

UNIVERSIDAD DE GRANADA



TESIS DOCTORAL

**EL DELITO DE COHECHO. REGALO Y ADECUACIÓN SOCIAL TRAS
LA NUEVA LEY DE TRANSPARENCIA.**

PRESENTADA POR

D. Abdeslam Jesús Aoulad Ben Salem Lucena

Directora:

Dra. Dña. M^a Ángeles Cuadrado Ruiz, Profesora Titular de Derecho Penal.

Universidad de Granada
Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal.
Granada, España. 2016.

Editor: Universidad de Granada. Tesis
Autor: Abdeslam Jesús Aoulad Ben Salem Lucena
ISBN: 978-84-9163-245-0
URI: <http://hdl.handle.net/10481/47051>

Tesis doctoral presentada por el doctorando para optar al título de Doctor en
Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada.

D.Abdeslam Jesús Aoulad Ben Salem Lucena.

Directora: Dra. Dña. M^a Ángeles Cuadrado Ruiz. Profesora Titular de Derecho
Penal.

El Delito de Cohecho. Regalo y Adecuación social tras la nueva Ley de
Transparencia.

Programa de Doctorado en:
Derecho Penal y Política Criminal.

Universidad de Granada
Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal
Granada, España. 2016

*A mi queridísima y admirada madre
María Remedios, siempre te querré con todas
mis fuerzas.*

*A mi mujer Laura y mi hijo Abdeslam
Jesús, por darle sentido a mi vida.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS -----	11
INTRODUCCIÓN-----	13
1. El concepto de regalo.-----	17
2. El regalo y las dádivas.-----	18
3. El regalo en nuestro ordenamiento jurídico.-----	20
3.1. Los regalos en otros ordenamientos jurídicos.-----	28
CAPÍTULO PRIMERO: CÓDIGO DE CONDUCTA PARLAMENTO EUROPEO, LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO, NORMATIVA CASA REAL Y LEYES ESTATALES.-----	34
1. Código Conducta del Parlamento Europeo.-----	34
2. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.-----	38
2.1. Anteproyecto Ley de Transparencia.-----	38
2.2. Informe Consejo de Estado contra el Anteproyecto de la Ley de Transparencia.-----	44
2.3. Proyecto Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.-----	45
3. Normativa de los regalos de la Casa Real.-----	49
4. Orden APU/2005, de 3 de marzo que aprueba el Código de Buen Gobierno de los Altos Cargos de la Administración.-----	54
5. Ley 7/2007 del empleado de la función pública.-----	56
CAPÍTULO SEGUNDO. NORMATIVAS AUTONÓMICAS.-----	61
1. Ley 4/2006 de 30 de junio de Transparencia y Buenas Prácticas en la Administración Gallega.----	61
1.1. Código Ético Institucional de la Xunta de Galicia.-----	63
2. Ley 4/2011 de 31 de marzo de la Buena Administración y Buen Gobierno de las Islas Baleares.---	76
3. Ley Foral 2/2011 de 17 de marzo, sobre el Código de Buen Gobierno en Navarra.-----	78
4. Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.-----	79
5. Ley 19/2014 de 29 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en Cataluña.-----	82
5.1. Código de conducta miembros del Parlamento de Cataluña.-----	84
5.2. La Oficina Antifraude de la Generalidad de Cataluña.-----	85
6. Ley 2/2015 de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana.-----	87
6.1. La Consejería de Transparencia en la Comunidad Valenciana.-----	88

7. Propuesta Legislativa para delatar casos de Corrupción en Castilla León.-----	89
CAPÍTULO TERCERO. ACUERDOS RELATIVOS A LA RECEPCIÓN DE REGALOS EN LAS FEMP Y ALGUNAS ADMINISTRACIONES LOCALES.-----	
1. Código de Conducta y Recomendaciones de la Federación Española de Municipios y Provincias.-----	93
2. Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid.-----	98
3. Acuerdo Ayuntamiento de Barcelona.-----	102
CAPÍTULO CUARTO. LIMITACIONES EN EL ÁMBITO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL Y EJEMPLO EN EL SECTOR PRIVADO.-----	
1. Código de Buenas Prácticas Partido Popular.-----	104
2. Código Ético Partido Socialista Obrero Español.-----	106
3. Delito Financiación Ilegal de los Partidos Políticos.-----	107
CAPÍTULO QUINTO: LIMITACIONES DE REGALOS EN EL ÁMBITO PRIVADO.-----	
1. La recepción de regalos en el ámbito privado.-----	112
1.1 Código Español de Buenas Prácticas en la Industria Farmacéutica.-----	114
CAPÍTULO SEXTO: COMPARATIVA DE LA RECEPCIÓN DE REGALOS EN OTROS PAÍSES.-----	
1. Comparativa de la recepción de regalos en otros países europeos.-----	117
2. La recepción de regalos en Estados Unidos.-----	120
3. Transparencia Internacional.-----	122
TOMA DE POSTURA.-----	
125	
CAPÍTULO SÉPTIMO: INTRODUCCIÓN AL DELITO DE COHECHO.-----	
130	
1. Planteamiento General.-----	130
2. El Principio <i>ne bis in ídem</i> y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.-----	134
3. La Corrupción en la Antigua Roma.-----	143
4. El Delito de Cohecho como uno de los principales problemas para los ciudadanos según el Centro de Investigaciones Sociológicas.-----	146
CAPÍTULO OCTAVO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO-----	
148	
1. La corrupción en la Administración Pública.-----	148

CAPÍTULO NOVENO: EL DELITO DE COHECHO TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL 2015.----- 152

1.	Naturaleza del Delito. -----	152
1.1	Normas Penales en Blanco. -----	155
2.	Tipos de Cohechos. -----	157
2.1.	Elementos comunes en las modalidades de cohecho pasivo. -----	157
2.2.	Sujetos en el Delito de Cohecho tras la Reforma de 2015. -----	158
2.3.	Clases de Cohecho Pasivo. -----	165
2.3.1.	Cohecho Pasivo Propio. -----	165
2.3.2.	Cohecho Pasivo Impropio. -----	170
2.3.3.	Cohecho Pasivo Subsiguiente o de Recompensa. -----	172
2.4.	Cohecho Activo-----	174
2.4.1.	Cohecho activo más benigno -----	178
2.4.2.	Cohecho activo en relación con las personas jurídicas. -----	181
2.5.	Cohecho entre particulares-----	184
2.6.	El Artículo 20.7 del Código Penal y el Error de Prohibición, en el Delito de Cohecho. -----	188
2.7.	Causas de justificación y el Decomiso en el Delito de Cohecho tras la Reforma de 2015. ---	191
2.8.	Concreción de la pena en el Delito de Cohecho. -----	197
2.9.	Excusa absolutoria específica en el delito de cohecho. -----	207

CAPÍTULO NOVENO. INCIDENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL EN EL DELITO DE COHECHO. ----- 209

TOMA DE POSTURA ----- 215

CAPÍTULO DÉCIMO: COHECHO PASIVO IMPROPIO EN ATENCIÓN AL CARGO. SIMILITUDES CON LA LEY DE TRANSPARENCIA. ----- 222

5.	Cohecho Pasivo Impropio por razón del cargo. -----	222
1.	Breve referencia y evolución histórica sobre el delito de cohecho por razón del cargo. -----	222
2.	Conexión causal. -----	228
2.1.	En consideración a la función -----	229
2.2.	Para la consecución de un acto no prohibido legalmente. -----	231

CAPÍTULO UNDÉCIMO: EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL. ----- 233

1.	La Adecuación Social. -----	233
1.1.	La adecuación social según la doctrina Española. -----	233
1.2.	La Adecuación Social en otros países europeos. -----	244
2.	Los regalos y el principio de adecuación social en la jurisprudencia. -----	251
2.1.	Sentencias Caso Camps. (Expresidente de la Generalidad Valenciana.)-----	251
2.2.	Sentencias Caso Jaume Matas. (Expresidente de las Islas Baleares.) -----	259
2.3.	Sentencias Caso Andraxt y Can Domengue (Mallorca.)-----	263
2.4.	Sentencia Caso Malaya. (Marbella). -----	264
2.5.	Sentencias Casos Ayuntamientos de Camas, Arrecife y Bormujos (Sevilla). -----	267
2.6.	Sentencia Tribunal Supremo contra Ex Alcalde de Lloret de Mar. -----	271
2.7.	Operación Cóndor en Galicia. -----	272
2.8.	Sentencia Absolutoria Audiencia de Madrid sobre delito de cohecho por razón del cargo. --	275

