”-. En definitiva, en opinión de Bacigalupo, puede ponerse seriamente en tela de juicio la clasificación que sigue el Código, en la cual es posible descubrir superposiciones entre algunos de los delitos recogidos en ambos títulos, por lo que habría que cuestionar el mantenimiento de esta sistemática (18).

C) Delitos de funcionarios: “delitos de abuso de poder en sentido estricto” y “delitos de abuso de situación jurídica”.

Como acabamos de ver las dos posiciones doctrinales, aun siendo contradictorias entre sí, coinciden en señalar que ambos títulos comprenden tipos penales cuyo bien jurídico protegido es lesionado a través del ejercicio abusivo del cargo. Para la mayor parte de la doctrina penal española, el abuso del cargo, constituye en estos delitos la específica modalidad o el medio a través del cual, la acción lesiona los intereses jurídicamente protegidos por ambos grupos de delitos. No obstante, esta afirmación, a mi modo de ver, no es del todo acertada, ya que como a continuación se intentará demostrar, “el ejercicio abusivo del cargo”, aún constituyendo un común denominador para los dos grupos de infracciones (19), responde en ambos títulos a realidades distintas y, como se verá, a funciones diferentes. En este apartado, se intentará razonar (como al respecto lo ha hecho hace tiempo la doctrina italiana (20)), que mien-

(18) Para Bacigalupo existen superposiciones entre los arts. 200, 201 y 202 y el art. 402 del C.P., vid. “*Sobre la reforma...*” cit. pág. 1095 *op.cit.*

(19) Vid. arts. 360, art. 403 del C.P.

(20) Vid. entre otros, Flick G.M.: *Il delitto di peculato. Presupposti e Struttura. Milano 1971. pág. 55 y ss.*; Infantini F.: *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale. Milano 1974.* Muy especialmente, Stortoni L.: *L'abuso di potere nel diritto penale. Milano 1978*; Pagliaro A.: *Principi di diritto penale. Milano 1986. pág. 89 y ss.* También dentro de la doctrina alemana se ha efectuado la distinción, entre delitos de

tras en el primer grupo de delitos (Sección 2ª del Título II), las conductas típicas que allí se describen, sí se identifican como un auténtico ejercicio abusivo del cargo o de la función desempeñada por el funcionario, tal aseveración, sin embargo, no se puede mantener para el segundo grupo de delitos (Título VII), donde la ejecución de las distintas conductas típicas permanecen al “margen o con una conexión ocasional con el cargo”.

En primer lugar, conviene precisar que el término “cargo” posee en la esfera penal un significado normativo, ya que si trasladamos esta noción al ámbito del Derecho Público no puede más que hacer referencia al conjunto de atribuciones otorgadas al funcionario por el ordenamiento jurídico. Estas facultades o atribuciones (que constituyen a su vez tareas y obligaciones), son las que distinguen la situación jurídica de supremacía que ostenta el funcionario frente a los ciudadanos particulares, ya que, en virtud de dicha situación, el funcionario puede interferir en la esfera jurídica de los administrados siempre que se trate de perseguir un interés público.

Efectuada la anterior aclaración, se puede decir que en “el abuso del cargo” -o lo que es lo mismo, la extralimitación o exageración que los empleados público pueden hacer de las facultades que les han sido concedidas para el desempeño de su cargo u oficio- pueden distinguirse las hipótesis en las que la acción abusiva se concreta en actos típicos de despliegue del poder público de aquellas otras en que la acción, aún aprovechándose de aquel poder, mantiene un carácter por completo autónomo respecto de aquél.

Atendiendo al anterior criterio, la doctrina italiana clasifica los delitos de funcionarios en dos grupos, un primer grupo al que denomina **delitos de abuso de cargo en sentido**

función y simples delitos de funcionarios, entre otros autores Binding K.; *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Band 2, Abtheilung 2. Neudruckder 1. Aufl. Leipzig 1905, Aalen 1969 p. 402.* Más extensamente sobre este tema vid. Octavio de Toledo E.: *La prevaricación... cit. pág. 224 y ss.*

estricto y que estaría formado por aquellos delitos cuyas conductas típicas se manifiestan a través del ejercicio de actos característicos e inherentes a la manifestación del poder público, y un segundo grupo, al que denomina **abusos de situación jurídica** (21), en el que estarían comprendidas todas aquellas conductas que implican una utilización por parte del funcionario de las facultades jurídicas o de la posición que ostenta en virtud de su pertenencia a la Administración Pública.

En lo que se refiere a la relevancia del abuso de poder respecto a la antijuricidad, se dice que en el caso de los “delitos de abuso de poder en sentido estricto”, la lesión a los derechos de los particulares protegidos por las distintas especies penales resulta agravada por el hecho de que aquella lesión viene realizada a través del uso del poder público. De este modo, este primer grupo de delitos se viene a configurar como delitos pluriofensivos, ya que el abuso del cargo implica la lesión a la legalidad en el ejercicio del poder público (legalidad entendida como correspondencia del acto singular a la ley) a través de cuya lesión se produce el desconocimiento de un derecho fundamental. Por el contrario, los abusos de situación jurídica, no conllevan nunca de forma inmediata la lesión de un derecho subjetivo de un particular (22), sino que de

(21) Vid. Stortoni L. y bibliografía allí citada: *L'Abuso di potere...* cit. pág. 119 y ss. Recogiendo algunas posiciones de la doctrina italiana sobre esta distinción, vid. también, Rampioni R.: *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. Milano 1984. pág. 313 y ss.*

(22) Lo anterior se afirma sin perjuicio de que, en algunos de los delitos del Título VII, el particular aparece directamente perjudicado por la realización de la conducta típica (por ej. en los supuestos de los arts 351 y 352), de ahí que algún autor (Fernández Rodríguez M.D.: *Determinados abusos en el ejercicio de la función pública (Proyecto de 1980) en A.D.C.P. 1981. pág. 486*) hayan defendido el carácter pluriofensivo de estos delitos. No obstante, entendemos que aún admitiendo la existencia de una posible lesión a un particular, no es posible que éste ostente por sí sólo el carácter de sujeto pasivo del delito, siendo posible que aparezca como sujeto pasivo de la acción. Sobre la distinción “sujeto pasivo del delito” y “sujeto pasivo” de la acción, vid. Cobo del Rosal M. y Vives Antón T.S.: *Derecho Penal. Parte General. (2ª Ed.) Valencia 1987. pág. 249.*

modo directo significan una ofensa al interés legítimo de la comunidad en que las facultades concedidas a cada empleado público sean utilizadas exclusivamente para perseguir los fines institucionales del Estado. Siendo así, que se puede decir que en “los delitos de abuso del cargo en sentido estricto”, mediante la protección de la legalidad en la manifestación del poder público, se pretende salvaguardar los derechos y libertades de cada ciudadano frente a las actuaciones abusivas del Estado y en “los delitos de abuso de situación jurídica”, por medio de la protección de la integridad en el uso de las facultades conferidas al funcionario en vía instrumental para el desarrollo de funciones públicas, se pretende salvaguardar, en última instancia, el derecho de todos los ciudadanos a obtener en igualdad de condiciones las mismas prestaciones de los servicios públicos.

D) La diferente función desempeñada por “el ejercicio abusivo del cargo” en el Título II y en el Título VII del Código Penal.

Creemos que la construcción doctrinal italiana que diferencia entre los **delitos de abuso de poder en sentido estricto** y **abuso de situación jurídica** en los delitos de funcionarios, es fácilmente aplicable al Código Penal español. Es posible llegar a la misma conclusión que los autores italianos analizando cómo funciona el “ejercicio abusivo del cargo” en los tipos penales que conforman los Títulos II y VII del C.P.

En primer lugar, se puede observar que la dinámica comisiva es distinta, en la Sección 2ª del Título II, donde las respectivas conductas típicas se manifiestan a través del ejercicio de actos característicos y propios del poder público (imposición de sanciones administrativas, detenciones preventivas de libertad, registros domiciliarios, custodia de presos, interceptación de correspondencia o comunicaciones...), pero efectuados de tal forma que entrañan una extralimitación de las facultades o los poderes concedidos al funcionario, derivando de su actuación una lesión para el derecho del particu-

lar. Es decir, la violación de los derechos y libertades fundamentales protegidos en los tipos penales que forman la Sección 2ª del Título II se realiza a través de una disposición, decisión o acto de un funcionario o Autoridad que no se ajusta a las normas jurídicas que regulan la forma en que ese acto público debe manifestarse, de ahí que casi todos los tipos penales que se incluyen en esta Sección comprendan como elementos normativos del tipo las expresiones “fuera de los casos permitidos por las leyes”, “ilegalmente” o “no autorizados por las leyes”. El elemento objetivo del abuso del cargo en este grupo de delitos se sustancia en la infracción de una norma de rango legislativo (relativa por tanto al orden de atribuciones y competencia del funcionario) que regula cómo se debe desarrollar la función pública que en el caso concreto se realiza (la potestad reglamentaria, expropiatoria, impositiva, policial, sancionatoria,...).

Toda actuación administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza, o bien, le impida hacer lo que la ley le permite, en principio es una actuación ilegal (y, puede incurrir en responsabilidad criminal), ya que constituye una agresión del poder público a la libertad del ciudadano. Además, en la medida en que tal conducta se caracteriza por su relevancia en las relaciones jurídicas que mantiene el Ente público -del que el funcionario depende- con el ciudadano, tal actuación, por el fenómeno de imputación directa del acto del órgano al Ente, es imputable directamente a la Administración Pública, poniendo en marcha el mecanismo de la Responsabilidad extracontractual de la misma para reparar el daño causado (23). Es decir, “los delitos de abuso de cargo”

(23) No vamos hacer aquí un examen de esta cuestión cuya naturaleza y relación con el delito es polémica entre casi todos los penalistas. Sólo queremos subrayar la procedencia de reconocer la Responsabilidad subsidiaria del Estado en todos estos tipos debido a que sus exigencias típicas imponen, no sólo la cualidad de funcionario, sino también el acaecimiento de los hechos en el curso de su función. Para un análisis de la naturaleza jurídica de esta institución incluyendo un repaso a las posiciones doctrinales, vid. Morillas Cue-

presentan dos aspectos diferenciados: en primer lugar, se consideran como ataques a aquellos extraordinariamente diversos derechos y bienes jurídicos que la función pone al alcance del funcionario y, en segundo lugar, ese ataque aparece en nombre y en virtud del poder del Estado e incluso, realizado contra su contrato con el funcionario, que obliga a éste, a ejercer su cargo conforme a la ley.

Desde esta perspectiva, quizás no le falte razón a Bacigalupo cuando afirma que los delitos de la Sección 2ª ofenden también el interés del Estado, ya que cada vez que el funcionario realiza un acto delictivo, la Administración sufre, por así decirlo, la imputación del acto realizado por aquél, y en este caso, cabe afirmar que puede existir cierto interés por parte de la Administración Pública en que no se le imputen actos ilegítimos que pueden ser lesivos de los derechos de los particulares. Pues bien, aun siendo real esta ofensa, no puede ser erigida en el bien jurídico protegido en estos delitos, mientras que sí parece lógico sostener que los mecanismos penales concurren junto a los mecanismos internos de control de la organización pública a tutelar el interés del ente público en no verse atribuidos actos ilícitos, pero sin que este interés desempeñe el papel del bien jurídico lesionado.

Por el contrario, un repaso a los delitos recogidos en el Título VII, descarta que se pueda decir que las conductas allí recogidas puedan aparecer como el cumplimiento o desarrollo del ejercicio de funciones públicas; por ejemplo, los delitos de malversación de caudales, limitaciones a la libertad sexual, negociaciones prohibidas, infidelidad en la custodia de presos, revelación de secretos e informaciones privilegiadas, son conductas que nada tienen que ver con las funciones que desem-

vas L.: *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid 1991, y González Rus J.J.: *El art. 444 del C.P. y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito*, en *ADPCP* 1979. pág. 391 y ss. Siguiendo los planteamientos de Mantovani (en *Diritto Penale. Parte Generale*. Padua 1979. págs. 807 y 808), vid. Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho Penal. Parte General...* cit. pág. 733 y ss. Por otra parte, en relación a este tema vid. la importante STS. de 25 de junio de 1990 sobre el Caso de Santiago Corella, "El Nani".

peña el sujeto. Este se limita a utilizar las ventajas que le depara ser el titular del cargo o ejercicio de la función pública para realizar el tipo delictivo. Como se puede observar en la mayor parte de los delitos del Título VII, la conducta consiste en una alteración del destino del dinero, de la información, de la capacidad de resolver, de la función de vigilancia, de los secretos que custodia por razón de su cargo, situaciones que implican necesariamente el empleo por parte del sujeto activo de las facultades jurídicas que posee en virtud de su pertenencia a la Administración Pública (24).

Un dato ulterior que revela claramente la diferencia entre ambos grupos de delitos y de la distinta función que desempeña en ellos el ejercicio abusivo del cargo se encuentra también en la “clase de funcionario” que puede asumir el papel de sujeto activo de los delitos de uno u otro Título. De este modo, mientras en el primer grupo, todos los hechos punibles son realizados por un funcionario público o autoridad -en la medida que son los únicos que pueden realizar actos característicos y propios de la manifestación del poder público-, en el segundo, por el contrario, nos encontramos con que existen tipos cuya comisión puede correr a cargo de un particular que desempeñe una función pública (25).

Por último, una significativa diferencia entre los delitos recogidos en ambos títulos, y que puede contribuir a ilustrar la

(24) El aprovechamiento de la situación jurídica que se ostenta dentro de la Administración Pública o de las facultades que de ella se derivan es clara y evidente en delitos como el de nombramientos ilegales del art. 382, en las limitaciones a la libertad sexual de los arts. 383 y 384, delitos en que la utilización de la función pública en beneficio del propio funcionario es palmaria. No obstante, todavía existen autores que desconociendo la importancia e incidencia que su comisión tiene en la actualidad, siguen destacando la escasa relevancia jurídico-penal de estos delitos y apuestan por su inclusión en el derecho disciplinario. A este respecto vid. la opinión de Mir Puig sobre el delito de nombramientos ilegales en: *Nombramientos ilegales (voz) N.E.J... cit. pág. 346*, y de Mestre Delgado E.: *Responsabilidad Penal de alcaldes y concejales. Tratado de Derecho municipal. Madrid 1988. pág. 656*.

(25) Como, por ejemplo, el art. 360, art. 361, art. 363, art. 366 in fine, art. 399, art. 401 in fine, art. 404 bis b), art. 404 bis c).

tesis aquí expuesta, viene de la mano de la diferencia de lenguaje empleado por el legislador en uno y otro grupo. A este respecto se puede observar que mientras que los delitos del Título II Sección 2ª todas las conductas típicas aparecen descritas por el mismo nombre que designa la función pública ilegítimamente realizada, la misma observación en absoluto es generalizable para las conductas típicas recogidas dentro del Título VII. Este análisis sobre la diferencia del lenguaje empleado en los distintos títulos se muestra especialmente interesante a la hora de diferenciar el delito de exacciones ilegales de los arts. 200, 201 y 202, de las exacciones contempladas en el art. 402, todos ellos del Código Penal. Aquellas figuras y ésta, a pesar de responder a situaciones antijurídicas distintas, han sido todas ellas englobadas, por algún sector doctrinal, bajo la denominación común de delitos de exacciones ilegales, situación que ha motivado que este mismo sector haya denunciado la existencia de una superposición y repetición de los mismos delitos en distintos lugares del Código (26).