3. Casos de corrupción mediáticos sobre el delito de cohecho tramitándose en la actualidad.----- 279

CAPÍTULO DUODÉCIMO. INICIATIVAS INTERNACIONALES Y EUROPEAS EN RELACIÓN
CON LA CORRUPCIÓN PÚBLICA. ----- 281

1. Iniciativas Internacionales y Europeas.----- 281

TOMA DE POSTURA----- 289

CONCLUSIONES----- 293

BIBLIOGRAFÍA ----- 319

APÉNDICE NORMATIVO ----- 335

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL ----- 342

ABREVIATURAS

<i>Art.</i>	<i>Artículo</i>
<i>ATS</i>	<i>Auto Tribunal Supremo</i>
<i>ATC</i>	<i>Auto Tribunal Constitucional</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución española de 1978.</i>
<i>CGPJ</i>	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
<i>Coord. / coords.</i>	<i>Coordinador / Coordinadores</i>
<i>CBG</i>	<i>Código Buen Gobierno</i>
<i>CIS</i>	<i>Centro de Investigaciones Sociológicas</i>
<i>CP</i>	<i>Código Penal</i>
<i>CRME</i>	<i>Consejo de Municipios y Regiones de Europa</i>
<i>CPLRE</i>	<i>Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa</i>
<i>Dir. / dirs.</i>	<i>Director / Directores</i>
<i>DOUE</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
<i>EBEP</i>	<i>Estatuto Básico del Empleado Público</i>
<i>Ed. / eds.</i>	<i>Edición / Editores</i>
<i>Ed.</i>	<i>Editorial</i>
<i>Etc.</i>	<i>Etcétera</i>
<i>FEMP</i>	<i>Federación Española de Municipios y Provincias</i>
<i>Greco</i>	<i>Grupo Estados contra la corrupción</i>
<i>Ibídem.</i>	<i>En el mismo lugar.</i>
<i>LTBG</i>	<i>Ley de Transparencia y Buen Gobierno</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LECRIM</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
<i>LO</i>	<i>Ley Orgánica</i>
<i>LOFPP</i>	<i>Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos.</i>
<i>LOREG</i>	<i>Ley Orgánica de Régimen Electoral General</i>
<i>LOTJ</i>	<i>Ley Orgánica del Tribunal del Jurado</i>
<i>Núm.</i>	<i>Número.</i>

<i>OCDE</i>	<i>Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico</i>
<i>OEG</i>	<i>Oficina Ética del Gobierno</i>
<i>OLAF</i>	<i>Oficina Europea de Lucha contra el Fraude</i>
<i>ONG</i>	<i>Organización No Gubernamental</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Obra citada</i>
<i>Pág. / págs.</i>	<i>Página / Páginas</i>
<i>PP</i>	<i>Partido Popular</i>
<i>PSOE</i>	<i>Partido Socialista</i>
<i>REC.</i>	<i>Recopilatorio</i>
<i>Rgto</i>	<i>Reglamento</i>
<i>ss.</i>	<i>Siguientes</i>
<i>SAP.</i>	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial</i>
<i>STC.</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
<i>STS.</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>TRLEBEP</i>	<i>Texto Refundido Ley Estatuto del Empleado Público</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>VV. AA.</i>	<i>Varios Autores</i>
<i>Vid.</i>	<i>Véase</i>
<i>Vid. Infra</i>	<i>Véase posteriormente.</i>
<i>Vol.</i>	<i>Volumen</i>

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas cruciales de la criminalidad de nuestros representantes públicos y políticos radica principalmente en que unos mismos hechos, pueden ser objeto de una valoración política y otra jurídica, concretamente penal. La primera pregunta que nos hacemos es ¿Cuáles son entonces, las diferencias entre las responsabilidades de un político en el desempeño de su cargo como representante público y cuál es la responsabilidad penal por el ejercicio de sus funciones.? El presente trabajo viene a intentar aportar una visión práctica de un concepto jurídico indeterminado como es el regalo que pueden recibir los cargos públicos, pero también pretende analizar un delito desgraciadamente muy de moda y mediático en los últimos años en España. Se trata del delito de cohecho y más profundamente de su modalidad acrecentada en las últimas fechas, “*el delito de cohecho pasivo impropio.*”

El Derecho penal, expresión del *ius puniendi* del Estado, tiene por finalidad la salvaguarda de los bienes más valiosos y esenciales para el mantenimiento del orden social y por tanto, castigar los comportamientos que resulten lesivos para el mismo.

Es indudable que la responsabilidad penal y la política pueden cruzarse, como tendré la oportunidad de desarrollar en el presente estudio, máxime cuando una conducta, la de recibir un regalo en atención a un cargo público que supere los usos sociales, habituales o de cortesía, puede ser objeto de un procedimiento penal como responsable de un delito de cohecho (pasivo impropio) y si hay identidad de sujeto, objeto, también dar lugar a un procedimiento sancionador de los previstos en la Ley de Transparencia, Acceso a la Función Pública y Buen Gobierno, con lo cual el procedimiento administrativo se paralizaría por la interposición de querrela o denuncia en la vía penal.

En este escenario entran en juego principios básicos del derecho, como el *ne bis in ídem*, lo que traducido al castellano significa “no por los mismos hechos”, un

responsable público no puede ser sancionado con aplicación de la Ley de Transparencia y por los mismos hechos ser responsable penal de un delito de cohecho. Es por ello que procuro analizar estas circunstancias, incidiendo en el principio de prevalencia penal, destacando la Jurisprudencia al respecto, pero sobre todo delimitando y concretando el concepto de regalo y aportando propuestas que puedan ayudar a reducir la discrecionalidad en la práctica judicial.

En el Capítulo Primero del presente proyecto pretendo resaltar las aportaciones que la normativa comunitaria establece como recomendaciones para los eurodiputados, pasando posteriormente a detallar lo que ha supuesto la aprobación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y la introducción en el nuevo escenario político, para ello hago un análisis detallado de dicha Ley en cuanto a los usos sociales, habituales y de cortesía, haciendo referencia a las Leyes anteriores, destacando principalmente, el Código de Buen Gobierno, la Ley del empleado de la Función Pública y la normativa de aplicación para la Casa Real, algo inimaginable hace unos años, dado la opacidad a la que estaba sometida dicha Institución.

En el Capítulo Segundo, analizo algunas de las normativas autonómicas al respecto, destacando principalmente a la Xunta de Galicia como la Comunidad Autónoma que más ha avanzado en cuanto al Buen Gobierno, regulando y tasando el precio de lo que pueden recibir los cargos públicos, y creando principalmente un departamento que pueda analizar las diferentes casuísticas que se le puedan presentar a los cargos públicos y funcionarios en el desempeño de su cargo, también es meritorio, la creación de la Oficina Antifraude Catalana, como iniciativa tendente a controlar y velar por el cumplimiento de la legalidad en el desempeño de las funciones públicas de los funcionarios de la Comunidad Autónoma Catalana.

Posteriormente, en el capítulo Tercero, resalto las propuestas planteadas por la Federación Española de Municipios y Provincias, así como iniciativas

municipales que vienen a dar una visión más completa de las distintas medidas adoptadas al respecto.

Dentro Capítulo Cuarto, trato la incidencia del regalo en los principales partidos políticos de ámbito nacional, con sus códigos de conducta, además de un nuevo tipo delictivo, el delito de financiación ilegal.

A la práctica en la empresa privada, dedico el capítulo Quinto, en cuanto a la aceptación de las prebendas se refiere y pongo como ejemplo la empresa farmacéutica y lo que ello conlleva en las buenas prácticas empresariales, así como su propio código de funcionamiento.

En el Capítulo Sexto, realizo una comparativa con la recepción de regalos por parte de responsables públicos en otros países, tanto en la Unión Europea como fuera de ella, ejemplificándolo con uno de los países más importantes del mundo, Estados Unidos.

El Capítulo Séptimo y Octavo, recoge una introducción del delito de cohecho, unido a un análisis exhaustivo del citado delito y sus modalidades, tras la Reforma del Código Penal operada en 2015, con un aumento de las penas, resalto la inclusión de nuevos sujetos en el delito, como pueden ser los mediadores y los administradores concursales, además del personal de cualquier país miembro de la Unión Europea.

En el Capítulo Noveno, expongo las incidencias de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General en el presente delito de Cohecho, máxime porque una sentencia no firme por delito de cohecho puede provocar la incompatibilidad con el cargo público, parámetro que puede vulnerar el artículo 24 de la Constitución Española, en tanto en cuanto anticipa la consecuencia jurídica de la pena y vulnera el derecho a la presunción de inocencia, como garantía de un Estado de Derecho

donde se salvaguardan los derechos fundamentales de los ciudadanos, vulneración que entiendo es evidente y patente.

Trato en el capítulo Décimo, de profundizar en el concepto de regalo, y de la casuística dentro de una modalidad específica del cohecho, concretamente *el pasivo impropio por razón del cargo*, tipo jurídico de actualidad, muy a la orden del día por la cantidad e importancia de cargos públicos que han sido enjuiciados por esta figura. Son numerosas las reseñas doctrinales de distintos autores en cuanto a los límites del regalo, todo ello unido a la casuística que puede sucederse, dado que unos mismos hechos pueden ser perseguidos tanto desde el punto de vista administrativo, con la Ley de Transparencia, y por otro parte, mediante la aplicación del Código Penal, cuestión, que como destacaba anteriormente, puede suscitar la aplicación del principio *ne bis in ídem*, y que podría haber sido resuelta con la aplicación de la LTBG, como norma penal en blanco, si ésta última, hubiera aclarado o solventado la problemática existente.

Destaco en el Capítulo Undécimo, la figura de la adecuación social y el principio de insignificancia penal, y sus comentarios al respecto, como posible solución a la falta de cuantificación del regalo que puede recibir un cargo público, y para ello menciono los comentarios doctrinales de prestigiosos juristas, como Claus Roxin y Hans Welzel.

No puedo terminar sin indicar las normativas tanto Comunitarias como Internacionales, que rigen las conductas catalogadas como corruptas por parte de los funcionarios públicos en los distintos países, algo que dejo para el Capítulo Duodécimo y que debe servir para conocer sus consecuencias transnacionales.

Por último, termino con las conclusiones de mi investigación, aportando soluciones a dicha problemática, así como, posibles cambios al respecto, planteando algunas propuestas de *lege ferenda*, sobre las cuestiones analizadas.

1. El concepto de regalo.

En la vida cotidiana el regalo es algo que se le da a alguien a cambio de nada. Suele hacerse por afecto, cariño, amor o respeto, para felicitar, agasajar u homenajear a una persona. En otras ocasiones se hacen regalos por costumbre u obligación, sin que necesariamente haya sentimientos detrás.

Hay regalos navideños, promocionales o publicitarios, empresariales, etcétera. No tienen por qué ser algo material, a veces un gesto o una palabra son el mejor regalo que se puede dar.

¿Por qué se hacen regalos? es una pregunta que podemos hacernos, principalmente porque ayuda a definir los vínculos y fortalece los lazos entre en las personas, familiares y amigos.

El valor social de dar, ha sido reconocido a través de la historia de la Humanidad, Marcel Mauss¹ en su “Ensayo sobre el don” 1925, decía que “el regalo no devuelto rebaja aquel que lo acepta” en ocasiones se espera recibir bienes o servicios del valor de lo que estamos dando, apoyo político o un regalo a una tercera persona. Sin embargo, el verdadero espíritu de la economía del don debería consistir en dar sin esperar nada a cambio.

El mayor efecto de obsequiar puede estar en quien regala. Al parecer, dar a otros refuerza nuestros sentimientos por ellos y nos hace sentir más efectivos y afectuosos.

¹ Marcel Mauss (Épinal, 10 de mayo de 1872 – París, 10 de febrero de 1950) fue un antropólogo y sociólogo considerado como uno de los «padres de la etnología francesa». De múltiples ecos antropológicos, sociológicos, económicos y filosóficos, es su Ensayo sobre el don donde señala la relevancia del esquivo y polisémico concepto de intercambio. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Marcel_Mauss.

Regalar ha sido objeto de estudios acerca de la conducta humana por psicólogos, antropólogos, economistas o comerciantes. Aquí pretendo estudiar esta conducta también desde el punto de vista jurídico penal.

2. El regalo y las dádivas.

Según el Diccionario de la RAE, dádiva², “es una cosa que se da gratuitamente, acción de dar gratuitamente,” mientras que regalo³, se refiere a una dádiva que se hace voluntariamente o por costumbre, o dar a alguien, sin recibir nada a cambio, algo en muestra de afecto o consideración o por otro motivo. La Sentencia del Tribunal Supremo 323/2013 de 23 de abril⁴, entendía por regalo aquel objeto de valor material (económico) más o menos grande "pero suficiente para descartar toda idea de afección" independiente del valor económico del regalo, lo fundamental es que las circunstancias hagan desechar toda idea de afecto, inclinación o apego, si estas fueran descartables, cualquiera que sea el valor de la cosa siempre que la tuviera, bastaría para que fuera aplicable la máxima de que la "*justicia ofende etiam uno nummo*" (aún por un solo céntimo).

De tremenda actualidad, debido a los ingentes casos de corrupción, uno de los últimos de interés nacional en cuanto a la gran cantidad de regalos, es la causa denominada Púnica, trama de corrupción que como trataremos más adelante, afecta en la actualidad a más de 200 cargos públicos y en la que la guardia civil ha documentado algunos de los regalos, que los cargos públicos recibieron a cambio de contratos⁵.

² Diccionario Real Academia Española de la Lengua. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=Bp3lFve>.

³ Diccionario Real Academia Española de la Lengua. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=Vgmi2AfVgnZr1k>.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 323/13 de 23 de abril.

⁵ Noticia publicada en el periódico digital el Confidencial, el pasado 10 de octubre de 2016. Consultado en: http://www.elconfidencial.com/espana/2016-10-10/mafia-punica-200-politicos-funcionarios-aceptaron-regalos-trama_1272806/.

“Los expertos en delitos económicos de la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil han descubierto que dos de los presuntos cerebros de la trama Púnica, los constructores David Marjaliza y Ramiro Cid, utilizaron recurrentemente para engrasar su relación con dirigentes y empleados de administraciones públicas en las que tenían intereses inmobiliarios numerosos regalos. Los obsequios abarcaban desde un jamón ibérico a televisiones de plasma, pasando por

El acto de regalar ayuda a definir los vínculos y fortalece los lazos con familiares, amigos y conocidos. Pero, ¿quién gana más?, ¿el que da o el que recibe?, ahí está la cuestión, esa es una casuística que trataré teniendo en cuenta las distintas modalidades delictivas.

Dar regalos es una parte sorprendentemente compleja e importante de la interacción humana, Ellen J. Langer⁶, profesora de psicología de Harvard, afirma que a menudo es el que da, más que, el que recibe, quien cosecha los mayores réditos psicológicos de un regalo. Si no permito a los otros que experimenten la alegría de embarcarse en todas esas actividades. Uno perjudica a los otros al no obsequiarles la posibilidad de dar.⁷

Pienso, que un regalo dado, siempre espera otro regalo a cambio, que puede ser devuelto de múltiples formas, ya lo decían los romanos, *do ut des, doy para que me des*.

En lo que concierne al término dádiva, hace referencia a «la cosa que se da graciosamente», y presente al «don, alhaja a una persona da a otra en señal de reconocimiento o afecto». No hace falta decir que en el cohecho la cosas no se entregan (y mucho menos se solicitan) en señal de reconocimiento o afecto, sino en pago de algo. Sin embargo, cabe pensar que tal vez este desajuste que el vocablo dádiva denuncia en relación al contexto en el que está inmerso no se debe tanto a una mala utilización de dichos términos por parte del legislador como, en todo caso,

bolsos de Carolina Herrera, corbatas de Pertegaz, plumas Montblanc y relojes Bulgari. Ningún color político se resistía. La existencia de estas dádivas fue descubierta por la Guardia Civil al analizar la abundante documentación intervenida en las oficinas de Marjaliza y Cid, y sus conclusiones han sido aportadas ahora al sumario en dos nuevos informes.”

⁶ Ellen Jane Langer, es profesora universitaria de psicología en la Universidad de Harvard. Ha investigado sobre la ilusión del control, la toma de decisiones, el envejecimiento y la teoría de la conciencia plena.

⁷ JANE LANGER, E. *Mindfulness: La conciencia plena*. Traducido por Beatriz López. Ed. Paidós. Barcelona 2007, pág. 29.

al desuso y a la obsolescencia en que aquéllos han caído con el transcurrir del tiempo⁸.

Dávivas hacen referencia a cosas, esto es, a objetos inanimados cuya posesión o propiedad se traslada a un tercero, pudiendo consistir en dinero u otra cosa que lo valga o represente. Queda así que, atendiendo a su tenor literal, dádiva y presente poseen un significado estrictamente material, por lo que cabe convenir que en el delito de cohecho, desde el plano de la tipicidad, la descripción del hecho punible viene referida principalmente a conceptos materiales⁹.

3. El regalo en nuestro ordenamiento jurídico.

Tenemos que indicar que tanto el regalo como la dádiva pueden ser considerados conceptos jurídicos indeterminados, ya que su aplicación no está definida ni determinada por ninguna norma, también su determinación depende de la discrecionalidad del juzgador. En líneas generales la diferencia entre discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, fue objeto de estudio de GARCÍA DE ENTRERRÍA¹⁰, la discrecionalidad supone la atribución por el ordenamiento de un margen de opción configurado por una pluralidad de soluciones, todas ellas válidas en la medida en que se adecúan a la legalidad. La consecuencia fundamental que de lo expuesto se deduce es que ningún Tribunal podrá revisar esa decisión, pues sus facultades fiscalizadoras se ciñen al control de la legalidad y no cabe introducir distinciones donde la Ley no las establece cuando deja, precisa y deliberadamente, un margen de discrecionalidad¹¹.

Sin embargo, los conceptos jurídicos indeterminados¹², son utilizados cuando una norma es la única que permite acercarse a la realidad, siempre variada, que

⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*. Ed. Edersa. Madrid 1996, pág. 145.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ GARCÍA DE ENTRERRÍA, E y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*. 17ª Edición. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág. 495.

¹¹ *Ibidem*

¹² SAINZ MORENO, F. *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados*. Ed. Civitas. Madrid 1976, pág. 192-193.

pretende regular y no cuando quiere dejar una libre facultad de apreciación y determinación de ese concepto en un supuesto específico. La fiscalización por los tribunales de la concreción realizada sería perfectamente posible, en la búsqueda de esa solución justa en la que el juez se limitaría a la aplicación de la norma donde tal concepto se expresa¹³, siendo la planteada una diferenciación concerniente al ámbito administrativo, por la especial frecuencia en que se hace, resulta perfectamente operativa en cualquier otro ámbito jurídico, como en el presente caso nos ocurre con el concepto de regalo en el derecho penal.