(26) Vid. Bacigalupo E.: *Sobre la reforma... cit. pág. 1072*, del mismo autor, *Estudios sobre la Parte especial... cit. pág. 348*. Y, con idéntico criterio, Rodríguez Devesa J.M.: *Derecho Penal... cit. pág. 1079*. En nuestra opinión, esta crítica está del todo fuera de lugar, porque las referidas conductas dan lugar a tipos penales completamente diferentes. Así, mientras que las recogidas en los arts. 201 y 202, consiste, en exigir de los contribuyentes "el pago de un impuesto no autorizado por la leyes o las Corporaciones" y en la medida que ese impuesto se pide "para el Estado, provincia o municipio" en modo alguno se puede mantener que existe un ánimo de lucro por parte del funcionario y, por lo tanto, un aprovechamiento o instrumentalización de la función pública que desempeña; tan sólo se puede afirmar que esas exigencias, en la medida que no están autorizadas por las leyes, constituyen un abuso en el ejercicio de la potestad tributaria, y lesionan, por lo tanto, el derecho a la propiedad privada que posee todo ciudadano. Por el contrario, en el art. 402 del C.P., la conducta consiste en la solicitud de una ventaja o retribución indebida al particular por parte del funcionario, amparándose este último en su relativa posición de superioridad frente a la correlativa situación de inferioridad en que se encuentra el particular. Sobre este último aspecto vid. mi trabajo: "Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho). R.G.D. junio, 1994", págs. 6.517-6542.

Establecida la diferencia entre los delitos de funcionarios que integran la Sección 2ª del Título II de aquellos que forman parte del Título VII del C.P., todo parece apuntar que estos últimos delitos tratan de proteger que la relación de servicio que mantiene el funcionario con la Administración sea desenvuelta en interés exclusivo de la comunidad de ciudadanos (concretándose este interés en que las facultades concedidas al funcionario deben ser utilizadas de manera exclusiva para perseguir los fines institucionales del Estado).

III. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Concepciones superadas.

A) Planteamiento.

Esbozada en orden al injusto la diferencia existente entre los delitos descritos en la Sección 2ª Título II y los del Título VII y como se concreta ésta en el delito de cohecho, importa ahora determinar cuál es el bien jurídico que subyace a la regulación de esta figura. La respuesta a este punto posibilitará, no sólo la completa comprensión del delito en estudio, sino que a partir de ahí podrán esclarecerse cuestiones como, por ejemplo, la posibilidad o no de tentativa, la fijación del momento de consumación, el espectro de actos que pueden quedar comprendidos dentro de esta infracción, las características inherentes a la naturaleza cuantitativa y cualitativa de la dádiva y el concurso de infracciones.

La circunstancia de que en el delito de cohecho el legislador disciplinara en normas separadas la conducta del funcionario y del particular, ha dado pie a que la doctrina penal española venga distinguiendo una “**modalidad pasiva**”, referida al funcionario que solicita, recibe o acepta, por sí o por persona interpuesta, dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por realizar un acto en el ejercicio de su cargo y una “**modalidad activa**” referida al particular, que con los mismos medios, intenta corromper, corrompe o acepta las solicitudes del funcionario público. Y además, precisamente, porque el delito exige la forzosa intervención de dos personas, funciona-

rio y particular, se ha planteado en la doctrina penal española el debate sobre la naturaleza jurídica del cohecho, girando tal cuestión sobre si estamos ante la existencia de dos delitos independientes -el cometido por el funcionario y el cometido por el particular-, o si, por el contrario, existe un sólo delito de carácter bilateral que se perfecciona sinalagmáticamente por el acuerdo de voluntades, como si se tratara de un contrato de compra-venta entre funcionario y particular.

Actualmente, la tesis que se inclina por la existencia de dos delitos autónomos e independientes, es la que goza de mayor acogida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En favor de la existencia de dos delitos se alega la existencia de dos bienes jurídicos diferenciados, el quebrantamiento del deber de confianza depositado en el funcionario (cohecho pasivo) que redundo en empañar la gestión administrativa y el respeto que se debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado, por lo que respecta al particular (cohecho activo).

No obstante, existen autores que pese admitir ambas formas de cohecho se inclinan a pensar que el bien jurídico es uno y el mismo para los dos delitos, y señalan que el objeto de protección viene dado por el correcto ejercicio de la función administrativa, el prestigio que deben ostentar todos los Poderes Públicos, o sencillamente la protección de la Función Pública sin más aditamentos.

Veamos entonces, con algo más de detenimiento, estas dos posturas por separado, con el fin de precisar algunos aspectos.

B) La existencia de dos bienes jurídicos diferentes en el delito de cohecho.

Quienes aprecian la existencia de dos bienes jurídicos distintos, opinan que en el cohecho pasivo, el objeto de protección penal recae en el deber de integridad (27); o en la

(27) En base a esta idea, Jaso Roldán, concluye que los delitos de funcionarios son infracciones disciplinarias contrarias al deber de servicio, que por suponer un ejemplo intolerable son elevadas a tal categoría. Así para

obligación de lealtad(28); o lo que es lo mismo, pero dicho de una forma más retórica, en la protección de la confianza que el Estado deposita en el funcionario (29).

Desde este punto de vista el delito de cohecho se concibe fundamentalmente como un delito contra la integridad administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos al desempeño del cargo, concretamente de lucro ilícito. En la medida que el funcionario abandona su función mediante un precio, su conducta constituye, antes que nada, un quebrantamiento de aquella lealtad o integridad que la Administración exige de sus funcionarios en el desempeño de sus funciones o, dicho de otro modo, una traición de la confianza que en ellos se ha depositado.

Esta visión del bien jurídico como protector de deberes profesionales o de las relaciones jerárquicas existentes entre la Administración y el funcionario determina que, para este sector de la doctrina penal, el bien jurídico protegido en el delito

este autor la distinción entre el ámbito penal y el disciplinario es meramente cuantitativo, vid. Jaso Roldán, en Antón Oneca, R. Muñoz y Jaso: *Derecho Penal. II... cit. pág. 193*. Se muestran partidarios del mismo bien jurídico, Manzanares Samaniego L. y otros: *Código Penal (con comentarios y jurisprudencia) Granada 1987. pág. 823*; Rodríguez Devesa J.M.: *Derecho Penal. Parte especial cit. pág. 1.1120 y ss.*, de este mismo autor: *Cohecho (Voz) en N.E.J. Tomo IV. Barcelona 1952. pág. 358*. En jurisprudencia, entre otras, **STS. de 16 de noviembre de 1979, Ar. 4242**; **STS. de 22 de diciembre de 1980, Ar. 5.035**; **St. de 16 de noviembre de 1981, Ar. 4335**.

(28) Quintano Ripollés A.: *Comentarios al Código penal, Vol. II. Madrid 1966. pág. 719*. De este mismo autor: *Curso de Derecho penal, II... cit. pág. 564*.

(29) Vid. Casas Barquero E.: "Algunos aspectos de los delitos de funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos y promesas" en *Escritos Penales, Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca. Salamanca 1982. pág. 658*; del mismo autor: "Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español" en *Documentación Jurídica, julio-septiembre 1978. pág. 871 y ss.* Muñoz Conde F.: *Derecho Penal. Parte especial... cit. pág. 770*. También, Bacigalupo E.: *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios... cit. págs. 1.101 y 1102*, del mismo autor, *Estudios sobre la Parte especial... cit. pág. 351*. López Barja de Quiroga J.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial, III... cit. págs. 172 y 173*.

de cohecho pasivo no pueda ser el mismo que el protegido por el cohecho activo, aunque sólo fuera porque entre el particular y la Administración no existe vínculo contractual del que se deriven unos deberes de fidelidad, honestidad o integridad.

De este modo, los defensores de esta tesis lejos de pensar que el bien jurídico tutelado en el cohecho pasivo deberá estar en razón de algún valor que pueda ser menoscabado también por el particular -y, por lo tanto, no puede obedecer a la protección de un deber profesional- se acude a considerar el cohecho activo como un delito contra los órganos del Estado; ya que la conducta del particular implica, en todo caso, atentar contra la función concreta del funcionario, alterando así el normal desarrollo de las funciones públicas, y, por lo tanto, afectando a la dignidad del Estado y al prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos.

C) Crítica de la doctrina anteriormente expuesta en relación al bien jurídico protegido en el cohecho pasivo.

En buena medida, en algunos autores el entendimiento del cohecho como un quebrantamiento de los deberes que impone el cargo viene propiciado por una interpretación literal de la rúbrica del Título VII, indicativa de la proximidad entre los delitos de funcionarios y las infracciones disciplinarias. En otros autores, este entendimiento, obedece -como ha hecho notar certeramente Alvarez García en relación al delito de desobediencia (30)- a la aceptación inconsciente o deliberada, de la “*Teoría de los Pflichtdelikte*” elaborada por Roxin (31)”.

(30) Alvarez García F.J.: *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona 1987. pág. 209 y ss. Rechaza también semejante visión, Octavio de Toledo E.: *La prevaricación...* cit. págs. 226 y 399/411. En sentido contrario, Queralt J.J.: “*Derecho Penal. Parte Especial, II...* cit. pág. 577.

(31) Un intento de superar los inconvenientes que plantea la participación de un *extraneus* en un delito especial lo constituye la teoría de Roxin. Este autor en sus famosos trabajos *Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin-Nueva York 1984. pág. 352 y ss.*; y en *StGB. Leipziger Kommentar, Gosskomentar, (10ª Ed.) Berlin-Nueva York 1985. parágrafo 25, marg. 29 y ss* (del mismo autor vid. “*Sobre la autoría y la participación en Derecho Penal*”.

Más o menos influenciados por esa concepción, no es de extrañar que, en relación al delito en estudio, un sector de la doctrina penal concluya que si en el Código Penal se selecciona a los funcionarios públicos como los únicos sujetos que pueden realizar cualquiera de las conductas tipificadas como cohecho pasivo, es porque, obviamente, sólo los funcionarios públicos tienen un deber extra-penal, o lo que es igual, una obligación de fidelidad y lealtad respecto a determinado objeto que les ha sido confiado (que en este caso vendría dado por la función pública) y que, obviamente, no es extensible al particular (32).

Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asua. Buenos Aires 1970. pág. 69.), ha desarrollado la teoría de los delitos de la infracción de deber (*Pflichtdelikte*), conforme a la que es necesario distinguir entre *delitos de dominio* y *delitos de infracción de deber*; en éstos, no es de aplicación el criterio del dominio del hecho para determinar la autoría sino que lo decisivo es que el sujeto infrinja o no el deber. Así, con arreglo a la tesis de Roxin, *en los delitos especiales sólo puede ser autor aquel ha quien le obliga un deber especial que la mayoría de las veces, es extrapenal, de manera que el obligado es siempre autor con independencia de cómo se presente su contribución al hecho*. Sobre la aludida teoría y sus modificaciones, vid. Gómez Benítez J.M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General. Madrid 1984. pág. 154*. Bacigalupo E.: *Principios de Derecho penal. Parte General. Madrid 1990. pág. 223*.

(32) Vid. Álvarez García: *El delito de desobediencia...cit. págs. 209 y ss.* Las reelaboraciones doctrinales de la teoría de los *Flichtdelikte* han desorbitado el campo de aplicación de la misma. En este sentido, la primera crítica de fondo que puede hacerse a esas reformulaciones de la teoría de Roxin va referida al intento de estos autores de prescindir de lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno, en las conductas de funcionarios públicos, una vez afirmada la infracción del deber. Así, Quintero Olivares G: "*El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*" en *C.P.C., n° 12. 1980, págs. 61 y ss.* La segunda, el concepto extensivo de autor -al afirmar que quien infringe un deber es siempre autor independientemente de su contribución a la realización del hecho- sobre este y otros aspectos vid. las objeciones así, Rodríguez Mourullo G: "*El autor mediato en el Derecho Penal español*" en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho...cit. págs. 573 y ss.* De la misma opinión, se muestran entre otros autores, Gimbernat E.: *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Madrid 1966. pág. 298*; Octavio de Toledo E.: *La prevaricación... cit. págs. 399-411*. Resalta también otros inconvenientes respecto al principio de legalidad, Muñoz Conde F.: "*Introducción*" a "*Política criminal y Sistema del Derecho Penal*" de Claus Roxin. *Barcelona 1972. pág.11.*, y en *Introducción al Derecho Penal. Barcelona 1975. pág. 25*.

En cualquiera de los dos casos, ninguno de los defensores de la existencia de dos bienes jurídicos en la figura de cohecho específica con suficiente claridad cuál es la naturaleza de esos especiales deberes extra-penales que sólo incumben al funcionario, y que sirven de base no sólo a este grupo de delitos sino, en concreto, al de cohecho pasivo. Indagar si se trata de deberes de naturaleza ética o de deberes con una proyección jurídica constituye una buena excusa para presentar los serios inconvenientes y las consecuencias insatisfactorias a las que conduce una visión de los delitos de funcionarios como quebrantamientos de los deberes que impone el cargo.

C.a) El deber de integridad concebido como deber ético.

Admitir que los deberes de integridad, lealtad o fidelidad son deberes de naturaleza ética o moral, supone admitir también que el Derecho penal protege, a través de los delitos de funcionarios, toda una serie de cualidades morales y subjetivas que debe ostentar todo funcionario por el mero hecho de serlo (33).

Desde esta óptica, se llega a afirmar que en los delitos de funcionarios, el fundamento de la antijuridicidad, no se basa en el daño o en la lesión que la realización de la conducta típica infiera a los intereses sociales sino en que la realización de tal conducta constituye la materialización de una personalidad deshonesta, infiel o traidora a los intereses de la Administración, labor ulterior será determinar si esos intereses coinciden siempre con los de la comunidad y, por lo tanto, se

(33) Vid. **STS. de 25 de septiembre de 1947, núm. 340 de la C.L.:** "... pues, el funcionario público ha de dar siempre a sus conciudadanos el máximo ejemplo de austeridad, no bastando sea honrado, justo e imparcial en los actos que realice en el ejercicio de las funciones de su cargo, sino que también ha de parecerlo...". No obstante, las **STS de 13 de diciembre de 1963, Ar.4984** y **18 de junio de 1965, Ar 3092**, mantienen que: "No constituye presupuesto de este delito la pureza e integridad profesional del funcionario cohechado"

ven lesionados o puestos en peligro con la realización de la conducta descrita (34).