Los conceptos jurídicos indeterminados proliferan con frecuencia en la legislación y muchos de ellos ofrecen un margen de valoración que lo hace distinguirse de los discrecionales.¹⁴ Para evitar problemas sería fácil concretar por el legislador dicho concepto de regalo, y evitar con ello la discrecionalidad judicial, una cosa es que el control judicial sea teóricamente posible, con arreglo a características lógicas y ontológicas, y otra que sea factible para la fijación de la solución óptima¹⁵.

No son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre la naturaleza de la dádiva o promesa, por resaltar algunas históricas debo exponer la sentencia de 7 de abril de 1881¹⁶, en la que se acepta como dádiva la invitación de un preso a un funcionario de prisiones a tomar unas copas y pasar la noche en compañía de mujeres de pago, en dicha sentencias se manifiesta que las invitaciones realizadas por el preso tienen como finalidad que se abstenga de realizar en el futuro actos propios del cargo, y por tanto relevantes de cara al concepto típico de la dádiva. Más explícita es la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1888¹⁷, donde se determina que se materializa el delito de cohecho siempre que aparezca dádiva u oferta, aunque no se haya especificado su clase y cuantía.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ ESTEVE PARDO, J. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 5ª edición. Ed. Marcial Pons. Madrid 2015, pág. 110.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1881.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1888.

Según el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de noviembre de 1972¹⁸, el regalo es aquello que se entrega sin estar obligado, aunque se haga en atención a lo que se espera por parte del funcionario o se le hizo en su día. De ahí, que debo destacar según la sentencia indicada, que es indiferente la cuantía de la dádiva, sólo debe servirnos para diferenciar la intencionalidad del oferente, ya que cuando está acreditada la intención, no puede justificarse como insignificancia o propina, sino que se espera algo en contraprestación.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1993¹⁹, se definió la dádiva como la ventaja obtenida por el funcionario a cambio de un acto de su competencia o contrario a sus deberes, en el presente supuesto dicha dádiva consistía en la concesión a un funcionario de un préstamo gratuito.

Al respecto, he de destacar que la STS de 13 de junio de 2008²⁰, vino a determinar la expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente el deseo del legislador de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de su significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con que se quiere obsequiar al funcionario receptor. Así, dádiva debe entenderse como ventaja, obtenida por el funcionario, y no requiere carácter definitivo, ni clandestinidad, ni ocultamiento, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994²¹ determinaba que, el hecho de que tales ventajas no impliquen un desplazamiento patrimonial del que da al que recibe la dádiva o regalo, nada impide la existencia del delito al no exigir el tipo penal que aquéllos tengan que suponer un gasto para la persona que realiza la entrega. (STS 2 de febrero de 1994). En otro orden la Sentencia 361/1998 de 16 de marzo²², se afirmó que mediante la incriminación de esa conducta se protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1972.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1993.

²⁰ Sentencia del Tribunal de 13 de junio de 2008.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994.

²² Sentencia del Tribunal Supremo 361/1998, de 16 de marzo.

La más reputada doctrina penalista española ha enfatizado acerca del instrumento del tipo que configura el concepto de regalo. Y conviene en que, aparentemente, ha de tratarse de objetos de valor material (económico), más o menos grande, pero suficiente para descartar toda idea de mera afección, bien que a veces se propugne una interpretación extensiva que incluye también el acceso a otras ventajas desprovistas de traducción económica. En este sentido se manifestó MUÑOZ CONDE²³, considerando que mientras las dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales (variables según la zona geográfica y el carácter de sus gentes) se considera forma habitual de relación amistosa (invitar a una cerveza, ofrecer tabaco, etc.), el precepto no debiera ser aplicado, por más que el regalo se realice en consideración a la función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente. El problema, reconoce, es cuando las dádivas o regalos exceden de lo que se considera «adecuado socialmente» y en ese ámbito postula, con muchísima razón, que, por ejemplo, las «invitaciones a carísimos restaurantes, los regalos en forma de carteras de piel y bolsos de cocodrilo deberían desaparecer de la de lo adecuado socialmente. En el mismo sentido se ha pronunció RODRÍGUEZ DEVESA²⁴, que decía, “*que por regalos había que entender objetos de valor material (económico), más o menos grande, «pero suficiente para descartar toda idea de afección». Independientemente del valor económico del regalo, lo fundamental para él era que las circunstancias hicieran desechar toda idea de afecto, inclinación o apego; si éstas eran descartables, cualquiera que fuera el valor de la cosa siempre que lo tuviera.*”

El exceso sobre lo que es adecuado socialmente²⁵ se erige en factor referencial trascendente. En esta línea se mueve la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, ante la definición de cualquier límite cuantitativo por parte del legislador, ha ido atemperando, acotando restrictivamente la tipicidad. Los más lejanos precedentes desechar la punibilidad de lo que son atenciones corrientes

²³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 877-878.

²⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal. Parte Especial*. 10ª edición. Ed. Dykinson. Madrid 1987, pág. 1172.

²⁵ *Vid. Infra.*

en la vida social, ejemplificadas en la entrega de unas flores, tabaco, un retrato dedicado... (SSTS 25.9.47²⁶, 20.5.64²⁷, 5.5.72²⁸, 5.5.76²⁹), un obsequio de boda y aun así por error de prohibición del donante (28.11.56³⁰) y, excepcionalmente en una apreciación sumamente laxa y rupturista, hasta los regalos esporádicos y como manifestación de simple agradecimiento al funcionario por su gestión (31.10.92³¹). El tipo no requiere pacto alguno entre el oferente y el receptor, bastando el acto unilateral de la recepción.

En esta forma leve es innecesario un significado retributivo, por actos concretos que inspiren la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor, tal y como indicaba la anteriormente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008³². La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, es necesario un esfuerzo para discernir cuándo determinados regalos adquieren carácter típico y cuándo, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social, problemática que será objeto de tratamiento en otro capítulo.

En un Auto de 2 de febrero de 2009,³³ contra un mediático Magistrado de la Audiencia Nacional, concretamente D. Baltasar Garzón, el TS se limitó a inadmitir la querrela con un argumento solo apodíctico, al decir que, cabe rechazar como verosímil que la “generosa aportación bancaria realizada por el Presidente de la entidad”, previa petición del Magistrado (de unos doscientos mil euros) tuviere la consideración del cargo como causa. La pregunta que me hago es, ¿si no hubiera sido Magistrado de la Audiencia Nacional y curiosamente haber investigado años atrás temas de esa entidad bancaria, concretamente el Banco Santander, le hubieran dado la aportación?. Mi

²⁶ Sentencia Tribunal Supremo de 25 de abril de 1947.

²⁷ Sentencia Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1964.

²⁸ Sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1972.

²⁹ Sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1976.

³⁰ Sentencia Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956.

³¹ Sentencia Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1992.

³² *Ibidem*. STS 13 de junio de 2008.

³³ Auto Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2009.

respuesta es que no. Más aún cuando en el año 2006 el propio Magistrado de la Audiencia Nacional D. Baltasar Garzón, que había pedido el patrocinio directamente al presidente del Banco Santander D. Emilio Botín, había archivado una querrela contra este último por una presunta apropiación de 4.507 millones de euros, indicando el Magistrado en su auto que los hechos denunciados no constituyen delito y que en todo caso estarían prescritos. Llama cuanto menos la atención que años después de haber resuelto asuntos judiciales a favor del empresario, se le soliciten cantidades importantes de dinero para patrocinios privados en favor del Magistrado³⁴ que archivó esa causa judicial.

Previamente, en auto de 27 de septiembre de 2007³⁵ se desestimó el recurso de súplica contra la inadmisión de una querrela dirigida contra la que

³⁴ Noticia publicada en el periódico el diario montañés el 28 de noviembre de 2006. Consultada en: http://www.eldiariomontanes.es/20061128/economia/juez-garzon-archiva-querrela_200611281828.html

“El juez Garzón archiva la querrela contra Botín por apropiación de 4.507 millones. Dice que denunciado por Pérez Escolar se funda en una "cadena de hipótesis" que además habrían prescrito El juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón ha archivado la querrela interpuesta por el ex consejero y condenado en el denominado "caso Banesto", Rafael Pérez Escolar, contra el presidente del Santander Central Hispano, Emilio Botín, y otros 21 consejeros y ex ejecutivos de la entidad por la supuesta apropiación indebida de 4.507 millones de euros pertenecientes a Banesto. El magistrado entiende que los hechos denunciados no constituyen delito y que, en todo caso, no cabe investigarlos porque estarían prescritos. En coincidencia con el criterio expresado por el fiscal de la Audiencia Nacional Carlos Bautista, el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 señala que, aunque aparentemente bien "armada", la querrela se funda en una "cadena de hipótesis no contrastadas" que además contradicen los informes emitidos en su día por los auditores externos, así como los del Banco de España y de los organismos que autorizaron la intervención de Banesto en 1993. La querrela de Pérez Escolar, subraya Garzón, se funda esencialmente en un informe de parte, es decir, que no se ha llevado a cabo sobre fuentes directas, y su objetivo parece ser el de criticar lo formulado en su día en el "caso Banesto". "La inconsistencia fáctico-jurídica de la querrela es clara y, más bien parece responder a otras razones -mediantes entre el querellante y los actuales titulares del Banco-, que a sólidas y verdaderas bases jurídico-penales", dice su auto.”

“La tipificación del delito de cohecho parte del principio administrativo según el cual ningún funcionario público puede recibir emolumentos por el cumplimiento de la función pública, al ser una de las notas características de la función pública que el abono de sus servicios corra a cargo a los presupuestos generales del Estado. En la tipificación del delito de cohecho se distingue entre la conducta de quien pretende corromper y la del funcionario que la recibe. En esta distinción se parte de la existencia de un pacto, escrito o no, por el que una persona soborna o acepta el ofrecimiento del funcionario corrupto y otra, el funcionario, quien acepta el presente, o realiza el ofrecimiento determinante de la corrupción. En la doctrina penal clásica se afirmó que "el cohecho es la venta de un acto perteneciente a sus funciones y que por regla general debería ser gratuito". En un sentido contrario, la doctrina mayoritaria actual sostiene, y esta parece la construcción más

acorde con la tipificación del Código penal, la naturaleza unilateral del delito de cohecho, la existencia de dos personas en la realización del acto de corrupción es irrelevante. De hecho, si se descubre la existencia del pacto, dará lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario, bastando que el particular ofrezca la dádiva y que el funcionario la acepte para que cada uno de ellos responda por su respectiva tipicidad. Lo relevante es la conducta del funcionario, que solicita o acepta la dádiva, y la del particular que acepta el ofrecimiento del funcionario u ofrece la dádiva al funcionario. Consecuencia de esta construcción es que el delito de cohecho no requiere la existencia de un pacto, bastando para la tipicidad el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas incriminaciones contenidas en el delito de cohecho.

En todo caso el tipo penal exige, en lo que al funcionario concierne que solicite o reciba la dádiva ora para cometer un delito en el ejercicio de su cargo, ora para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, incluso si no llega a ejecutarlo, o para abstenerse de un acto que debiera practicar. Pero también cuando la dádiva, solicitada o aceptada, tenga por objeto un acto propio del cargo a realizar o ya realizado.

Y, finalmente, se comete también el delito por el funcionario que acepta dádiva o regalo que se le ofrece precisamente en consideración al cargo que desempeña. O para la consecución de un acto no prohibido legalmente. Desde luego la información previa ha evidenciado que las cantidades percibidas son muy inferiores a las que el querellante indicaba que le hubieran sido entregadas. Como muy inferior es la cantidad entregada en concepto de patrocinio por la entidad bancaria BSCH SA. Y desde luego no cabe decir que la entrega lo fuese con la finalidad de dictar resolución de contenido determinado en relación con la querrela interpuesta por D. Rafael Pérez Escolar, ya que ésta interposición es posterior a aquel patrocinio. Y ni siquiera puede asegurarse que el dinero entregado por la entidad bancaria tuviese al querrellado como directo destinatario.

Cuando la Universidad americana invita al Ilmo. Sr. D Baltasar Garzón no consta que ese patronazgo estuviera decidido. Antes bien, la Universidad informa que las actividades que se financiaron por dicha entidad fueron decididas y organizadas con posterioridad. A lo que cabe añadir que el receptor del dinero dado por el banco lo fue el Centro Rey Juan Carlos I Rey de España, el cual solamente sufragó gastos que no consta se originaran por los cursos sufragados con la generosa aportación del BSCH SA. Dicho Centro no fue el que satisfizo la nómina o sueldo del querrellado.

Pese a lo que pueda sugerir que la cifra entregada por el banco (302.000 dólares) a la Universidad costease actividades que gestionó Ilmo. Sr. D Baltasar Garzón y que aquella cifra sea superior, sin diferir en demasía, de la percibida por éste como nómina incrementada con los gastos que se le sufragaron al durante su estancia en los centros de la Universidad americana (160.333.14+21.652+21.150 dólares), en modo alguno puede decirse que la entidad bancaria le entregase su patrocinio al Juez querrellado

Por todo ello, además de excluir cualquier hipótesis que vincule el patronazgo de actividades de la Universidad de New York por el BSCH, SA a la realización de cualquier tipo de comportamiento del aforado en cuanto titular del Juzgado, cabe también rechazar como verosímil que aquella generosa aportación bancaria tuviese la consideración del cargo de D Baltasar Garzón como causa.”

³⁵ Auto del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2007.

“Como decíamos en el auto, comete el delito de "cohecho impropio" del art. 426 CP, partiendo de que el bien jurídico protegido se identifica con la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos exclusivamente al imperio de la ley; precisa para la existencia de la conducta delictiva los siguientes requisitos: Existencia de una dádiva o regalo, que el presente sea admitido por su destinatario; que el destinatario fuere Autoridad o funcionario y que la dádiva o promesa se ofrezca en consideración de la función que ejerce el receptor o que persiga la consecución de un acto no prohibido legalmente.- Y, así

era en aquellos entonces Presidenta del Tribunal Constitucional, y se razonó sobre la falta de aportación de una mínima sustentación, de que el premio se entregó en atención a la función pública de la receptora. Los hechos se ceñían en este caso a la aceptación de un premio por importe de 30.000 euros, procediendo la sala a acordar el archivo de plano de la querella al haber constancia de que tal dádiva, ofrecida públicamente por la entidad convocante y recibida de igual modo por la beneficiaria, de ningún modo guardaba relación con la función pública referida, siendo así que de forma patente constituía, única y exclusivamente, un homenaje a su previa trayectoria académica y profesional, desvinculado así de su condición pública como miembro del T.C.³⁶

A mi modo de ver, pienso, que dicha Magistrada y Presidenta de la más alta instancia judicial de nuestro país, debería haber renunciado a dicho premio, porque el plus de apariencia y ejemplaridad que se le exige a un Magistrado debe estar ajeno a cualquier debate mediático, máxime tratándose de representantes de altas esferas de la judicatura, y sobre todo del órgano que debe velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Diferente hubiera sido que dicho premio se recibiera y a su vez se donara a una

advertíamos que existía una dádiva, en cuantía de 30.000 euros de la Aseguradora convocante del premio, y su aceptación por la querellada, sin que tenga incidencia alguna en el tipo examinando el destino, pues ya comenzamos señalando el bien jurídico protegido en el art. 426 del Código Penal. Además la querellada es Autoridad, pero ni en la querella ni en este recurso de súplica aparecen los elementos de la conducta infractora que pueden ser o bien que la entrega se llevó a cabo en consideración a la función pública de la receptora o con objeto de conseguir la realización de un acto no prohibido legalmente, pues al margen de la opinión que la conducta de la querellante le merece al recurrente poco añade en el recurso al escrito de querella, vuelve a insistir en desconfiar de los méritos de la Sra. Presidenta del DIRECCION000, anteriores al nombramiento para el cargo actual, mostrando su disconformidad con el fallo del jurado, más como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, se podrá argumentar que los méritos que el recurrente le niega deben tener peso intelectual suficiente pues con apoyo en ellos fue nombrada Magistrada del DIRECCION000, con todo el recurrente no supe en este recurso los defectos que motivaron la inadmisión a trámite de su escrito de querella que como decíamos era una mínima sustentación de que el premio se entregó en atención a la función pública actual de la receptora o con objeto de conseguir la realización de un acto no prohibido legalmente. Por todo, se concluyó que los hechos no eran constitutivos de delito y que, por ello, era procedente la desestimación de la querella y tras este recurso de súplica, conforme peticiona el Ministerio Fiscal, siguen sin darse los elementos del tipo penal invocado ni de ningún otro y el recurso debe desestimarse, confirmando íntegramente el auto recurrido.”

³⁶ *Ibidem.*

entidad sin ánimo de lucro o dedicara a labores solidarias o cualquier fin altruista.

Debo indicar, que la definición del concepto de regalo en nuestra jurisprudencia, es muy escasa, de las sentencias analizadas, poco se aclara de dicho concepto pero tampoco la doctrina va más lejos, ambos son coincidentes en la indefinición, y queda dicha consideración a la libertad de criterio del Instructor o del Juzgador, abogo, o por una limitación económica del regalo, y para ello fijo el límite como en otros capítulos sucesivos detallaré más específicamente en 400 euros, para diferenciar por ejemplo el delito leve, del grave, tal y como establece la reforma del Código Penal de 2015, u otra opción más radical, pero quizás, más productiva, sería prohibir cualquier regalo, como hemos dicho anteriormente, aún por un solo céntimo, un regalo dado, siempre espera algo a cambio.

3.1. Los regalos en otros ordenamientos jurídicos.

En la Unión Europea, son varios los países que aplican una normativa dedicada a los funcionarios públicos, con respecto a la aceptación de regalos que les sean ofrecidos en consideración a sus cargos, tal y como ocurre en España con el cohecho pasivo impropio.