Consecuencia, también, del criterio que admite como objeto de protección penal en los delitos de funcionarios las cualidades morales y éticas del funcionario, es que su aceptación conlleva paralelamente admitir en relación a estos delitos fastidiosas confusiones entre el plano de la antijuridicidad y el plano de la culpabilidad, confusión que, por supuesto, se rechaza cuando se parte de un Derecho penal de resultado. En este sentido, un atento examen nos revela que, desde el punto de vista de la opción que comentamos, el juicio de culpabilidad parece que ya ha sido formulado en el plano de la antijuridicidad; puesto que si, desde la óptica del deber profesional, como deber ético, el fundamento del injusto de la conducta realizada por el funcionario se encuentra en que dicha conducta constituye una manifestación de una personalidad contraria a las cualidades morales exigidas por la Administración para el desempeño de la función pública -y, por tanto, se deja de

(34) Vid. en este sentido: **STS. de diciembre de 1948, núm 481 de la C.L.:** “Considerando que uno de los delitos más reprobables de los cometidos por funcionarios públicos es el de cohecho, para cuya configuración en la tercera de las modalidades previstas es indispensable que alguno de aquéllos se abstenga de un acto que debiera practicar en el cumplimiento de los deberes señalados a su cargo, y que semejante omisión reconozca como origen ilícito y tenga efecto mediante dádiva solicitada, recibida o prometida, esto es, uno de los medios que promueve la deshonra de quien lo utiliza, mereciendo la execración de la conciencia pública, justamente ofendida por el grave abuso de confianza que representa tan incalificable deslealtad”. **STS. de 16 de noviembre de 1979, Ar. 4242:** “Que, por tanto, el momento consumativo del delito, es aquel en que, como queda dicho, se produce la lesión al bien jurídico protegido, o sea, el acto demostrativo de la falta de honestidad de funcionario o de la intención del particular de corromper o atentar a su integridad”. **STS. de 22 de diciembre de 1980, Ar. 5035:**” b) Que el bien jurídico penalmente protegido es la integridad profesional del funcionario, por lo que ha de entenderse que se lesiona en cuanto se manifiesta la declaración exteriorizada de voluntad de corromperse o de corromper. c) que para su consumación basta el sólo intento de corrupción, o sea, que se materialice el acto demostrativo de la falta de honestidad del funcionario...”.

lado el daño o el peligro que tal conducta pueda representar para algún aspecto de la función pública-, qué duda cabe, que tal criterio supone realizar de antemano un reproche personal por el hecho realizado por el funcionario. En síntesis, el objeto valorado en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad coincidiría, en ambos juicios se trataría de apreciar tanto el acto externo como su contenido psicológico.

Pero todavía hay más: en lo que concierne al juicio de culpabilidad se deriva una segunda consecuencia para los que pudieran mantener que mediante la represión de conductas de cohecho se protegen meros deberes éticos, cual es la de que el fundamento del reproche penal, al no cifrarse en la libre realización de un hecho antijurídico en sí mismo considerado y, por lo tanto, convertirse en un reproche moral por la actitud antisocial que la conducta refleja, implica también abandonar el campo de la culpabilidad jurídica para traspasar el umbral de las tantas veces rechazada culpabilidad moral: produciendo una nueva confusión entre el campo de la Moral y el Derecho (35).

C.b) El deber de integridad concebido como deber jurídico.

En segundo lugar, afirmar que los deberes de lealtad, o de integridad o fidelidad son abstracciones de otros deberes de naturaleza jurídica, implica aceptar que el contenido de estos

(35) Este problema se plantea muy especialmente en el art. 390; este artículo considera punible con carácter general la admisión de regalos o dádivas por parte del funcionario público, siempre y cuando estos le fueran presentados en atención al cargo o para la consecución de un acto no prohibido legalmente. Obviamente, el único criterio interpretativo que ayuda a entender cuándo un regalo posee una finalidad corruptora o cuando cae dentro de lo que denominaríamos “usos sociales” es acudiendo al bien jurídico protegido por la mencionada norma. Si se entiende que reside en la protección del deber de integridad que incumbe a todo funcionario público, el delito se consuma con la mera aceptación, independientemente de cuál sea el valor o entidad del regalo aceptado.

debe estar recogido en normas extra-penales de Derecho público. No hace falta decir que, desde esta óptica, el Derecho penal tendría un carácter puramente sancionador respecto a la infracción de normas recogidas en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Al igual que sucedería con la concepción anterior, mantener que el Derecho penal, a través de los delitos de funcionarios -y en concreto, a través de la conducta de cohecho pasivo-, protege los deberes dimanantes de la relación contractual existente entre el funcionario y la Administración genera indeseadas consecuencias, difícilmente compatibles con las funciones asignadas al bien jurídico en el seno del Derecho penal.

En primer lugar, cabe señalar que, si el fundamento de la protección penal está en la tutela de un deber profesional, o lo que es lo mismo en la relación que une al funcionario con el Estado, la necesidad de concretar el contenido de la antijuridicidad de estos delitos obliga al interprete a investigar no sólo cuál es el deber profesional más importante de todos los que está obligado a observar el funcionario en el desempeño de su función, sino también a establecer un orden de prelación entre todos los que conforman su relación contractual. De la existencia de una jerarquía en el cumplimiento de los deberes profesionales se puede deducir que siempre que surja una situación de conflicto de intereses para la Administración, existirían deberes cuyo sacrificio no importe siempre y cuando se observe el cumplimiento del deber más importante, aunque como hemos dicho su observancia implique el sacrificio de otros.

En un sistema totalitario, no hace falta decir que el deber más importante de todo funcionario es el deber de fidelidad al régimen político imperante (y no a los intereses legítimos del ciudadano como en todo caso sería deseable), deberes de fidelidad a las órdenes y mandatos de la Administración, aunque ello signifique desconocer otros deberes cuya observancia sea más útil para el conjunto de los ciudadanos, como,

por ejemplo, de colaboración con la justicia...etc (36). Asumir esta concepción en el campo del Derecho Penal, daría lugar a una situación ya advertida por Octavio de Toledo, al denunciar que elevar a objeto de protección penal los deberes funcionariales comportaría una visión del funcionario como mero instrumento ejecutor de órdenes recibidas, independientemente de cuál fuera el contenido lícito o ilícito de las instrucciones. Siendo así que aún, en el supuesto de que dichas instrucciones fueran manifiestamente ilegales dicha conducta no se podría reputar antijurídica ya que entraría en juego la circunstancia eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, dando así a esta circunstancia-según Octavio de Toledo- un campo de aplicación ilimitado en el desempeño de la función pública (37).

El delito de cohecho pasivo entendido como una infracción del deber profesional de fidelidad, de integridad o de respeto a la confianza en el depositada (38) presenta desde el punto de vista práctico serios inconvenientes. En orden a su aplicación carece de toda virtualidad para solucionar los casos dudosos que se plantean en relación a las distintas modalida-

(36) Como en su día señaló innovadoramente, Octavio de Toledo, semejante concepción olvida que la Administración despliega su existencia en interés de la comunidad de ciudadanos a los que sirve pero no representa (en *La prevaricación... cit. pág. 243*). En idéntico sentido, Vives Antón T.S.: "*La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*" en E.P.C., Tomo IX. Santiago de Compostela 1986. pág. 277. Más recientemente, González Cussac J.L.: *El delito de prevaricación de funcionario público. Valencia 1994. pág. 19*.

(37) Vid. Octavio de Toledo E.: "*La prevaricación... op. cit. págs. 244-245*."

(38) Es de observar que decir deber de fidelidad, de integridad, de respeto a la confianza depositada en el funcionario no es a la postre más, que una forma redundante de decir "deber de obediencia" a las órdenes dictadas por la Administración. Si se mantuviera que el cohecho, al igual que el resto de los delitos de funcionarios, únicamente tutelan un autónomo interés a la obediencia, bastaría -como indica Petrone"- una única norma en todo el sistema para la protección de semejante interés", en *La tutela penale degli ordine amministrativi. Milano 1987. pág. 153*.

des de cohecho, y lo que es más grave, en ocasiones, puede conducir a que, en determinados casos, conductas que no revisten ningún peligro para el bien jurídico protegido -tales como tentativas de cohecho absolutamente inidóneas o hipótesis de delito putativo-, puedan ser para la opción que comentamos, merecedoras de una sanción penal (39).

D) Crítica de la doctrina anteriormente expuesta sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo.

En páginas anteriores habíamos mencionado que el sector doctrinal que cifra el injusto de los delitos de funcionarios en la violación de un deber profesional, apoya su opinión, en el hecho de que sólo los funcionarios públicos tienen un específico deber extra-penal o una obligación de fidelidad hacia determinados bienes jurídicos que les son confiados en atención al cargo que desempeñan, razón por la cual, afirman a continuación que, en la medida, en que entre la Administración y el particular no existe ningún vínculo contractual del que se derive un “especial deber extra penal”, o lo que es igual, un deber profesional, no puede mantenerse que el bien jurídico ofendido sea el mismo en el caso de que la conducta sea cometida por el funcionario o lo sea por el particular. Motivo por el cual, para este sector de la doctrina penal, el

(39) La infracción del deber como interés jurídico protegido en el delito de cohecho tampoco es aplicable a aquellos supuestos de cohecho pasivo propio cuyo sujeto activo es, bien alguno de los que se relacionan en el art. 388 del C.P. (pues difícilmente se puede sostener que los peritos, árbitros u hombres buenos mantengan una relación profesional con la Administración), bien un juez o un tribunal colegiado (puesto que, en un sistema democrático tampoco se puede decir que los jueces o los miembros de un tribunal de justicia tengan un deber de fidelidad hacia la Administración, sin atacar uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, como es la independencia judicial). Y en esta misma línea, mucho menos se puede mantener que esta concepción del bien jurídico pueda ser aplicada a los supuestos de cohecho que sean realizados por Diputados o Senadores, personas públicas que sin duda alguna pueden incurrir en este tipo de conductas.

interés jurídicamente protegido en el cohecho activo solamente puede estar referido a la protección del respeto que debe todo ciudadano a los órganos del Estado (40).

En relación a esta afirmación, vuelve a ponerse de relieve la cuestión de cuál es el contenido o la naturaleza de esa “obligación de respeto” que tiene el particular para con el Estado. Indudablemente, en la medida en que la inobservancia de esa “obligación de respeto” es castigada con una sanción penal, parece, que no se puede sostener que estemos ante una mera obligación moral y sí, por el contrario, ante un auténtico deber de acatamiento o de obediencia del ciudadano para con el Estado. Lo que en otras palabras quiere decir que este sector termina indirectamente por afirmar que el particular, al igual que el funcionario, tiene también un específico deber extra-penal para con los órganos del Estado, deber de lealtad o de fidelidad (a qué o a quién?) que entendemos se muestra incompatible con el principio de libertad que postula nuestro texto constitucional en el art. 1. En efecto, la configuración de injustos cifrados en la desobediencia o en la ausencia de lealtad del ciudadano sólo es de recibo en base a la previa admisión de un poder estatal absoluto, donde carece de sentido hablar de derechos subjetivos de los ciudadanos, por lo que en la actualidad comunmente se admite que son incompatibles con una concepción democrática del mismo (41).

En consonancia con lo expuesto, cabe adherirse al rechazo que la doctrina mayoritaria viene profesando a la concepción de los delitos de funcionarios como infracciones del

(40) Vid. *supra* Apartado B), Punto 3°).

(41) En un orden democrático, como recuerda Boix, la posible discrepancia del ciudadano respecto a las muy diversas funciones asignadas a la Administración, es un elemento inherente a aquél, de tal modo, que la mera desobediencia, el incumplimiento de obligaciones formales no puede erigirse en contenido de injusto penal, como tampoco pueden serlo, las consecuencias materiales que de ello se deriven cuando no afecten a otro bien. Vid. Boix Reig J. en Cobo del Rosal M., Vives Antón T.S. y otros: *Derecho Penal. Parte Especial... cit. pág. 416.*

deber del cargo. La violación del deber como categoría dogmática es propia de planteamientos autoritarios en los cuales la referencia al contenido del singular deber varía según el tipo de ordenamiento al que este deber pertenezca (democrático o totalitario). Como reiteradamente denuncia este sector de la doctrina penal, la infracción del deber de comportarse íntegramente, puede justificar, en todo caso, la imposición de una sanción administrativa al funcionario, pero en modo alguno, elevarse a la categoría de bien jurídico (42).

Precisamente, porque esta última objeción impone una consideración particular al respecto, resulta conveniente recordar que en los ordenamientos contemporáneos la regulación de la responsabilidad funcional no es competencia ni exclusiva ni primaria del Derecho Penal. Así lo han determinado históricamente el desarrollo de la Administración y la transformación de la función pública y de los sistemas jurídicos de control, con la consiguiente fragmentación de la responsabilidad de la función pública. Por esta causa las exigencias “de la idoneidad del medio” y de última *ratio* “dirigidas hoy a la pena criminal -al instrumento del Derecho Penal protector de bienes jurídicos- se enfrentan hoy en el ámbito de los delitos de funcionarios públicos a la prueba de que la tutela punitiva sea dispensada sin contradicción sin duplicación y sin perturbación material y valorativa. El objeto de tutela penal, debe, por tanto, contribuir a una nítida distinción entre ambos sectores.

E) La existencia de un bien jurídico común para el cohecho activo y el pasivo.

En la actualidad tanto la jurisprudencia (43) como la doctrina mayoritaria son partidarias de la existencia de un único bien jurídico para todas las modalidades de cohecho;

(42) Vid. por todos Orts Berenguer E. en Cobo del Rosal M., Vives Antón T.S. y otros: *Derecho Penal. Parte Especial...* cit. pág. 478.

(43) Vid. por todas: STS. del 1 de junio de 1990, Ar. 4.966 y 4 de octubre de 1990, Ar. 7680.

bien jurídico que coincide además con el establecido para el resto de los delitos de funcionarios (44).

Esta concepción parte del rechazo al criterio de la infracción del deber de integridad o fidelidad como elemento fundamental del injusto en el delito de cohecho pasivo, ya sea porque su utilización deriva en una visión totalitaria de este delito -como en general de todos los relativos a los funcionarios públicos- y, por lo tanto, de la actividad administrativa, ya sea porque, atendiendo a este criterio, se torna totalmente imposible diferenciar entre flicitos penales e flicitos administrativos, generando así una desvirtuación del concepto de bien jurídico y de su función limitadora.

Para defender la existencia de un bien jurídico único para todo el Título VII, este sector empieza negando la opinión de quienes resaltan la figura del sujeto activo como el único elemento común a todos los delitos de funcionarios - opinión que facilita su visión como infracciones de deberes

(44) Entre otros autores, Bustos Ramírez J.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Barcelona 1986. pág. 436; Octavio de Toledo E.: *La prevaricación* cit. pág. 333; en relación con este último autor, un aspecto que no deja de llamar la atención es que, a pesar de haber realizado en su libro una crítica brillante a la concepción que conceptúa los delitos de funcionarios como "quebrantamientos del deber profesional", en relación al cohecho activo se cuestiona que el bien jurídico protegido, "la función pública", pueda ser ofendido también por el particular: "Aceptando lo anterior (pese a que la cuestión del bien jurídico podría controvertirse), hay que aceptar también que una rígida lógica en la sistematización llevaría a la conclusión de que "ha de castigarse por separado y con independencia la conducta de los particulares y la de los funcionarios" (cit. por el autor a Rodríguez Devesa J.M.: *op. cit.* pág. 1034.). Ahora bien, ello comportaría de inmediato la cuestión de en qué lugar del Código mejor que en éste se situaría el cohecho activo" (vid. en "*op. cit.* págs. 147-148); García Arán M.: *La prevaricación judicial*. Pág. 30 y ss.; Caamaño Rosa A.: *Cohecho y soborno*. A.D.C.C.P. 1961. Tomo XIV. pág. 285. En contra de la idea de un bien jurídico único para todo el grupo, Mestre Delgado, quien opina que: "el Código Penal pretende evitar, configurando estos delitos específicos de funcionarios que éstos, prevaleciendo de la situación de poder que confiere el cargo, *lesionen además* otros bienes jurídicos dignos de la tutela penal" (en "*Responsabilidad Penal de Alcaldes y concejales*" ...cit. pág. 642).

específicos- para afirmar a continuación que el criterio de agrupación se encuentra en la circunstancia de que todas las conductas incriminadas son realizadas “con motivo u ocasión del ejercicio de funciones públicas” (45), funciones que se ven atacadas con la ejecución de las mencionadas conductas. Este primer rasgo, común e identificativo de todas las figuras del Título VII, permite a este sector desplazar la tutela penal fuera de la figura del funcionario -ya se establezca ésta en relación a sus cualidades personales o a sus deberes profesionales- y centrar el objeto de protección en la actividad que ellos desempeñan. El bien jurídico en los delitos de funcionarios, se muestra, por tanto, desde el punto de vista de esta segunda concepción, en relación con la protección de la correcta actividad o el recto funcionamiento de la Administración Pública, definiendo ésta en un sentido amplio, es decir, agrupando dentro de este concepto el conjunto de funciones públicas estatales (judiciales, legislativas y ejecutivas), funciones todas ellas, que, como ya hemos mencionado, se verían atacadas con las conductas de referencia (46).

Al lado de esta protección penal al funcionamiento de la Administración, no falta algún autor que añade que estas conductas comportan, además, la lesión de otros valores más particulares tales como la dignidad, la pureza (47) o el presti-

(45) Cobo del Rosal M.: *Examen crítico...* cit. págs. 240-241; Octavio de Toledo E.: *La prevaricación...* cit. págs. 135-150; García Arán M.: *La prevaricación judicial...* cit. pág. 30 y ss.

(46) La adopción de este criterio amplio de Administración les permite superar a este sector doctrinal la circunstancia de que algunas conductas realizadas en el ejercicio de funciones como, por ejemplo, las judiciales o las militares, difícilmente puedan reconducirse al concepto de actividad administrativa.

(47) Vid. Ferrer Sama A.: *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV. Madrid 1956. pág. 156. En sentido contrario, decía Maurach: “que si hubiera de determinarse un bien jurídico en los delitos de funcionarios este no se hallaría en la protección de “la confianza en la pureza de la función”, sino en la “pureza en el ejercicio de la función”, protegiendo ésta se lograría la confianza, pero no al revés, tales creencias “más se aproximan a una especie de

gio de la Administración Pública o la confianza que los ciudadanos depositan en ella (48). Por otra parte, la visión omnicompreensiva del objeto de protección en todos los delitos de funcionarios permite a sus partidarios superar el inconveniente que representaban aquellas figuras delictivas cuya conducta corre a cargo del particular -y respecto de quienes no se puede mantener que quebrantarán un deber profesional-. Lógicamente, desde el punto de vista del bien jurídico como protector de la actividad estatal no es cuestionable que dicho funcionamiento puede ser perturbado tanto por el funcionario como por el particular. Esta es la razón por la cual, para este sector de la doctrina, no se pueden excluir del texto penal, y en concreto del Título VII, las sanciones a los particulares que con su conducta hacen posible el grave daño a la Administración Pública que estos delitos tratan de evitar.

Por último conviene apuntar, que aunque esta última opinión sobre el bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios supone un paso adelante frente a la concepción que los sitúa como quebrantamientos del deber -al menos desde un punto de vista de una concepción objetiva del Derecho penal-, sus defensores han mostrado cierto escepticismo en torno al valor interpretativo de una definición tan ampliamente confi-

difamación que a un delito de funcionarios” (en *Derecho Penal. Parte General (traducción y notas de Derecho penal español por Juan Córdoba Roda)*. Barcelona 1962. pág. 11).

(48) Vid. Puig Peña F.: *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. cit.* pág. 293. Partidario del quebrantamiento de un deber, pero defendiendo que al lado de éste se lesiona también, la confianza de los ciudadanos, Bacigalupo E.: *Estudios sobre la Parte Especial de Derecho Penal... cit.* pág. 353, del mismo autor, *Sobre la reforma de los delitos... cit.* págs. 1.101 y 1.102. La presente construcción sobre que el bien jurídico protegido en el cohecho obedece a la protección de la confianza o credibilidad del Estado ante la comunidad, se debe a Loos: *Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, in “*Festschrift für H. Welzel*” Berlín/Nueva York 1974. pág. 879 y ss. Y a esta idea se adhieren en la doctrina alemana, entre otros P. Cramer, en *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch-Kommentar*, 20. Aufl. München 1980. y H.P. Rudolphi, in *SK, Band 2, Besonderer Teil*. pág. 10 de la anotación a los parágrafos 331 y ss.

gurada, y, en este sentido, han destacado que es demasiado vago y genérico referirse sin más a la tutela del “prestigio de la Administración Pública” o de “la confianza que los ciudadanos depositan en ella”. Este es el motivo por el cual este sector pese a defender el criterio de un bien jurídico categorial para todo el grupo de delitos, advierte que su existencia no exime de indagar como se concretan sus facetas en cada delito en particular.

Descendiendo a las conductas de cohecho, para la mayoría de los autores que se han ocupado del tema el rasgo común a todas sus especies se encuentra en la nota genérica de ser todas ellas muestras de corrupción del funcionario que claudica en el cumplimiento de sus deberes o se manifiesta predisuesto a infringirlos mediante soborno. Partiendo de esta idea, se apunta que el bien jurídico que en concreto tutela el Capítulo IX del Título VII es el interés en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción, esto es, evitar que ejerciten sus funciones, ya conforme a derecho ya de forma contraria a él, en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos. La confianza de los ciudadanos en el recto funcionamiento se verá lesionada cada vez que las decisiones de la autoridad aparezcan como producto de decisiones ajenas al cumplimiento de la ley y especialmente cuando corren el peligro de ser compradas por los particulares” (49).

F) Especial referencia a la doctrina italiana.

En la esfera de la doctrina italiana -que entiendo merece una mención particular tanto por la atención que ha prestado a esta materia, como por la semejanza que guarda su regulación del cohecho con la descrita en nuestro texto penal- se

(49) Así, Vid. Córdoba Roda J.: “*El cohecho de funcionarios públicos*”... cit. pág. 175 y ss. Bacigalupo E: *Estudios...* cit. pág. 352, del mismo autor vid. *Sobre la reforma...* cit. 1.100, siguiendo en parte su opiniones, vid. López Barja de Quiroga J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial III...* cit. pág. 173.

verifica igualmente en torno a este problema una significativa uniformidad de opiniones. Partiendo de diferentes formulas, la generalidad de los autores convergen, de un modo explícito o implícito, en reconducir todas las hipótesis de cohecho a la prohibición de aceptar una retribución privada por el cumplimiento de actos del cargo y en señalar que el bien jurídico tutelado en vía mediata es el “prestigio” y “la dignidad” del Estado. Ambos rasgos son, para la doctrina italiana, condiciones imprescindibles para gestionar con eficacia los intereses público que el Estado tiene encomendados (50).

Semejante perspectiva es válida, según la opinión dominante, tanto para el cohecho pasivo propio como para el impropio. En esta última modalidad, los autores citados ponen de relieve que, independientemente de que el acto perseguido a cambio de la dádiva sea un acto lícito, se constata igualmente, junto con el atentado al “prestigio” y a la “dignidad” del Estado, una ofensa al funcionamiento de la función pública. A su juicio, en el cohecho pasivo impropio, el funcionario aparte de contrariar la prohibición de aceptar dádivas o presentes, contribuye con su conducta a instaurar hábitos de venalidad en el seno de la Administración, afectando por tanto a su correcto funcionamiento y a la eficacia “virtual” del Esta-

(50) Vid. a título de ejemplo, Altavilla E.: *Pubblica Amministrazione (Delitti dei pubblici ufficiali contro la)* in “Nuevo Digesto italiano”. Vol. X. Torino 1939. pág. 947. Manzini V.: *Trattato di diritto penale italiano*. Vol. V. (4ª Ed.). Torino 1962. pág. 177; Riccio: *Corruzione (Delitti di)* in *Noviss. Dig. It.* Vol. IV. Torino 1959. pág. 899; Venditti R.: *Corruzione (Delitti di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, V.X. 1962. pág. 755 y ss.; Pannain R.: *I Delitti dei Pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Napoli 1966. pág. 115 y ss.; Ranieri S.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (de los delitos en particular)*. Tomo III. Bogotá 1975. pág. 268. Antolisei F.: *Manuale de Diritto Penale. Parte Speciale*. V. II. Milano 1986. pág. 785 y ss.; Mirri M.B.: “I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettive di riforma” in *Giust. Pen.* 1987 II. pág. 129 y ss. En términos críticos: Pagliaro A.: *Principi di Diritto Penale. Parte Speciale*. (4ª Ed.). Milano 1986. pág. 135 y ss. Mazza: “*Appunti sulla struttura del delitto de corruzione propria*” in *Mass. pen.*, 1978 (fasc. 11-12). Roma 1978.

do para realizar sus fines. Siendo así que en el cohecho pasivo impropio, aunque de una forma menos gravosa, se lesionan idénticos valores que en el cohecho pasivo propio.

G) Crítica de la doctrina anteriormente expuesta sobre “el buen funcionamiento de la administración” como bien jurídico protegido en el delito de cohecho.

Estimar que en el delito de cohecho se persigue la protección del “funcionamiento de la Administración”, “el prestigio”, “la pureza” (51) u otras fórmulas igual de vagas, no sólo es insuficiente para explicar la auténtica esencia de este delito - quizás de los más graves de todo el Código penal- sino que semejantes criterios están en contradicción con el concepto y las funciones que el bien jurídico desempeña dentro del seno del Derecho Penal. A tales efectos trataremos de contrastar estas funciones (interpretativa, sistemática y de garantía) con la fórmula “protección del funcionamiento de la Administración”.

G.a) El valor interpretativo del “buen funcionamiento de la Administración”.

Se ha destacado que la exacta caracterización del bien jurídico protegido, en cuanto principal elemento interpretativo de la norma penal, contribuye a fijar mejor los contornos de los tipos penales (52). Por ello, hacer una referencia genérica

(51) En este epígrafe se realiza conjuntamente la crítica de aquellas posiciones que adscriben el bien jurídico protegido en por el delito de cohecho, bien a la protección del “prestigio” o “la pureza de la Administración”, bien a “la confianza que los ciudadanos depositan en su buen funcionamiento”. Esta equiparación está motivada por el entendimiento de que, en el fondo, estas fórmulas no son más que formas “eufemísticas” de decir que el delito de cohecho obedece a la protección del “buen funcionamiento de la Administración”.

(52) Con ciertos matices, Cobo del Rosal M. y Vives Antón T.S.: *Derecho Penal. Parte general...* cit. pág. 242. Asimismo, Octavio de Toledo E. y Huerta Tocildo S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito (I)*, (2ª Ed.). Madrid 1986. pág. 159; Hassemmer W. y Muñoz Conde F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia 1989. pág. 119.*

a que la norma penal evita la lesión de un bien jurídico sin ulteriores especificaciones puede estimarse insuficiente para satisfacer el principio constitucional de taxatividad penal. En este sentido, decir que en el delito de cohecho se protege el buen funcionamiento de la Administración, sin ulteriores matizaciones, es un criterio harto inseguro para afirmar la relevancia penal de determinadas conductas.

Un comportamiento negligente o malintencionado de un funcionario puede alterar el buen funcionamiento de la Administración, pero de dicha perturbación no se sigue siempre la existencia de un delito, pudiendo ser su conducta merecedora de una sanción administrativa o incluso de una mera desaprobación moral. Así como, todo comportamiento poco diligente de un funcionario (faltas de puntualidad o de asistencia reiterada al puesto de trabajo, de rendimiento o un trato descortés para con el administrado...) menoscaba la confianza que los ciudadanos depositan en la eficacia de la gestión administrativa. Por lo tanto, a primera vista se desprende que el criterio del "buen funcionamiento" como criterio rector de interpretación, no nos permite vislumbrar con claridad cuándo una conducta puede ser calificada de delito y cuándo de una mera infracción administrativa.

No obstante, en el delito del cohecho, sucede algo muy curioso ya que una conducta, en principio, inscribible en él, puede no sólo no dañar a la actividad administrativa, sino incluso volverla más eficaz (por ej. sí un funcionario acepta una dádiva por dictar una resolución imponiendo el uso de un ordenador de marca de prestigio en un departamento administrativo, a consecuencia de lo cual la actividad administrativa gana en sencillez, agilidad y rendimiento). Por ello, insistimos, antes de elevar estos criterios a la categoría de bien jurídico hay que tener en cuenta que:

1º) En lo concerniente al **delito de cohecho pasivo propio**, únicamente podría decirse que el funcionamiento de la Administración resulta en realidad lesionado si para la consumación del delito se requiriese la efectiva realización del

acto contrario al cargo, ya que sólo en este supuesto la actividad administrativa se vería desviada de los fines que legalmente tenía asignados; pero en la medida en que el mencionado delito se consuma con la “solicitud”, “la aceptación” o el “recibimiento” no se puede decir que tal actividad se vea efectivamente lesionada. Y, por lo tanto, si no existe lesión material y objetiva de ese funcionamiento lo único que cabe afirmar es que aquellas declaraciones de voluntad potencialmente pueden causar una “perturbación” del mismo, circunstancia que desde la perspectiva del contenido de injusto de este delito, significaría configurarlo como un delito de peligro abstracto. Igual razonamiento, puede aplicarse respecto de las conductas tipificadas como cohecho activo, y sin querer caer en lo absurdo puede decirse que tanto afecta al buen funcionamiento de la Administración el ofrecer dinero para evitar que el funcionario nos cobre una multa, como invitarlo a tomar unas copas en horas de servicio.

2º) Respecto al **cohecho pasivo impropio**, como se desprende del texto penal, no puede decirse que la mera aceptación del regalo en consideración a la función, o para la ejecución de un acto que no esté prohibido legalmente, afecten al funcionamiento de la Administración, ya que en ninguno de los dos casos la actividad administrativa se desvía de sus cauces o normas iniciales. Por lo tanto, el cohecho pasivo impropio, cuando tiene lugar parece tener un efecto nocivo mínimo sobre el funcionamiento de la Administración (53).

3º) Mención particular merece la posición que cifra el objeto de protección en el “prestigio” de la Administración. A este respecto cabe interrogarse qué se pretende proteger realmente, si el prestigio en cuanto atributo de la Administración Pública o en cuanto reflejo psicológico del mismo en el ámbito social. En ambos casos se trataría de dotarla de un halo de

(53) Es más se ha constatado que no faltan ocasiones en que un funcionario incentivado por un regalo despliega una eficacia superior respecto a lo que en él viene siendo acostumbrado y, muy especialmente, respecto a los asuntos o negocios que incumben al particular que hizo la donación.

integridad y respeto para no despertar recelos y suspicacias de los ciudadanos. Un bien jurídico así determinado, sólo puede obedecer a una concepción autoritaria de la Administración en la que ésta se concibe como un fin en si mismo, más que como un organismo de servicio al público (54).