En Alemania, el funcionario que solicita, promete o acepta un regalo orientado a lograr su predisposición con relación a cualquier actuación que pueda interesarse de él en el futuro, en el desarrollo del servicio público, incurre en responsabilidad penal³⁷. Y es que tanto la doctrina como la Jurisprudencia Alemana observaba la impunidad de determinados comportamientos que podrían ser reprochables desde el punto de vista penal, citar por ejemplo, las entregas

³⁷ La Ley para la Lucha contra la Corrupción (KBG), de 13 de agosto de 1997, en fin, radió del § 331 del Código penal alemán.

desligadas temporalmente de las gestiones que se pretendían recompensar o las asociadas, en general, a actos o actividades de difícil o imposible identificación³⁸.

En Suecia, tercer país más transparente del mundo tras Dinamarca y Finlandia, según la ONG Transparencia Internacional³⁹ en el año 2016, el cohecho pasivo se dirige al empleado que «para sí mismo o para otra persona, recibe, acepta una promesa o demanda un soborno u otra gratificación por el cumplimiento de sus obligaciones⁴⁰.

En parecidos términos se preceptúa el cohecho en Francia, de ahí que, se establece la necesidad de requerir o acordar, en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, donaciones, regalos o cualquier otra ventaja, para sí o para otros, en intercambio por actuar o abstenerse de actuar de acuerdo con o facilitado por sus obligaciones, funciones o cargo; o abusar de su influencia real o supuesta para obtener de una autoridad pública o departamento distinciones, empleos, contratos o cualquier otra forma de decisión favorable⁴¹.

En esa línea, en Francia, el Estatuto General de la Función Pública prohíbe, genéricamente, todas las conductas que puedan amenazar su imparcialidad, fiando a la responsabilidad de los jefes de departamento la decisión última sobre si los regalos recibidos por los funcionarios pertenecientes al mismo son o no meramente simbólicos⁴².

En Italia, ya desde mediados de los años noventa del pasado siglo, las dificultades probatorias del llamado cohecho «ambiental» y sus problemas de

³⁸ “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, Política Criminal, nº 3, 2007, p. 3; S. NOLTENSMEIER, Public private partnership und Korruption, Berlin 2009, p.41.

³⁹ Consultado en: <https://www.transparency.org/>

⁴⁰ Capítulo 20, sección 2ª, del Código penal Sueco, capítulo 20. Consultado en: file:///C:/Users/BEEP/Downloads/Dialnet-ElCodigoPenalSueco-2783150.pdf.

⁴¹ Artículo 432-11 del Código penal francés. Consultado en: file:///C:/Users/BEEP/Downloads/Code_56.pdf.

⁴² MODERNE, F. “Observaciones en torno al principio de carrera en la Función Pública Francesa” Documentación Administrativa, número 210. Junio 1987.

calificación con arreglo a las tipologías diseñadas por el legislador han llevado a un sector de la jurisprudencia a traer en aplicación los tipos del delito de *corruzione*, en todos los supuestos en que queda acreditado que la dádiva fue entregada por razón de las funciones ejercidas y para compensar los favores recibidos.

La tendencia a privar al «acto del cargo» de su rol de elemento central en la definición del delito terminó por cristalizar en el Proyecto de Reforma del Código penal elaborado, en 1994, por el *Pool Mani Pulite*, que sancionaba la promesa o la admisión de utilidades indebidas en consideración a la «cualidad, las funciones o la actividad» del funcionario público o del encargado de servicio, así como en posteriores iniciativas legislativas⁴³. Esta «nueva» hipótesis de cohecho *in incertis actis*, carente hasta el momento de refrendo legal, ha venido suscitando numerosas dudas y críticas, centradas, entre otros aspectos, en su incompatibilidad con las funciones sistemáticas y selectivas del tipo penal⁴⁴.

En Holanda, la definición de cohecho pasivo impropio proporcionada por el Código penal y que apunta, nítidamente, al compromiso contraído por un funcionario que «acepta un regalo, promesa o servicio» por «hacer algo o abstenerse de hacer algo en su servicio, no contrario a deber» (art. 362. 1) no le ha impedido a la Corte Suprema sostener la tipicidad de las entregas «dirigidas a establecer y/o mantener una relación con el funcionario para conseguir un trato de preferencia⁴⁵.

Por último el Código Penal Portugués, coincidente en muchos extremos con nuestro Código Penal, declara punibles los intercambios destinados a lograr la cercanía o la simpatía del funcionario, describe, en efecto, la conducta del

⁴³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Admisión de regalos y corrupción pública”. Uned. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, número 6.2011, pág. 157.

⁴⁴ El proyecto unificaba todas las modalidades de cohecho y el delito de concusión por inducción en dos únicas figuras: una de cohecho activo y otra de cohecho pasivo, centrada en la relación entre la promesa o admisión de utilidades indebidas y la «cualidad, las funciones o la actividad» del funcionario o del encargado de servicio público. Vid. MANNA (nº 5) p. 129.

⁴⁵ Artículo 362 Código Penal Holandés.

funcionario público que, en el curso de sus funciones o por causa de ellas, por sí mismo o a través de otra persona, con su consentimiento o ratificación, solicita o acepta, para sí o para un tercero, cualquier ventaja indebida, sea de naturaleza económica o no⁴⁶, si bien excluyendo de su ámbito de aplicación a las conductas socialmente apropiadas y que estén en concordancia con la praxis y comportamientos habituales.

Tanto la jurisprudencia como las reformas legales actuadas en otros Estados se han ido haciendo eco, no obstante, de las diversas propuestas o recomendaciones doctrinales o normativas, esto es, contenidas en instrumentos internacionales, tanto en el marco de la OCDE como en el de la Unión Europea que apuntan a la necesidad de flexibilizar los presupuestos de aplicación del delito⁴⁷.

Es reseñable que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, dispone, en su artículo 8.5, que cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos⁴⁸, será objeto del último capítulo

⁴⁶ Artículo 372.1, modificado por la Ley 32/2010, de 2 de septiembre de 2010 del Código Penal Portugués. Consultado en: <http://www.codigopenal.pt/>.

⁴⁷ CHOCLAN MONTALVO, J.A. “Hacia la unificación del derecho Penal Comunitario”. El Corpus Iuris Europeo. La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y bibliografía, 1998, pág. 1916.

⁴⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre corrupción de 2003. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012.

“Artículo 8 Códigos de conducta para funcionarios públicos.

1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas. 3. Con miras a aplicar las disposiciones del presente artículo, cada Estado Parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento

de esta tesis, el tratamiento de las Iniciativas Internacionales y Europeas contra la corrupción.

A lo largo del presente trabajo, y muy especialmente en la conclusiones, plantearé mi propuesta ante esta situación, incluso proyectaré una propuesta de *legisferenda* para determinar de forma cuantitativa el límite del regalo, echo en falta en los distintos códigos penales europeos indicados, la indeterminación y especificación de la cuantía, de ahí, que se hace imprescindible ahondar en la problemática, y esa debe ser una de mis finalidades, en este estudio.

jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996. 4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones. 5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos. 6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.”

PRIMERA PARTE:

CAPITULO PRIMERO: CÓDIGO DE CONDUCTA PARLAMENTO EUROPEO, LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO, NORMATIVA CASA REAL Y LEYES ESTATALES.

CAPITULO SEGUNDO: NORMATIVAS AUTONÓMICAS.

CAPITULO TERCERO: ACUERDOS RELATIVOS A LA RECEPCIÓN DE REGALOS EN LAS FEMP Y ALGUNAS ADMINISTRACIONES LOCALES

CAPITULO CUARTO: LIMITACIONES EN EL ÁMBITO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL Y EJEMPLO EN EL SECTOR PRIVADO.

CAPITULO QUINTO: LÍMITES A LA RECEPCIÓN DE REGALOS EN EL ÁMBITO PRIVADO.

CAPITULO SEXTO: ESTUDIO COMPARATIVO DE LA RECEPCIÓN DE REGALOS EN OTROS PAÍSES.

CAPÍTULO PRIMERO: CÓDIGO DE CONDUCTA PARLAMENTO EUROPEO, LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO, NORMATIVA CASA REAL Y LEYES ESTATALES.

1. Código Conducta del Parlamento Europeo.

Ante la problemática mediática existente por las conductas de los políticos y la forma de proceder ante la recepción de un regalo o dádiva en atención a su cargo, en diciembre de 2011, en materia Comunitaria, la Unión Europea aprobó un Código de conducta de los diputados al Parlamento Europeo que versaba sobre intereses económicos y conflictos de intereses⁴⁹.

⁴⁹ Código de Conducta Diputados al Parlamento Europeo en materia de intereses económicos y conflictos de intereses. Consultado en: www.europarl.europa.eu/pdf/meps/201305_Code_of_conduct_ES.pdf.

“Artículo 1 Principios rectores

En el marco de sus funciones, los diputados al Parlamento Europeo:

a) Han de adoptar como guía y han de respetar los siguientes principios generales de conducta: actuación desinteresada, integridad, transparencia, diligencia, honradez, responsabilidad y respeto de la reputación del Parlamento;

b) Han de actuar exclusivamente en favor del interés público y han de abstenerse de obtener o buscar beneficio económico alguno, directo o indirecto, ni recompensa de ningún tipo.