Además, conviene tener presente que no siempre que el prestigio de la Administración se ve envuelto en sospechas se debe a que realmente todo el sistema político de un país sea corrupto, por ello, desde la óptica penal, hay que diferenciar los escándalos de la corrupción, y por lo tanto, no siempre todos los escándalos son constitutivos de cohecho. Por otra parte, el hecho de que en un sistema democrático, y el nuestro lo es, los ciudadanos conozcan los sucesos de corrupción que ocurren en el seno de la Administración Pública, no sólo no perjudica el “prestigio y la confianza en los Poderes públicos” sino que lo refuerza. Quiero decir con esto, que ha de saberse que todo sistema de gobierno va a tener que convivir con escándalos o episodios de corrupción de alguno de sus gobernantes. Los escándalos son insuprimibles como lo es la ambición humana y siempre hay que contar con un porcentaje de conductas que se desvían de lo que es un comportamiento jurídico correcto. Pero su existencia no es lo determinante, lo que definitivamente influye en el desprestigio de la Administración Pública, es la forma de hacerle frente; dotando al sistema de toda serie de mecanismos de control administrativo, policial y judicial para que este tipo de delitos sea castigado. La falta de persecución y por lo tanto de castigo para estas conductas, se puede decir que es la clave del eventual desprestigio de la Administración.

(54) Sobre la crítica del “Prestigio de la Administración como bien jurídico protegido” en los delitos de funcionarios, en la doctrina italiana: Bricola F: “*Interesse privato in atti di ufficio*” in E.D. Tomo XX II. Milano 1972. pág. 48; y *tutela Penale della P.A. e principi costituzionali*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli 1972, VI. pág.141; también, Pedrazzi C.: “*Millantato credito, trafic d’influence, influence peddling*” in *RitDPP*, 1968. pág. 914). En nuestro país, Octavio de Toledo E.: *La prevaricación... cit.* pág. 215 y ss.

En conclusión, a mi juicio y desde el punto de vista de la función interpretativa del bien jurídico, no resulta válida la concepción que mantiene que el delito de cohecho responde a la protección del “buen funcionamiento” o del “prestigio” de la Administración Pública. Y, esto, en base a las siguientes razones: **a)** porque dichas fórmulas no son aptas para deslindar conductas que pueden ser constitutivas de delito o caer en el marco de una infracción administrativa; **b)** porque existen supuestos de cohecho en que la lesión a ese “correcto funcionamiento” (entendiendo éste como sinonimo de rendimiento, economía o celeridad en la actividad administrativa) no siempre se puede constatar; y **c)** porque el hecho de que los ciudadanos tengan conocimiento de la existencia de comportamientos corruptos en el seno de la Administración Pública (que siempre han existido y siempre existirán), toda vez que sean debidamente reprimidos y castigados, no sólo, no perjudica sino que refuerza su confianza en las instituciones democráticas.

G.b) El valor sistemático del “buen funcionamiento de la Administración”.

Desde el punto de vista sistemático se ha dicho que el bien jurídico constituye un criterio de ordenación de las diferentes figuras de delito que se recogen en la Parte Especial del Código. Aunque todavía existen autores que creen que no hay que concederle tanta importancia a esta función del bien jurídico y que, por lo tanto, se la ha magnificado. En cualquier caso, lo cierto es que cada vez más, entre las corrientes actuales de la doctrina penal, triunfa la idea de que si el bien jurídico es el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción, en armonía con esta creencia debe procederse a la ordenación de las figuras de delito en el texto penal conforme a su naturaleza (55).

(55) La importancia de esta exigencia se traduce como dijo Quintano en que “una clasificación de los delitos y de la Parte Especial del Código fuera del cauce objetivo del bien jurídico, apenas si merece otra mención que la de carácter informativo” en *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal. Vol. I. (2ª Ed. puesta al día por E.Gimbernat). Madrid 1972. pág. 14.*

Pues bien, ¿hasta qué punto la frase “delitos contra el buen funcionamiento de la Administración” o contra el “prestigio de la Administración Pública”, encierra un criterio adecuado para clasificar las infracciones actuales?. Hay que tener presente que decir “delitos contra el buen funcionamiento de la Administración”, es lo mismo, que decir “delitos contra la Administración Pública” (56).

El primer problema que se suscita está en dar con el concepto de Administración Pública. Como hemos dicho anteriormente, desde la perspectiva de la protección de su buen funcionamiento, para la mayor parte de la doctrina penal, el concepto de Administración Pública viene entendido como el conjunto de funciones públicas que desarrolla el Estado (57).

Frente a este planteamiento de la Administración Pública que implica un concepto omnicomprendivo de ésta y que difumina, en beneficio de la unicidad, las diferencias entre las actividades legislativa, judicial y administrativa, Octavio de Toledo, entiende que: “se impone un estudio que determine la distinción de cada una de ellas respecto a las otras, a través del señalamiento de los “valores cardinales” de cada una o específicas cualidades que deben acompañar su ejercicio”. A este fin, Octavio de Toledo, haciendo un amplio estudio del concepto de Administración Pública, dice que desde el punto

(56) Tal y como disponen el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 y el Anteproyecto de 1994 que en idéntico Título (XVI) recogen los delitos comentados bajo la rúbrica “Delitos contra la Administración Pública”.

(57) Vid. Tagliarini F.: *El concetto di pubblica amministrazione del codice penale. Milano 1973*. Este concepto adoptado por la generalidad de la doctrina, fue fuertemente contestado en Italia, donde, entre otros autores, Bricola vió el concepto unitario de Administración Pública como un atentado fascista contra la separación de poderes (*in Tutela penale dicit* pág. 566). En nuestro país, Casabó Ruíz señala que un Título dedicado a los delitos contra la Administración Pública “vendría a favorecer los planteamientos autoritarios eufemísticamente encubiertos bajo la denominación de “Poder ejecutivo fuerte”... “con la rúbrica de delitos contra la Administración Pública se pone el acento en los intereses de la propia Administración que pueden ser distintos y aún contrarios a los generales”(*en Introducción al estudio...cit. págs. 194-195*).

de vista de la protección penal, éste es susceptible de acogerse con dos planteamientos diferentes; bien asumiendo el significado de **Administración-función**, en el que la Administración Pública pasa a identificarse con uno de los poderes del Estado, el Ejecutivo; bien asumiéndolo como **Administración-Persona**, en el que la Administración Pública pasa a ser considerada como una persona jurídica que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería precisamente la de administrar. Octavio de Toledo aconseja la asunción de este último significado porque se adapta a un mejor planteamiento de la separación de poderes, siendo, por el contrario, el concepto Administración-función un concepto autoritario ya que su adopción como objeto de tutela penal significa ofrecer sólo protección a la Administración como brazo ejecutivo de las órdenes del Gobierno (58). En consecuencia, para Octavio, desde el punto de vista de la protección penal en los delitos del Título VII, debe acogerse el concepto de **Administración-Persona** ya que conecta con la personalidad jurídica del Estado, derivando de ello que, en última instancia el auténtico objeto jurídico de protección sea el Estado que desempeña funciones (59).

Por mi parte, no alcanzo a comprender la diferencia entre la definición que proporciona Octavio de Toledo y la que suministra la doctrina que él pretende criticar. Evidentemente, podría tildarse de autoritaria a una concepción que propugnara ofrecer protección a la Administración en cuanto instrumento de ejecución de las órdenes del Gobierno, pero creo

(58) Según Octavio de Toledo E.: "frente al concepto de Administración -función, el de Administración -persona, se presenta, efectivamente, mucho mejor adaptado a las exigencias sociales del momento actual. Permite, entre otras cosas, intentar realizar esa tarea antes señalada como necesaria, esto es, individualizar a través de las singulares características que a cada una acompañan, las tres diferentes actividades de legislar, juzgar y administrar desenvueltas por los correspondientes y separados poderes" (*La prevaricación... cit. pág. 196*).

(59) Vid. Octavio de Toledo E.: *op. cit. pág. 236*. Siguen su planteamiento, Álvarez García F.J.: *El delito de desobediencia... cit. pág. 137 y ss.* García Arán M.: *La prevaricación judicial... cit. 33 y ss.*

que también lo es ofrecer protección penal a la Administración entendida como persona jurídica. La personalidad jurídica de la Administración puede tener relieve a efectos patrimoniales o procesales, pero no en orden a la protección penal. Actualmente es bastante debatido que en un sistema democrático de Derecho se pueda seguir hablando de la personalidad jurídica de la Administración fuera de los exclusivos cauces patrimoniales o procesales, ya que en opinión de autorizados publicistas el entendimiento de la Administración como persona jurídica única en el ámbito interno parece chocar con la proclamación constitucional de una pluralidad de personas u órganos estatales que no están vinculados a la persona administrativa (60). Evidentemente, esta digresión quizá escape de

(60) Tomando como referencia el art. 1 de la L.R.J, que afirma: “La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”, un sector doctrinal ha venido elaborando una importante reflexión teórica, García de Enterría en *Verso un concetto de Diritto Amministrativo como Diritto statutario, Rivista trimestale di Diritto Pubblico*. 1960. pág. 317 y ss., postula una tesis en la que se sostiene que la personalidad jurídica del Estado en el orden interno debería atribuirse en exclusiva a la Administración, y en la que se define al Parlamento como órgano político y a la judicatura como órgano de Derecho (estas opiniones se repiten considerablemente resumidas en el *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid 1980. pág. 21 y ss). Durante mucho tiempo los planteamientos de Enterría fueron admitidos pacíficamente por la doctrina. Sin embargo, y a raíz de la aprobación de la Constitución de 1978 se abrió una polémica sobre la conveniencia de revisar semejante dogma, que todavía hoy no ha concluido. Los exponentes principales de esta polémica son entre otros autores: Garrido Falla: *Reflexión sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*. Madrid 1982.; Santamaría Pastor: *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, *Revista de Derecho Público de la UNED*, nº 9. 1981. pág. 7 y ss.; López Guerra: *Algunas precisiones acerca de la personalidad Jurídica del Estado*, *Revista de Derecho Público de la UNED*, nº 11. 1982. Frente a las tesis sostenidas por los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez, los autores citados vienen oponiendo básicamente tres alegaciones: 1º) Resulta una contradicción insostenible admitir la personalidad estatal en el plano externo para a continuación negarla y desconocerla en el plano interno. 2º) Parece discutible admitir como único centro de imputación interno al sujeto “Administración”, porque ello

los límites del campo estrictamente penal, para pasar a ser un tema de la Teoría Constitucional (bastante debatido por lo demás); no obstante, una cosa sí es cierta, nuestro actual texto constitucional nada dice sobre la personalidad jurídica de la Administración y en este sentido se ha subrayado que no deja de ser curioso que mientras las leyes anteriores a la Constitución hacen expresa mención de la personalidad jurídica de la Administración (art. 1 de la L.R.J.) la Constitución actual nada dice sobre este aspecto, en contraste con el reconocimiento expreso que hace de la personalidad jurídica de los Municipios (art. 140) y de las Provincias (art. 141.1) (61).

Dejando de lado el problema inherente a la búsqueda de un concepto de Administración Pública, la concepción que sitúa a los delitos de funcionarios como “delitos contra el buen funcionamiento de la Administración”, plantea desde el punto de vista sistemático un segundo interrogante y es por qué permanecen fuera de este grupo no sólo los delitos de funcionarios recogidos en el Título II, Sección II -pues aunque afecten a los derechos de los particulares entrañan todos ellos un funcionamiento anormal de los servicios públicos-, sino también el Título IV relativo a los “delitos contra la Administración de Justicia” (62) y el Título VI relativo a los “delitos contra la Hacienda Pública”, dado que todas las conductas allí

supondría, además de negar el carácter jurídico de los ordenamientos no administrativos, desconocer la existencia de órganos estatales no vinculados con la persona administrativa. 3º) Semejante planteamiento desconoce, además un dato de la realidad, como es la posibilidad de que órganos no administrativos -Parlamento, Consejo General del Poder Judicial- mantengan relaciones jurídicas sometidas al control de los Tribunales de Justicia (Vid. en *Curso de Derecho Administrativo I... cit. pág. 21 y ss.*).

(61) Vid. Garrido Falla F., Cazorla L.M., Entrena y otros: *Comentarios a la Constitución Española* (2ª Ed.). Madrid 1988. pág. 1430.

(62) Dentro de “los delitos contra la Administración de Justicia”, del art. 331 castiga el falso testimonio de testigos y peritos dado mediante cohecho. Y a su vez el art. 388 del C.P. castiga el cohecho cometido por los peritos, jurados, árbitros u otras personas que participen en el ejercicio de la función pública. La diferente localización en el Código Penal de dos conductas que “aparentemente” son iguales, sólo puede explicarse bien por un error del

recogidas están castigadas porque de un modo u otro afectan a su correcto funcionamiento.

Tomando como referencia el bien jurídico criticado, la única justificación posible de la dispersidad y diferente localización de conductas que son en última instancia ataques al correcto funcionamiento de la Administración (de Justicia, Tributaria...etc.), sólo puede residir en que los delitos del Título VII se caracterizan por que su comisión corre a cargo de funcionarios que lesionan el funcionamiento de la Administración desde su interior, con lo que, por una línea más alambicada si cabe, estamos muy próximos a una concepción de los delitos de funcionarios como infracciones del deber del cargo.

En conclusión, creo que cifrar el objeto de protección en los delitos de funcionarios en “el correcto funcionamiento de la Administración”, la función pública u otra fórmula igual de vaga y confusa, plantearía aquí los mismos problemas que ha suscitado en otros países donde aparece. La idea de los delitos de funcionarios como delitos contra la Administración Pública, en tanto que criterio de agrupación no sirve, no sólo porque no entraña progreso político alguno, sino porque obliga a buscar un concepto lo más amplio posible de Administración Pública que prácticamente resulta inválido por su excesiva generalidad. A ello se añade que el aludido criterio tampoco explica cuál es la razón de la agrupación de estas figuras, o dicho de otro modo, cuál es el fundamento básico de la estructura abstracta de los delitos de funcionarios, por lo que, en consecuencia, desde mi punto de vista, no se muestra un criterio apto para una posterior ordenación de los mismos.

G.c) El valor de garantía penal en el “buen funcionamiento de la Administración”.

Actualmente, es de todos reconocido que la función más importante que desempeña el bien jurídico dentro del

legislador que conduce a la superposición de dos figuras delictivas o bien que las dos figuras obedecen a la protección de distintos bienes jurídicos, pese a realizarse ambas en el ejercicio de una función pública.

Derecho Penal es el valor que posee como instrumento de control del poder punitivo estatal; en este sentido, se dice, además, que el principio por el cual se proclama el sometimiento del Derecho penal a la exclusiva protección de bienes jurídicos es la mejor garantía de las que disponen los ciudadanos en un Estado de Derecho frente a una abusiva intervención estatal en materia represiva (63).

En suma, actualmente es creencia dominante que este valor o función de garantía del bien jurídico se materializa en dos distintas facetas: la primera en que sólo la observancia de este principio impide al legislador tipificar conductas que no representen una ofensa o una puesta en peligro de un bien o un valor estimado como necesario para la pacífica coexistencia de toda la colectividad; y, la segunda, que sólo una vez exteriorizado el daño o el peligro que la conducta prohibida comporta para ese bien jurídico, puede afirmarse que esa conducta sea delictiva (principio de lesividad). De lo expuesto anteriormente, cabe deducir que si estas son las funciones primordiales atribuidas al interés jurídicamente protegido por los delitos de funcionarios, ambas quedan bastante mal paradas cuando se defiende desde distintos sectores que estos delitos obedecen a la protección de la actividad estatal (que es lo mismo que decir lisa y llanamente que obedecen al “correcto funcionamiento de la Administración”).

(63) La función de garantía del bien jurídico ha sido subrayada prácticamente por la generalidad de la doctrina penal, vid. así entre otros autores, Cobo del Rosal M. y Vives Antón T.S.: *Derecho Penal. Parte General... cit. pág. 224.*; Octavio de Toledo E.: *Sobre el concepto de Derecho penal... cit. pág. 344 y ss. del mismo autor, vid. “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. ADPCP. Enero-Abril 1990. pág. 1 y ss.* Muñoz Conde F.: *Introducción a la teoría jurídica del delito... cit. pág. 49,* del mismo autor en colaboración con Hassemmer, vid. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal... cit. pág. 112 y ss.* Por otra parte, también cabe destacar el trabajo de Mir Puig S.: *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi, en E.P.C. XIV (1989-1990). Santiago de Compostela 1991.*

Como íbamos diciendo, si la función de garantía se concreta en un freno o límite a la abusiva intervención del Estado en materia penal, tal función, en el caso de los delitos de funcionarios, se verá doblemente reforzada en el supuesto de que el objeto jurídico protegido por estos delitos se halle objetivamente concretado, ya que, la cifra de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de la función pública aumentan a la par que aumenta la intervención del Estado en los distintos sectores de la sociedad. En efecto, desde el punto de vista histórico, es evidente que el paso que en los últimos tiempos ha dado la sociedad española a una forma de Estado Social democrático de Derecho ha conllevado una intervención cada vez más extendida y penetrante del Estado en todos los sectores de la sociedad, especialmente por lo que respecta al sector económico, ya que no sólo interviene como legislador y garante, sino también como operador por cuenta propia en la formación de una economía pública al lado de la economía privada, propia de la época liberal. Pero no se puede olvidar que esta nueva situación conlleva, además, en principio, multiplicar las ocasiones y tentaciones de corrupción, creando el peligro de que en innumerables ocasiones la suerte de una empresa económica (independientemente de su volumen e importancia) pueda verse favorecida o entorpecida a diferentes niveles por una decisión o actuación de los poderes públicos. Desde este punto de vista, entiendo que mantener que el delito de cohecho obedece a la “protección del funcionamiento de la Administración” o de la “función administrativa” es seguir manteniendo un concepto formal del bien jurídico protegido por este delito, aunque tal funcionamiento se interprete, como hemos mencionado anteriormente, como sinónimo de eficacia, celeridad, rendimiento y conformidad al interés público, ya que en el fondo el encargado de concretar cuál es ese interés no es otro sujeto que el propio Estado. Ante esta situación sólo cabe formular una pregunta, hasta qué punto es operativo mantener que el objeto protegido por el grupo de delitos comentado es la actuación del Estado o el interés del Estado

en su buen funcionamiento cuando las conductas incriminadas vienen siendo realizadas por los mismos sujetos a través de los que actúa (ya que como dijo Balzac “la burocracia es un poder de gigantes puesto en movimiento por enanos”), o, cómo se pueden conciliar dos extremos tan contradictorios, como son mantener, por una parte, el que estas conductas tienen su razón de ser en la exigencia de una mayor responsabilidad al Estado frente a los ciudadanos por la actuación que desempeña, y, por la otra, defender que junto a esta exigencia de responsabilidad, se protege también a través de estas figuras su actividad funcional. Conclusión: o indirectamente estamos encubriendo a través de la “protección de la actividad estatal” una opinión de estos delitos como “quebrantamientos del deber funcional” o no es la actividad del Estado lo que en ellos se protege, al menos directamente.

Como ya hemos mencionado al inicio de este epígrafe, una segunda duda que nos planteamos, es la conciliación de la exigencia de un daño material o la lesión efectiva al bien jurídico protegido con la protección del funcionamiento estatal, ya que, como a continuación se intentará demostrar este daño, en el caso concreto de la comisión de un delito de cohecho, no siempre se exterioriza. Mantener que en el delito de cohecho - y casi se puede decir que en todos los delitos de funcionarios - se protege el buen funcionamiento de la Administración lleva a conclusiones absurdas y un tanto totalitarias; veamos, se puede proteger el buen funcionamiento de la Administración pero ello no quiere decir que se proteja para la satisfacción de todos los ciudadanos, pudiendo redundar una correcta gestión en beneficio de un determinado grupo. Pongamos por caso, el hecho de que una empresa privada gestione determinado servicio público no significa que su gestión se realice de forma negligente e incontrolada, pudiendo ser su funcionamiento intachable desde todos los puntos de vista, pero no obstante, su concesión pudo haberse realizado previo pago o recompensa a un funcionario; en este caso, si los ciudadanos reciben el servicio en buenas condiciones y, por lo tanto, están satisfe-

chos de sus prestaciones, y si además la gestión del mismo se realiza de una manera óptima, no existiendo ningún menoscabo del servicio, habría que concluir que, ya que usuarios y Administración están satisfechos, una conducta que en sí misma es delictiva no representa, o mejor dicho, no exterioriza ninguna lesión o daño para el bien jurídico que se estima preferentemente protegido, a saber “el correcto funcionamiento de la Administración”. Desde esta posición, se llegaría a absurdamente a concluir que el de cohecho es un “delito sin víctima” por que no existen perjudicados aparentes (64).

En fin, entiendo que dado que vivimos en una sociedad democrática y que la democracia es ante todo una forma de gestionar el ámbito público, esto es una *praxis*, (una *praxis* que, como dijera Lincoln, representa, todavía hoy, la última y mejor esperanza de la Tierra), por lo que no se trata ya de erradicar la intervención del Estado ni en materia económica ni en otro tipo de iniciativas que éste pueda tomar, ya que sólo

(64) Sobre las consecuencias económicas que las prácticas corruptas dentro de la Administración irrogan a los consumidores, especialmente, si estas prácticas se relacionan con concesiones de ventajas determinantes para un concreto sector de la economía vid. Henri-Bolle P. “*Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales*” *Revue Internationale de droit penal*. 1º trimestre. 1982. pag. 339 y ss. Un amplio estudio sobre como en determinadas ocasiones, las comisiones o “tangents” pagadas a funcionarios para obtener concesiones de obras públicas o suministros de bienes y servicios, revierten en el precio de la obra o del servicio, y terminan, en última instancia, siendo pagadas por el bolsillo de los contribuyentes vid Marino Caferra V.: *Il sistema de la corruzione, le ragioni...cit.págs. 97-119* y AAVV: *L'Economia della corruzione (a cura di L. Barca e S.Trento), Roma-Bari 1994*. Igualmente, sobre la relación entre prácticas de corrupción y competencia desleal y el peligro que estas prácticas irrogan al principio de igualdad en las condiciones de partida del Mercado Común europeo, vid. Bernasconi P.: *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri, en Rivista Trimestale di Diritto penale dell'economia (gennaio-giugno) 1993, págs.1-29*. Opinión que en la jurisprudencia española se ve reflejada en la **STS. 1 de junio de 1990, Ar. 4966**, en la que se especifica que como resultado de una conducta de cohecho: “se eliminaba el sistema de libre concurrencia de ofertas para el suministro de productos de primera necesidad a dicha entidad u organismo de servicio social, con indudable trascendencia en los precios y en la calidad”

mediante dicha intervención, se logrará una distribución más equitativa de la riqueza y una potenciación de aquellos sectores que por su complejidad o por su coste no pueden ser acometidas por los particulares (investigación, tecnología, obras públicas, transportes...etc), pero, creo que sí es menester que existan controles a esa actuación y que esos controles (ya sean parlamentarios, administrativos o penales) no se hagan en nombre de la protección de la Administración o de otro órgano estatal, sino del ciudadano mismo y de las expectativas que espera del Estado en la gestión de la cosa pública.

Para concluir, en aras del principio de única protección de bienes jurídicos es necesario abandonar la creencia de que el delito de cohecho, al igual que el resto de los delitos de funcionarios, constituyen un conjunto de incriminaciones legales tendentes a ofrecer protección a la actividad desarrollada por los órganos del Estado, protección que como hemos tratado de demostrar a lo largo de este capítulo, puede ser ofrecida en ocasiones en detrimento de los legítimos intereses de los ciudadanos.

H) Consideraciones críticas frente a la concepción del delito de cohecho como protector del interés del Estado en que los actos del funcionario, no sean objeto de retribuciones privadas.

Respecto aquellos que creen que lo que se tutela explícitamente a través del delito de cohecho es el interés del Estado que el funcionario no obtenga ninguna retribución privada por el cumplimiento de sus actos (legítimos o no), porque tal retribución deriva en un aprovechamiento o una utilización de la función pública en beneficio propio, cabe hacer las siguientes matizaciones:

a) En primer lugar, que el aprovechamiento o utilización de la función pública para fines privados del funcionario no es una característica inherente sólo al delito de cohecho. La instrumentalización de la situación jurídica que el funcionario posee dentro de la Administración Pública, está en la base de

la mayoría de los delitos de funcionarios del Título VII, por lo que tal característica autónomamente considerada no es apta para diferenciar el delito de cohecho del resto de delitos que forman el mencionado grupo. Además, tal concepción, presenta el inconveniente de vincular ese aprovechamiento de la función pública solamente al funcionario público, olvidando el papel que dentro del delito de cohecho desempeña la figura del particular, quien también pretende obtener a través de la actividad del funcionario algún beneficio personal. De tal modo, que quienes así piensan, pese a sostener la existencia de un sólo bien jurídico para ambas modalidades, por vías indirectas llegan a la misma conclusión que las concepciones que cifran la antijuridicidad del cohecho en la violación de un deber del cargo, ya que no explican porque se castiga la conducta del particular (65).

En efecto, quienes sostienen que el interés concreto tutelado estriba en que el funcionario no obtenga ninguna ventaja patrimonial a costa del ejercicio de la función pública, olvidan que aunque dogmáticamente el delito de cohecho pasivo pueda ser considerado como un delito autónomo e independiente del activo, fácticamente no es así, ya que es un delito de dos. Una cosa es que en el plano de la culpabilidad sea uno sólo el sujeto responsable (particular o funcionario), y otra cosa es sostener que en el plano típico de este delito no se necesite del concurso de dos o más personas (delito en el que para su comisión siempre es necesario que se solicite “a alguien” o se acepte o reciba dádiva o recompensa de

(65) A este respecto es ilustrativa la **STS. de 4 de octubre de 1990, Ar. 7650**, según la cual: “El que tales cantidades se entregaran antes o después del delito de falsedad, objeto del cohecho, carece de relevancia, *pues en ambos casos se lesiona el bien jurídico protegido que es, en definitiva, el buen funcionamiento de los servicios públicos* tan seriamente afectados por los comportamientos de corrupción como los ahora examinados, *si bien la mayor responsabilidad le incumbe al funcionario por los deberes de fidelidad al cargo que notoriamente quebranta*, no pueden excluirse las sanciones contra los particulares que con su conducta hacen posible el grave daño a la causa pública que estas figuras penales tratan de prevenir”.

“alguien” para ofrecerle a cambio la realización del acto o servicio). Esta circunstancia, característica especial del delito de cohecho (y por tanto la que lo diferencia de las restantes figuras de funcionarios) indica que no es sólo el aprovechamiento personal del funcionario lo que está llamado a reprimir y castigar el delito de cohecho, sino también el aprovechamiento singular que de la función pública persigue el particular, quien en el caso de conseguir su objetivo, ha contribuido a que, en aras de satisfacer un interés personal, la función pública deje de ser ejercida objetivamente en bien del interés general. Este deseo está en la base de todas las modalidades típicas de cohecho, incluso en el caso del cohecho pasivo impropio (66).

b) En segundo lugar, la concepción criticada tampoco explica la existencia del art. 390, al menos en una de las dos modalidades típicas que recoge este artículo. Como todos sabemos en el art. 390 se castiga al funcionario público que admite dádivas o regalos que le han sido entregados en atención al cargo que desempeña. Indudablemente, en este supuesto, aunque el funcionario obtenga un beneficio personal (en concreto de contenido patrimonial) no existe ninguna relación de medio a fin entre la admisión de ese regalo o beneficio y un acto a realizar por el funcionario. Razón, por la que no se puede hablar en el art. 390 (al menos en una modalidad determinada) de “retribución privada” y mucho menos de “compraventa”, porque aparentemente no hay nada que retribuir y nada que vender. De esta reflexión, se deduce, por lo tanto, sin grandes dificultades, que, o bien, el cohecho pasivo impropio obedece a la protección de un bien jurídico distinto, o

(66) Un ejemplo basta para demostrarlo: si se entregan 10.000 pesetas a un funcionario para obtener la aceleración de un expediente que acaba de llegar a su despacho -es decir para asegurarse la pronta realización de una función oficial-, no se puede decir que el particular esté comprando un servicio diferente del prescrito por las normas, pero qué duda cabe que la realización acelerada de una determinada tarea, aunque sea de mero trámite, en favor de una persona determinada y no en favor de otras (que pacientemente esperan su turno), concede al primero una ventaja sobre el resto.

bien, no es el interés jurídico que se comenta lo que en concreto se protege a través del delito de cohecho.

e) En tercer y último lugar, entender que todas las modalidades de cohecho tratan preservar el ejercicio de la función pública de los peligros y daños que pueden ocasionarle las retribuciones privadas por la realización de actos del cargo” significa, en cierto modo, confundir los medios que se utilizan para cometer el delito en algunas hipótesis de cohecho (la retribución por actos del cargo sólo podría predecirse en el art. 385, art. 386, 387 y una modalidad del art. 390) con el objeto de protección del mismo. Frente a esta confusión, baste decir, que la prohibición de que los actos del cargo sean objeto de compraventa privada no puede ser, y no es, un interés merecedor de tutela penal, al menos en vía autónoma; todo lo más, aquella prohibición puede constituir un medio para conseguir el logro de otro fin, respecto al cual, “la prohibición de aceptar o solicitar retribuciones por realizar actos del cargo” aparece como una de las condiciones precisas para alcanzarlo.

Insistir en las ideas de “retribución” y “compraventa” significa centrar la atención en el resultado del delito, pero no en la conducta misma. En este sentido, no se puede olvidar que a efectos de consumación, el delito de cohecho, en cualquiera de sus manifestaciones, no necesita ni que la dádiva entre en el patrimonio del funcionario, ni que éste realice el acto prometido, ya que se consuma con el mero “solicitar”, “recibir” o “aceptar” (y viceversa por lo que respecta a la conducta del particular). La redacción de los tipos legales, induce más bien a pensar que si el legislador anticipa la consumación al momento de la “solicitud”, la “aceptación” o el “recibimiento” es porque lo que de verdad le interesa no es tanto evitar la comisión o abstención de los actos (que salvo en el supuesto del art. 385, constituyen meros ilícitos administrativos) sino evitar que entre funcionario y particular se generen connivencias o negociaciones ilegítimas que, impregnadas de aquélla finalidad, pueden ser lesivas para el interés general.