Artículo 2

Principales deberes de los diputados

En el marco de sus funciones, los diputados al Parlamento Europeo:

a) No establecerán acuerdo alguno para actuar ni votar en interés de una persona física o jurídica que pueda comprometer su libertad de voto, proclamada en el artículo 6 del Acta de 20 de septiembre de 1976 relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo y en el artículo 2 del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo;

a) No solicitarán, aceptarán ni recibirán beneficio económico alguno, directo o indirecto, ni cualquier otra recompensa a cambio de ejercer influencia o votar sobre actos legislativos, propuestas de resolución, declaraciones escritas o preguntas formuladas en el Parlamento o sus comisiones, y se esforzarán conscientemente por evitar cualquier situación que pueda dar pie a sospechas de soborno.

Artículo 3

Conflictos de intereses

-Existirá conflicto de intereses cuando un diputado al Parlamento Europeo tenga un interés personal que pueda influir de manera inadecuada en el cumplimiento de sus deberes como diputado. No existirá conflicto de intereses cuando un diputado obtenga un beneficio únicamente

por pertenecer al conjunto de la población o a una categoría amplia de personas

-Todo diputado que crea encontrarse ante un conflicto de intereses adoptará de inmediato todas las medidas necesarias para resolverlo de conformidad con los principios y disposiciones del presente Código de conducta. Si no puede resolverlo, deberá notificar esta circunstancia por escrito al Presidente. En caso de duda, el diputado podrá pedir consejo con carácter confidencial al Comité Consultivo sobre la Conducta de los Diputados previsto en el artículo 7.

-Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los diputados notificarán, antes de intervenir o votar en el Pleno o en los órganos del Parlamento, o si son propuestos como ponentes, cualquier conflicto de intereses existente o potencial relacionado con el asunto que se examine, cuando dicho conflicto no quede claramente de manifiesto en la información presentada de conformidad con el artículo 4. Esta notificación se dirigirá por escrito o de palabra a la presidencia en el curso del procedimiento parlamentario en el que se examine el asunto en cuestión.

Artículo 4

Declaración de los diputados

1. Por razones de transparencia, los diputados al Parlamento Europeo presentarán al Presidente, bajo su responsabilidad personal, una declaración de intereses económicos antes del final del primer período parcial de sesiones siguiente a las elecciones al Parlamento Europeo (o en un plazo de 30 días después de entrar en funciones en el curso de una legislatura), por medio de un formulario que la Mesa adoptará de conformidad con el artículo 9. Los diputados notificarán al Presidente cualquier cambio que afecte a sus declaraciones en un plazo de 30 días después de ocurrido dicho cambio

-La declaración de intereses económicos deberá contener la información siguiente, que se presentará de forma precisa:

a) las actividades profesionales del diputado durante los tres años anteriores a su entrada en funciones en el Parlamento y pertenencia, durante ese tiempo, a comités o consejos de administración de empresas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones u otros organismos con personalidad jurídica;

a) toda asignación que un diputado perciba por el ejercicio de un mandato en otro Parlamento;

b) actividades habituales remuneradas que el diputado desarrolle durante el ejercicio de su mandato, por cuenta ajena o propia;

c) la pertenencia a comités o consejos de administración de empresas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones u otros organismos con personalidad jurídica, o cualquier otra actividad exterior, remunerada o no, que el diputado ejerza;

d) actividades exteriores ocasionales remuneradas (incluidas las de escritura, académicas o de asesoría) cuando la remuneración total exceda de 5 000 euros por año natural;

e) la participación en empresas o sociedades, cuando pueda tener implicaciones políticas o cuando otorgue al diputado una influencia importante en los asuntos de los organismos de que se trate;

f) el apoyo económico, en personal o en material, prestado por terceros, con indicación de la identidad de estos últimos, que se añada a los medios facilitados por el Parlamento y asignados a los diputados en el marco de sus actividades políticas;

g) otros intereses económicos que puedan influir en el ejercicio de sus funciones de diputado.

Los ingresos regulares que perciban los diputados en relación con cada uno de los elementos declarados conforme al párrafo primero se clasificarán en una de las siguientes categorías:

- de 500 a 1 000 euros mensuales;*
- de 1 001 a 5 000 euros mensuales;*
- de 5 001 a 10 000 euros mensuales;*
- más de 10 000 euros mensuales.*

Cualesquiera otros ingresos que los diputados perciban en relación con cada uno de los elementos declarados conforme al párrafo primero se calcularán sobre una base anual, se dividirán por doce y se clasificarán en una de las categorías establecidas en el párrafo segundo

- 1. La información facilitada al Presidente conforme al presente artículo se publicará en el sitio web del Parlamento de forma fácilmente accesible.*
- 2. Los diputados no podrán ser elegidos para ejercer cargos en el Parlamento o en los órganos del mismo, ni ser nombrados ponentes, ni formar parte de delegaciones oficiales, si no han presentado su declaración de intereses económicos.*

Artículo 5

Obsequios o beneficios similares

- 1. En el ejercicio de sus funciones, los diputados al Parlamento Europeo se abstendrán de aceptar obsequios o beneficios similares, salvo cuando el valor aproximado de aquellos sea inferior a 150 euros y les sean otorgados con arreglo a normas de cortesía, o cuando se trate de obsequios que les sean otorgados con arreglo a normas de cortesía cuando representan oficialmente al Parlamento.*
 - 2. Los diputados entregarán al Presidente los obsequios que reciban, con arreglo al apartado 1, cuando representen oficialmente al Parlamento; se aplicarán a dichos obsequios las medidas de aplicación que establezca la Mesa conforme al artículo 9.*
 - 3. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 no se aplicará al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y estancia de los diputados, ni al pago directo de dichos gastos por terceros, cuando los diputados, por invitación y en el ejercicio de sus funciones, asistan a actos organizados por terceros.*
- El alcance del presente apartado, y en particular las normas destinadas a garantizar la transparencia, se precisarán en las medidas de aplicación que establezca la Mesa conforme al artículo 9.*

Artículo 6

Actividades de los antiguos diputados

Los antiguos diputados al Parlamento Europeo que desarrollen actividades de representación de intereses o de representación de carácter general directamente relacionadas con el proceso de decisión de la Unión Europea no podrán beneficiarse, durante el periodo en el que desarrollen tales actividades, de las facilidades concedidas a los antiguos diputados de conformidad con la reglamentación establecida al efecto por la Mesa.¹

Artículo 7

Comité Consultivo sobre la Conducta de los Diputados

- 1. Se crea un Comité Consultivo sobre la Conducta de los Diputados (en lo sucesivo, el «Comité Consultivo»).*
- 2. El Comité Consultivo estará integrado por cinco miembros designados por el Presidente al comienzo de su mandato y seleccionados de entre los miembros de las Mesas y los coordinadores de la Comisión de Asuntos Constitucionales y de la Comisión de Asuntos Jurídicos, tomando debidamente en consideración la experiencia de los diputados y el equilibrio político del Comité.*

En el marco de sus funciones, se acordó que los diputados al Parlamento Europeo han de actuar exclusivamente en favor del interés público y han de abstenerse de obtener o buscar beneficio económico alguno, directo o indirecto, ni recompensa de ningún tipo. Indica por otra parte, algo que debo destacar, que en el ejercicio de sus funciones, los diputados al Parlamento Europeo se abstendrán de aceptar obsequios o beneficios similares, salvo cuando el valor aproximado de

Cada uno de los miembros del Comité Consultivo ejercerá la presidencia de este durante seis meses y por rotación.

3. El Presidente designará asimismo, al comienzo de su mandato, un miembro suplente del Comité Consultivo para cada grupo político no representado en él.

En caso de presunta infracción del presente Código de conducta por un diputado de un grupo político no representado en el Comité Consultivo, el miembro suplente correspondiente actuará como sexto miembro titular para el examen de la presunta infracción.

4. El Comité Consultivo ofrecerá, con carácter confidencial y en un plazo de 30 días naturales, orientaciones sobre la interpretación y aplicación del presente Código de conducta al diputado que así lo solicite. El diputado en cuestión tendrá derecho a prevalerse de esas orientaciones.

Cuando el Presidente lo solicite, el Comité Consultivo examinará casos de presunta infracción del presente Código de conducta y asesorará a aquel sobre la posible adopción de medidas.

5. El Comité Consultivo, previa consulta con el Presidente, podrá solicitar asesoría de expertos externos.

6. El Comité Consultivo publicará un informe anual sobre sus actividades.

Artículo 8

Procedimiento para casos de posible infracción del Código de conducta

1. Cuando existan razones para creer que un diputado al Parlamento Europeo puede haber infringido el presente Código de conducta, el Presidente podrá someter el asunto al Comité Consultivo.

2. El Comité Consultivo examinará las circunstancias de la presunta infracción y podrá oír al diputado de que se trate. Sobre la base de las conclusiones de su examen, el Comité Consultivo formulará una recomendación al Presidente sobre una posible decisión.

3. Si el Presidente, habida cuenta de esta recomendación, concluye que el diputado de que se trata ha infringido el Código de conducta, adoptará, después de oír al diputado, una decisión motivada en virtud de la cual impondrá una sanción que notificará al diputado.