En un alarde de síntesis, cabe concluir que las nociones de “buen funcionamiento”, “pureza” o “prestigio” en tanto que objetos de tutela ínsitos al delito de cohecho, no parecen satisfacer ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto central de bien jurídico exige al ordenamiento jurídico en orden a la precisión de los límites al *ius puniendi* estatal, al requisito de lesividad o peligrosidad de las acciones y a la necesidad de una correcta clasificación, desde el punto de vista material y valorativo, para la construcción de la Parte Especial del Derecho Penal, en cuyo sentido, el bien jurídico debe ser preterido a los criterios que dispensan atención prioritaria al sujeto, a los medios de ataque o a los motivos.

IV. El bien jurídico en el delito de cohecho en claves constitucionales.

A) Planteamiento.

Una vez expuestas las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más sobresalientes sobre el objeto de tutela en el delito de cohecho, procede abordar la misma problemática desde la perspectiva constitucional (67).

A este respecto, en nuestro país, no deja de ser interesante destacar cómo, a pesar de que las normas penales en materia de funcionarios pertenecen a una fase histórica anterior a la Constitución, esta circunstancia no ha sido obstáculo para que las recientes elaboraciones doctrinales -y alguna jurisprudencia aislada-(68) hayan tratado de definir el objeto formal de

(67) Así, Vassalli en relación al delito de cohecho, predijo que: “si por un lado, no es cierto que cada norma del Código Penal deba tener su base o soporte en una manifestación constitucional, de otro lado, es necesario que las normas penales no sean normas contrarias a los principios constitucionales, sin embargo siempre que sea posible encontrar un contacto directo con los principios impuestos por la Constitución, entonces es preciso considerar prevalentes tales indicaciones respecto aquellas que una interpretación sistemática de la norma penal puede sugerir” Vid. Vassalli G.: *Corruzione propria e corruzione impropria*; *Giust. Pen.*1979; *Parte II. pág. 306.*

(68) STS. 15 de marzo de 1982, Ar.1710; STS. 24 de mayo de 1989, Ar. 4252: “el hecho de ofrecer determinadas compensaciones a los fun-

estos delitos con arreglo a lo establecido en el texto constitucional. En esta línea, cabe destacar las últimas aportaciones doctrinales que subrayan que la búsqueda y posterior determinación del bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios, ha de hacerse poniendo de relieve “*el Servicio que los Poderes Públicos vienen obligados a ofrecer a la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico*” (69).

Esta última concepción, como punto de partida, presenta, a mi modo de ver, tres importantes aciertos; en primer lugar, extraer del ámbito interno de la Administración el objeto de tutela previsto en los delitos de funcionarios, para dotarlo de una dimensión externa al subrayar la tutela de los intereses de los ciudadanos particulares. Pues, una atenta reflexión sobre la opinión expuesta nos lleva a afirmar que, a partir de ella, el titular de dicho bien ya no es la Administración como mantenían las posiciones criticadas (70) sino que son los particulares los sujetos directamente afectados por la realización de las conductas de referencia.

cionarios es algo realmente injusto que comporta la corrupción de la Función Pública y es contrario al principio de igualdad -art. 1 y 14 de la C.E.- y por ende socialmente reprochable y punible a tenor del art. 391”. **STS. de 1 de junio de 1990; Ar.4966**: “... se eliminaba el sistema de libre concurrencia de ofertas para los suministros de productos de primera necesidad a dicha entidad u organismo de servicio social, con indudable trascendencia en los precios o en la calidad, es llano que está reflejado en la sentencia el acto injusto”.

(69) Vives Antón T.S.: *La Responsabilidad de los Jueces en el...* cit. pág.277. Orts Berenguer E. en Cobo del Rosal M. y Vives Antón T.S.y otros: *Derecho Penal.Parte Especial...* cit. pág. 477. Alvarez García F.J.: *El delito de desobediencia de los funcionarios...* cit. pág. 212 y ss. También se inclina por estos derroteros Luzón Peña D.: *Actuación en interés propio en los “fraudes” de funcionarios del art. 401 del C.P., en Estudios penales. Barcelona 1991. pág. 601 y ss.* González Cussac J.L.: *La prevaricación del funcionario público...* cit. págs. 18 y 19.

(70) A este respecto, la **STS. de 9 de abril de 1990, Ar. 3215**, considera sujetos pasivos del delito de cohecho a unos Agentes de la Policía urbana a los que un particular intentó cohechar para hacerlos partícipes en un delito de contrabando.

En segundo lugar, supone también un gran acierto decir “*los Poderes Públicos*” en sustitución de “*la Administración Pública*”, o lo que es lo mismo, utilizar un concepto global que, elaborado por la Ciencia constitucional tenga validez para todo el ordenamiento jurídico (dado que ampara todas las funciones del Estado). Entiendo, que el empleo de una denominación amplia que designe a todos los sujetos obligados a prestar ese servicio a la comunidad, -aunque sea a efectos puramente literales- parece respetar mejor el campo de aplicación de estos delitos y evita una enojosa identificación del Poder Ejecutivo con el resto de los Poderes del Estado, cuyos miembros también pueden cometer la clase de delitos comentados.

En tercer y último lugar, es interesante también el hecho de reivindicar que el ejercicio de ese servicio debe someterse a canones objetivos y, por lo tanto externos (entiéndase respecto a las pautas de organización interna marcadas por la propia Administración), como son los principios y criterios prefijados en el texto constitucional. El contenido preceptivo de estos principios será el auténtico bien jurídico lesionado por el delito en estudio.

A mi modo de ver, el cambio de postura adoptado por éste último sector doctrinal, esto es, la construcción postulada por los autores partidarios de un bien jurídico protegido desde el punto de vista constitucional, significa en cierto modo despreciar las fórmulas vagas y genéricas que circunscribiendo el objeto de tutela en la confianza de los ciudadanos en el “buen funcionamiento” o en el “prestigio” de la Administración”, no compensaban la artificialidad de sus teorías con la aportación de ventajas prácticas a la hora de aportar soluciones para casos concretos. Verificándose, además, en la vida real situaciones en que por falta de publicidad en torno a estas conductas o debido a otras circunstancias, el cohecho no afecta al prestigio del Estado ni a la confianza de su actuación frente a la comunidad. Como ya hemos señalado, no se puede generalizar que la realización aislada de esta clase de infracciones implique como norma la quiebra de la confianza en la capaci-

dad funcional del Estado. Este es un sentimiento, o mejor dicho, una consecuencia que generalmente no va unida a unas prácticas aisladas sino que puede derivar de su falta de castigo. Por último, desde un plano estrictamente jurídico-penal, también hemos avanzado que de acuerdo con la referida orientación mayoritaria, para que en la práctica pueda castigarse un delito de cohecho a título de consumación tendríamos que concebir esta infracción como un delito de peligro. Si a esto se une que tutelar la confianza de los ciudadanos en la capacidad funcional de la Administración se justifica en último lugar por el objetivo de evitar el debilitamiento del poder público o incluso su misma desaparición, el cohecho pasaría a consistir un delito “de peligro de un peligro”.

B) Los principios constitucionales de la función pública y los delitos de funcionarios.

Un primer peligro que acecha a los sistemas democráticos es el de la posible patrimonialización de la función pública por parte de quienes actúan desde su interior, por lo que se convierte en requisito esencial para la supervivencia de los mismos, tratar de someter el ejercicio de la función pública a una serie de normas que garanticen un comportamiento objetivo y a través de las cuales se evite, en la medida de lo posible, la manipulación del aparato del Estado para satisfacer los intereses particulares de algunos funcionarios. En este sentido, y en el ámbito de las innovaciones introducidas por la Constitución -especialmente atendiendo a las anteriores normas vigentes en materia de función pública- es de destacar positivamente que contenga una serie de normas tendentes a poner en evidencia los fines específicos que el ejercicio del poder público debe perseguir y los instrumentos organizativos predisuestos al logro de tales fines. Los artículos 9, 1º y 3º 66, 103 y 106 p 1º 117, p 2124 de la C.E. contienen la enunciación de tales principios, constituyendo los preceptos fundamentales en torno a la organización de la Función Pública en el sistema constitucional. Estos princi-

pios, además, rebasan el ámbito de simples reglas dirigidas al legislador y al poder ejecutivo en materia de organización funcional para constituir una selección precisa y meditada de los valores-fines a los que la Administración debe tender (satisfacción objetiva de los intereses generales) y valores-medios que deben ser predispuestos a su organización. De este modo el art. 103 del texto constitucional concibe a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales, razón por la cual: **a)** debe actuar de acuerdo a una serie de principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración, desconcentración...); **b)** sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley; y **c)** la ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

A la vista de lo expuesto, cabe deducir que para garantizar esa satisfacción objetiva de los intereses generales no basta que la actividad administrativa sea eficaz e idónea para dar cumplida respuesta al interés público y sean observadas aquellas reglas que aseguren la rapidez, sencillez, economía y rendimiento del actuar administrativo, sino que es necesario, además, que se apliquen todos aquellos instrumentos de organización y control aptos para garantizar la composición y la óptima satisfacción global de los múltiples intereses expresados en el seno de una sociedad pluralista, de modo tal que, todo ciudadano termine percibiendo las mismas prestaciones y en igual medida que aquellos que se encuentran en su misma situación. Este forma de actuación es lo que se ha venido denominando, en palabras de Garrido Falla, “eficacia indiferente” y se traduce en la obligación que tiene la Administración de ponderar todos los intereses en juego y operar sobre criterios uniformes a fin de evitar discriminaciones o favoritismos (71). La mejor doctrina publicista entiende que

(71) Vid. Garrido Falla F., Cazorla L.M., Entrena R. y otros: *Comentarios a la Constitución Española...* cit. pág. 1427.

el principio de “eficacia indiferente” se haya expresamente recogido en el texto constitucional, en la medida en que basta poner en relación el párr. 1º del art. 103 con el párr. 3º del mismo artículo donde se dice que la ley establecerá el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas (72). De este modo el principio de imparcialidad viene a ser un límite externo al “buen funcionamiento” o “eficacia” de la actuación administrativa.

C) El principio de imparcialidad y el delito de cohecho.

Del principio de imparcialidad como regla de comportamiento para la Administración cabe hablar en términos diversos: en primer lugar, como el deber que tiene la Administración de obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión o de fuerzas políticas y muy especialmente, respecto a los intereses privados del funcionario. En segundo lugar, como el deber que tiene la Administración de obrar de tal modo que la utilidad o el sacrificio derivado de la acción administrativa sea equitativamente distribuido en atención a los legítimos intereses de los ciudadanos, sin que surja, se cree o permanezca alguna posición de privilegio apoyada en la actividad de los poderes públicos (73).

(72) Vid. Garrido Falla F., Cazorla L.M., Entrena R. y otros: *op. y loc. cit.*. Comparte esta opinión, Roversi Monaco en “*Breves consideraciones sobre el Gobierno y la Administración*” en *La Constitución española de 1978*, dirigida por A. Pedriero y E. García de Enterría. Madrid 1980. pág. 598 y ss.

(73) Según Gianini: “El desarrollo histórico del principio de imparcialidad nos muestra que tiene un contenido preceptivo indiscutible; históricamente éste se afirma en el ordenamiento inglés como regla para la eliminación del contenido político que se pudiera inducir en la función administrativa a causa de la presencia del poder gubernativo en el vértice de su organización...las opiniones más recientes atribuyen a este principio un significado más amplio; mientras que según el significado tradicional éste tendría un contenido negativo, hoy tendría un contenido positivo en la **firma de un precep-**

La imparcialidad, así entendida, tiene un contenido conceptual preciso y, como anteriormente hemos mencionado, opera como un límite externo al “buen funcionamiento de la Administración”, garantizando que el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa no derive en arbitrariedad creando graves desigualdades de tratamiento entre los sujetos destinatarios. Como advierte Rampioni, la imparcialidad aunque se presenta como un principio independiente del de igualdad, mantiene con éste una relación de medio a fin, por cuanto una actuación parcial o arbitraria tiene el efecto de crear discriminación (74). Desde este punto de vista la tutela de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública se nos presenta como un bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos los ciudadanos en la obtención de prestaciones públicas, o lo que es lo mismo, la tutela de la correspondiente obligación por parte de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos.

Una vez destacadas las dos facetas que componen la estructura del principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública y admitido que este es el bien jurídico protegido por los delitos recogidos en el Título VII del C.P.,

to que impone a toda autoridad pública en el ejercicio de las actividades administrativas la obligación de considerar de modo objetivo los diversos intereses públicos que esta llamada a valorar” (en *Derecho Administrativo*.M.A.P. (traducción de Luis Ortega). Madrid 1991. pág. 113). Más adelante sigue diciendo este autor: “Por tanto, es quizás más exacto limitar el alcance de este principio y encuadrar en él la prohibición de los favoritismos; de este modo, el principio de imparcialidad viene a tener un clara configuración como principio que rige el ejercicio de la potestad discrecional **dirigido a establecer que en dicho ejercicio no pueden entrar intereses políticos partidistas, intereses particulares de grupos de presión públicos o privados, ni pueden ser empleados favores u odia, que no estén establecidos por normas o por indicaciones legítimas del Parlamento o del Gobierno.**”(..loc. cit. pág. 114).

(74) Vid. Rampioni R.: *Bene Giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A...*cit. pág. 98 y ss.

queda, como última cuestión en relación a este tema, concretar cómo se materializa la lesión que la realización de estos últimos delitos comporta para cada una de aquellas facetas. A este respecto, nada más conveniente que traer a colación la construcción que sobre esta cuestión ha desarrollado Tagliarini; este autor dividiendo los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargos en dos grupos diferentes, ha procedido a relacionar cada uno de dichos grupos con la protección de cada una de las mencionadas facetas en las que se descompone el principio de imparcialidad (75). Efectuada dicha división, Tagliarini, extrae como conclusión que es posible distinguir dentro de aquel conjunto de delitos dos clases de tipos penales diferentes que tratan de tutelar -de forma también diferente- el interés de los ciudadanos en la imparcialidad de la actuación administrativa; estas dos clases o grupos están formadas por:

1º) Un primer grupo compuesto por aquellos delitos en que se prohíben conductas que están directamente dirigidas a reprimir cada comportamiento que tiende a introducir -de modo indebido y arbitrario- dentro de la actividad interna de la Administración Pública, intereses de naturaleza privada o que sean de cualquier forma extraños a los fines del interés público que debe perseguir la Administración. En estas infracciones, el “deber de neutralidad e indiferencia” de la Administración resulta alterado ya sea mediante acuerdos ilícitos entre un funcionario y un particular, ya sea cuando siendo el mismo funcionario el portador de intereses particulares viola desde “dentro” la mencionada posición de indiferencia.

2º) Y, un segundo grupo que estaría formada por aquellos delitos que reprimen la conducta del funcionario público dirigidas a provocar, por vía de actos ilegítimos o arbitrarios, un daño, una ventaja o un provecho a un tercero, o incluso para él mismo. En estas hipótesis, subraya Tagliarini, es evi-

(75) Vid. Tagliarini F.: *Il concetto di pubblica amministrazione nel Codice Penale...* cit. pág. 165 y ss.

dente que la modalidad particular que adopta la conducta prohibida implica ya en si misma una violación del deber que tiene la Administración de distribuir equitativamente el sacrificio o la utilidad derivadas de la actividad administrativa en atención a los intereses legítimos de los ciudadanos (76).

Dentro del primer grupo se encuentran para Tagliarini entre otros el delito de cohecho y el delito de interés privado en un acto del cargo (77). Y dentro del segundo, se encuadrarían según este autor, el delito de “peculato” (art. 314 del C.P.) (78) el de revelación de secretos obtenidos en el ejercicio del cargo (art. 326 del C.P.) (79) y el de utilización de investigaciones, descubrimientos científicos o patentes (art. 325 del C.P. italiano) todos ellos recogidos en el Código Penal italiano.

Desde mi punto de vista me parece totalmente acertada la construcción realizada por Tagliarini y, consecuentemente, comparto la idea de que en el delito de cohecho pasivo propio, el principio de imparcialidad de la función pública -entendiendo éste como la obligación que tienen los poderes públicos de actuar con total independencia y neutralidad respecto a las interferencias que pueden provocar los intereses privados de un individuo o de un grupo de ellos-, viene preterido cada vez que los órganos de la Administración Pública mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera

(76) Vid. Tagliarini F.: *op. y loc. cit.*; Vassalli G.: *Corruzione propria... cit. pág. 327*; Mirri M.B.: *I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettive di riforma. La Giustizia Penale.II. 1987. pág. 133*; de la misma autora: *Corruzione propria e impropia tra Costituzione e politica legislativa. RItDPP 1980. pág. 433 y ss.*

(77) Tagliarini F.: *loc. cit. págs. 168-169*. Es necesario tener en cuenta que el delito de “interesse privato in atto d’ufficio” ha sido derogado por el art. 20 de la Ley 26/4/1990; n° 86 relativa a la modificación en materia de delitos de funcionarios contra la Administración Pública.(78) El delito de “peculato”, que se corresponde en la legislación española con el delito de malversación de caudales públicos ha sido reformado por el art. 1 de la ley 26 de abril de 1990; n° 86.

(79) El delito de revelación y utilización de secretos del cargo ha sido modificado por el art. 15 de la ley de 2 de abril de 1990; n° 86.

de las formas previstas en la ley, sometiendo por dinero u otro tipo de ventaja patrimonial, la acción administrativa a la satisfacción directa o indirecta de fines que permanecen extraños a los intereses públicos de toda la colectividad. Consecuentemente con la idea expuesta, entiendo que el injusto típico que caracteriza el delito de cohecho no se puede extraer solamente poniendo el acento en la realización del acto contrario al ejercicio del cargo, sino que ha de extraerse de la conducta típica globalmente entendida. En este sentido, dentro de la conducta típica de este delito destaca que ya los mismos comportamientos objetivos, esto es, “solicitar”, “recibir” o “aceptar”) -e independientemente de que el acto sea perseguido sea conforme o contrario al deber- muestran como característica más destaca ser expresiones que evidencian un compromiso o una clara connivencia entre el órgano interno de la Administración (funcionario) y un interés o un grupo de intereses extraños a ella, y por lo tanto, origen o fuente de indebidas ingerencias en la imparcial actuación de los poderes públicos (80).

D) El bien jurídico protegido en el delito de cohecho pasivo impropio.

Una vez afirmado que el bien jurídico protegido es el mismo tanto en el delito de cohecho pasivo como activo, y que ambas modalidades constituyen indebidas ingerencias en la imparcial actuación de los poderes públicos; cabe preguntarse si éste objeto de tutela está también en la base de la tipificación del cohecho pasivo impropio, o si, por el contrario, esta última modalidad responde a la protección de un bien jurídico diferente.

(80) En parecidos términos vid. Morillas Cuevas L. y Portilla Contreras G.: “*Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio...*cit. págs.187-194.

(81) Puig Peña F.: *Derecho Penal...* cit. pág. 32.; Bustos Ramírez J.: *Manual de Derecho Penal...* cit. pág. 449. En este sentido, en la doctrina italiana, Pannain R.: *en I delitti dei pubblici ufficiali...* cit. pág. 114. Antolisei F.: *Manuale di Diritto Penale...* cit. pág. 740).

Por esta segunda vertiente de la disyuntiva, se puede decir que se desliza la opinión doctrinal dominante. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, viendo el cohecho pasivo impropio como la modalidad más leve y menos censurable de todas las que componen nuestro delito, defienden que el bien jurídico protegido se encuentra, en la integridad de la gestión administrativa o en el principio de gratuidad de la función administrativa (81) e incluso el necesario prestigio del funcionario (82). De acuerdo con la idea expuesta, no han faltado autores que, partiendo de la escasa relevancia jurídico penal que esta modalidad posee -y quizá por estar demasiado extendida su práctica en nuestra sociedad-, defienden su

(82) **STS. de 28 de noviembre de 1956; Ar.3685:** “Este artículo, supedita la punibilidad de la entrega de regalos para los funcionarios públicos a la circunstancia básica de efectuarse en atención a su oficio o para conseguir algún acto justo, de suerte que de no mediar ese requisito formador de la sustancia delictiva, *como afectante a la buena fama de cuantos desempeñan una función de interés general y a la confianza que todos los ciudadanos inspira el funcionario integro*, no delinquen quienes reciben el obsequio ni quienes lo ofrecieron, *aunque padezca a veces la ética profesional del primero en apariencia al menos o desmerezca el prestigio del Cuerpo al que pertenezca el agasajado cuando el último no supo impedir que quedase en tela de juicio la limpieza de su reputación*”. **STS. de 5 de mayo de 1959; Ar.1768:** “El fin del art. 390 del C.P. tiene el castigo de actos que *afectan al decoro profesional y a la incorruptibilidad de los miembros de los organismos oficiales que siempre redundan en el desprestigio de las instituciones* de las que forman parte activa...”. **STS. de 30 de noviembre de 1971; Ar.5280:** “En el delito de cohecho no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, *sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes*”. **STS. de 5 de mayo de 1972; Ar. 2035:** “El art. 390 es una figura delictiva en la que, precisamente, por no responder la dádiva o regalo a ninguna motivación causal o teológica relacionada con un acto de abstención concreto que el mismo deba realizar,...se descubre con mayor nitidez la indicada “ratio legis” *que pretende rodear a la función de administrar la cosa pública de aquel halo de integridad y respeto necesario para no respetar recelos y suspicacias en los administradores*”. Véanse **STS. de 9 de febrero y del 5 de abril de 1976 (Ar. 371 y 1554).**

expulsión del Código Penal para pasar a constituir una falta disciplinaria (83).

Por contra, no comparto la idea de que todas las modalidades de cohecho respondan a la protección de bienes jurídicos diferentes, y creo, consiguientemente, que todas ellas responden a la protección del principio de imparcialidad de la actuación administrativa como medio para alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales. Es por ello, que me inclino a pensar que, respecto al delito de cohecho pasivo impropio, lo único que cabe plantearse es si existe o no una diferencia respecto a las otras modalidades de cohecho, en el plano del contenido de injusto, diferencia que lógicamente se traduce en el plano sancionatorio.

Como se puede observar, el art. 390 recoge dos modalidades típicas distintas. Una modalidad que viene dada por la admisión por parte del funcionario de regalos o dádivas que le han sido entregadas sin ninguna finalidad aparente. A efectos de tipicidad, dicha conducta tan sólo requiere el conocimiento por parte del funcionario de que aquellos regalos son entregados en consideración al puesto que ostenta, es decir, en atención, a la situación jurídica que dentro de la Administración representa (84). Y, una segunda en que se sanciona esta misma conducta pero que realizada con una finalidad específica “para la consecución de un acto que no esté prohibido legalmente”.

Empecemos por comentar esta última modalidad. ¿Cuál es la diferencia entre el cohecho pasivo propio y el impropio?. Sin entrar en otros problemas jurídico-penales que este delito presenta cabe decir que el elemento fundamental

(83) Así, por ejemplo, en la doctrina italiana: Bricola F.: *Tutela penale della P.A. e principi costituzionali...* cit. pág. 148; Mirri M.B.: *Corruzione propria e impropia...* cit. 442; Rampioni R.: *Bene Giuridico e delitti dei pubblici ufficiali...* cit. pág. 313.

(84) Así, STS. de 21 de enero de 1994, Ar. 86: “De tal forma que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no se hubiera dirigido a él ofertando o entregando aquél regalo”

que distingue las dos especies de cohecho pasivo consiste en la clase de acto que se espera del funcionario. Así mientras que, en la primera hipótesis, el acto es contrario a las normas que disciplinan su ejercicio, en la segunda hipótesis, si bien el acto no es “justo” en sentido material, al menos “no está prohibido legalmente”. Apoyándose en esta fundamental diferencia, pudiera decirse que en el cohecho pasivo propio las intenciones del funcionario y particular consisten respectivamente en vender o comprar un servicio distinto del previsto por las normas, mientras que en el cohecho pasivo impropio lo único que se pretende con el previo ofrecimiento de la dádiva o regalo, si bien es obtener un servicio al que se tiene derecho con arreglo a las normas, es hacerlo de una forma privilegiada en comparación al resto de los ciudadanos (85), es el caso, por ejemplo, de las 10.000 mil pesetas que se dan al funcionario por acelerar la tramitación de un demanda, por obtener una excedencia a tiempo, o para que un traslado de destino no se demore meses...etc. En estos últimos casos, el pago al funcionario no se hace con la finalidad de violar una norma importante sino que el usuario lo que pretende es ahorrarse el tiempo o el dinero que en caso contrario tendría que emplear para obtener el mismo servicio oficial. Ahora bien, como ya hemos expuesto en páginas anteriores el hecho de que el funcionario realice una determinada tarea con mayor rapidez que las otras, porque previamente, le han obsequiado es una ofensa al principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas, ofensa que en la práctica se traduce en que el funcionario discrimina a otros usuarios en favor del particular que le ha obsequiado.

(85) Michael Reissman denomina, en una terminología más moderna, al cohecho pasivo impropio como “soborno de transacción” definiéndolo como aquel pago hecho en forma rutinaria y generalmente impersonal a un funcionario público, para obtener o acelerar la realización de su función prescrita (en *¿Remedios contra la corrupción? (cohecho, cruzadas y reformas)*. (1ª Ed. 1979, traducción al español de Mariluz Caso). México 1981. pág. 142 y ss.

Por tanto, a partir de lo expuesto, puede comprenderse también la contrariedad del delito de cohecho pasivo propio en todas sus formas respecto al principio de imparcialidad, ya que el delito en si mismo implica el otorgamiento de una posición de privilegio a un interés privado respecto al interés público.

En lo que respecta a “la admisión de dádivas o regalos” en consideración al cargo que ostenta el funcionario, entiendo que esta modalidad si bien obedece a la protección del mismo bien jurídico que los restantes tipos penales de cohecho, no presenta el mismo contenido de injusto que ellos, ya que en este supuesto sí estamos ante un delito de peligro. En defensa de esta idea, es conveniente recordar, que para que la admisión de dádivas o regalos sea típica es necesario que éstos sean de un cierto valor y entidad y que por lo tanto, sobrepasen lo que socialmente se califica como “regalos de cortesía”, es decir, no estamos ante lo que normalmente se considera un regalo de agradecimiento a la persona del funcionario (por ejemplo, porque se ha molestado más de lo normalmente exigible) sino ante un regalo entregado en atención al puesto que dentro de la organización administrativa ocupa el funcionario -y por lo tanto atendiendo al haz de competencias que de ese puesto se derivan-. En este último supuesto, no existe ninguna conexión entre el regalo y un acto a realizar, pero que duda cabe, que si el funcionario acepta un regalo de cierto valor económico está poniendo en peligro su posición de desinterés funcional (86). El funcionario al recibir y aceptar un regalo en consideración al cargo, queda expuesto a no poder volver a mantener una sustancial posición de neutralidad e indiferencia especialmente frente aquellos de quienes proviene el regalo, quedando expuesto a sufrir por parte de ellos influencias o

(86) Siguiendo a Maurach, Morillas Cuevas y Portilla Contreras consideran que en el delito de cohecho impropio el bien jurídico no es tanto la imparcialidad, sino la confianza en la imparcialidad, es decir, el peligro para la imparcialidad, en “*Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias...cit. pág.194.*”

peticiones que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses colectivos. En este sentido, el delito de cohecho pasivo impropio descrito en el inciso 1º del art. 390, logra por una sutil y más artificiosa vía implicar a los órganos públicos en la persecución de fines extraños a la utilidad pública, contribuyendo a que los organismos públicos dejen de ser órganos neutrales o indiferentes respecto a la suerte que pueden correr determinados intereses privados pasando a convertirse en parte interesada respecto a los mismos.

E) Conclusiones finales.

A la vista de lo expuesto entendemos que cabe rechazar todas aquellas concepciones que consideran el delito de cohecho como una violación o un quebrantamiento del deber de lealtad integridad u honestidad. En una concepción objetiva del Derecho Penal, la violación del deber sólo puede tener carta de naturaleza, no como fundamento de la responsabilidad, sino como ulterior requisito para determinar la culpabilidad del sujeto, pero siempre en unión a la ofensa de un bien jurídico.

Tampoco es satisfactoria la concepción que reputa al delito de cohecho un ataque al prestigio, la pureza, o la confianza en el buen funcionamiento de la Administración Pública. Por las razones expuestas, esta concepción se presenta por una parte, demasiado amplia y genérica para cumplir las funciones que como bien jurídico debe desempeñar, y por otra, nos ofrece una visión autoritaria de la Administración al concebirla como un fin en sí misma y no como una organización que está al servicio del ciudadano.

Partiendo de la base de que una definición del bien jurídico debe, si no desprenderse directamente, sí al menos estar apoyada en las prescripciones del texto constitucional, se ha tratado de relacionar el delito de cohecho con el principio de imparcialidad. Entendiendo por éste principio el deber de los P. P. de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, cualquiera que sea su natura-

leza. En el delito de cohecho este interés resulta ofendido cada vez que los órganos de la Administración, manteniendo relaciones o sufriendo influencias de extraños, fuera de los casos permitidos por las leyes, someten, por ánimo de lucro, la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de fines que son y permanecen extraños a los intereses generales de toda la colectividad.

Por último, sólo nos resta decir que el delito de cohecho, como cualquier intento de influir sobre las decisiones de los Poderes Públicos, constituye una conducta que, independientemente de los favoritismos en que pueda desembocar y de los perjuicios que es susceptible de irrogar para innumerables intereses públicos y privados, contribuye a echar por tierra los principios de igualdad y objetividad en la prestación de servicios públicos.

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS.

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ADPtPP	Annali di Diritto e Procedura Penale
CPC	Cuadernos de política Criminal
E.D	Enciclopedia del Diritto
E.P.C.	Estudios Penales y Criminológicos
Giust. Pen.	La Giustizia Penale
LK	Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar, 10.Aufl. Berlín-Nueva York
Mass. pen.	Massimario delle decisioni penali
N.E.J	Nueva Enciclopedia Jurídica
Noviss. Dig.It.	Novissimo Digesto Italiano
R.G.D.	Revista General del Derecho.
R.G.L.J	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.I.D.P.	Revista Internationalle di Droit Penal
RItDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
SK	Systematischer Kommentar.
StGB	Strafgesetzbuch.