La sanción impuesta podrá consistir en una o varias de las medidas previstas en el artículo 153, apartado 3, del Reglamento.

4. El diputado en cuestión podrá interponer recurso de conformidad con el artículo 154 del Reglamento.

5. Tras la expiración de los plazos previstos en el artículo 154 del Reglamento, toda sanción impuesta a un diputado será anunciada por el Presidente en sesión plenaria y publicada de forma visible en el sitio web del Parlamento durante el tiempo que quede de legislatura.

Artículo 9 Aplicación

La Mesa establecerá medidas de aplicación del presente Código de conducta, entre las que se contará un procedimiento de control, y actualizará, cuando proceda, los importes que se mencionan en los artículos 4 y 5.

También podrá formular propuestas de revisión del presente Código de conducta.”

aquellos sea inferior a 150 euros y les sean otorgados con arreglo a normas de cortesía, o se trate de obsequios que les sean otorgados con arreglo a normas de cortesía cuando representan oficialmente al Parlamento⁵⁰. Cuantía por cierto coincidente con las recomendaciones que indicaba la Federación Española de Municipios y Provincias en 2015, como tendremos la oportunidad de comprobar en otro capítulo más adelante, y que echamos en falta, por cierto al no determinarse cuantía mínima en nuestra Ley de Transparencia, como vamos a tratar en el siguiente apartado.

2. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

2.1. Anteproyecto Ley de Transparencia.

En Europa, todos los países de más 1 millón de habitantes tenían alguna norma que regulaba el acceso de la ciudadanía a la información sobre los gobiernos y sus administraciones. España era la excepción a la norma, dicho sea a los meros efectos dialécticos, en total había 95 países en el mundo, según *Global Right to information rating*⁵¹, que poseían leyes de transparencia de información sobre sus entidades públicas y gobiernos. El ejemplo más paradigmático en este sentido lo encontrábamos en Suecia, donde en el año 1776, Anders Chydenius⁵², un sacerdote sueco-finlandés impulsó la primera ley de acceso a la información gubernamental, la denominada “*ley para la libertad de prensa y del derecho de acceso a las actas públicas*.”⁵³

El Gobierno de España dió sus primeros pasos en marzo de 2012, cuando el Consejo de Ministros aprobó un texto, que tras numerosos cambios, en mayo de ese mismo año, dio lugar a otro documento, el cual se remitió a las Cortes, para el 27

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ La Alianza para el Gobierno Abierto. Consultado en: <http://www.opengovpartnership.org/es/tags/global-right-information-rating>

⁵² Consultado en: https://en.wikipedia.org/wiki/Anders_Chydenius

⁵³ Artículo publicado en elderecho.com. “¿Qué es la transparencia?.” 15 de diciembre de 2014. Consultado en: www.elderecho.com

de julio de 2012, aprobar el anteproyecto de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Dicho proyecto no estuvo exento de debate y críticas⁵⁴, tras numerosas enmiendas de los grupos parlamentarios, la aprobación de una Ley de Transparencia figuró ya en todos los programas políticos de los partidos de ámbito nacional que obtuvieron representación parlamentaria, asociada al debate sobre la corrupción y la necesidad de una regeneración democrática⁵⁵. No debemos olvidar que dicha normativa fue una promesa electoral de Mariano Rajoy, actual presidente del Gobierno de España, pero también un propósito del anterior ejecutivo de José Luis Rodríguez Zapatero⁵⁶.

Desde su primera concepción hasta su aprobación definitiva, se incluyeron a distintos agentes que al principio era impensable que estuvieran afectados por la citada Ley⁵⁷. Es en cualquier caso en la lucha contra la corrupción donde se sitúa la LTGB, espoleada en el contexto de los numerosos casos de presunta corrupción, como el Caso Urdangarín, Bárcenas, Díaz Ferrán, Puyol, Camps, Rato, y otros nombres como Gurtel, Malaya, Eres, Púnica, todos ellos, casos de presunta o

⁵⁴ Consultado en: http://cadenaser.com/ser/2012/03/27/espana/1332805825_850215.html.

“El anteproyecto de ley de Transparencia y Buen Gobierno no satisface a muchos especialistas conocedores del terreno de la transparencia y por tanto, la lucha contra la corrupción. Expertos, catedráticos de derecho y política, defensores del acceso ciudadano a la información pública ven la norma insuficiente. Muchos confían en el periodo de audiencia pública al que se someterá el texto para incluir mejoras.”

⁵⁵ GUICHOT REINA, E. *Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción. La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. Barcelona 2016, pág. 142.

⁵⁶ José Luis Rodríguez Zapatero (Valladolid, 4 de agosto de 1960) es un político socialista y consejero de Estado español. Miembro del Partido Socialista Obrero Español, ha sido el quinto presidente del Gobierno desde la transición democrática, tras su victoria en las elecciones generales de 2004, y de nuevo en la IX legislatura, tras revalidar su cargo en los comicios de 2008. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Jos%C3%A9_Luis_Rodr%C3%ADguez_Zapatero.

⁵⁷ Diario digital 20 minutos: “Ley de transparencia: la norma que obliga al Gobierno a informar sobre el destino de los impuestos”. Consultado en: <http://www.20minutos.es/noticia/1346036/0/ley-transparencia/obliga-gobierno/informar-destino-impuestos/>.

acreditada corrupción en el manejo de fondos públicos, de este modo el descrédito de las instituciones y la acumulación de escándalos de corrupción han hecho de la exigencia de la transparencia una reivindicación clamorosa y una promesa electoral continua de los distintos partidos políticos.

En España hasta la entrada en vigor de la LTBG, el derecho de acceso a la información pública estaba desarrollado con carácter general en el antiguo artículo 37 de la derogada Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyas deficiencias y lagunas (incluida la falta de regulación del procedimiento y de previsión un órgano independiente de control) eran ostensibles. Es por ello, que faltaba una regulación básica, general y digna, como existía en todos los países homologables de nuestro entorno⁵⁸.

Dicho texto normativo tenía como finalidad implantar pilares básicos en un Estado de Derecho, la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, gracias a esta normativa los ciudadanos pueden conocer más y mejor, el destino de fondos públicos, algo que la sociedad venía reclamando constantemente⁵⁹.

La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno pretendía establecer una serie de principios generales y de obligaciones concretas para los miembros del Gobierno, los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, es decir, obligar a los políticos a

⁵⁸ Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>.

“Artículo 37. Derecho de acceso a la información pública. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación. Se modifica por la disposición final 1.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Ref. BOE-A-2013-12887.”

⁵⁹ Consultado en:

http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Ley_de_Transparencia_11_758680001.html

informar en que gastan el dinero público y permitir a los ciudadanos consultar a través de una web, las subvenciones, contratos, sueldos de los cargos públicos, entre otras cuestiones de interés público⁶⁰.

La Ley incrementaba y reforzaba la transparencia en la actividad pública que se articulaba a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas, reconociendo y garantizando el acceso a la información regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo y estableciendo las obligaciones de buen gobierno que debían cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento, lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública⁶¹.

Debo indicar que se ha conseguido un importante avance en la materia, estableciendo unos estándares homologables al del resto de democracias consolidadas.

En definitiva, constituyó un paso fundamental y necesario que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito, como con la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia⁶².

⁶⁰ Vid. Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Exposición de motivos de la citada Ley. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>.
Exposición de motivos de la citada Ley: “En lo que respecta a un buen gobierno, la ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerzas jurídicas se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que se forme parte o de la Administración en la que presten su servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta. El Título II otorga rango de Ley a los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, igualmente, se clarifica y refuerza el régimen sancionador que les resulta de aplicación, en consonancia con la responsabilidad a la que están sujetos. Este sistema busca que los ciudadanos cuenten con

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus líderes y decidir en consecuencia, permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico⁶³.

El anteproyecto de la citada Ley, aprobado como he indicado anteriormente en julio de 2012, establecía un ámbito de aplicación de la citada norma dirigida a un número de personas muy reducido, por eso como indicaré a continuación fue objeto de numerosas críticas⁶⁴. Si bien establecía una serie de principios éticos y de

servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad. Para cumplir este objetivo, la Ley consagra un régimen sancionador estructurado en tres ámbitos: infracciones en materia de conflictos de intereses, en materia de gestión económico-presupuestaria y en el ámbito disciplinario. Además, se incorporan infracciones derivadas del incumplimiento de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En el ámbito económico presupuestario resulta destacable que se impondrán sanciones a quienes comprometan gastos, liquiden obligaciones y ordenen pagos sin créditos suficientes para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la normativa presupuestaria, den lugar a pagos reintegrables o no justifiquen la inversión de los fondos a los que se refieren la normativa presupuestaria equivalente. De esta manera se introduce un mecanismo de control fundamental que evitara comportamientos irresponsables y que resultan inaceptables en un Estado de Derecho. La comisión de las infracciones previstas dará lugar a la imposición de sanciones como la destitución en los cargos públicos que ocupe el infractor, la no percepción de pensiones indemnizatorias, la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública. Debe señalarse que estas sanciones se inspiran en las ya previstas en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Además, se establece la previsión de que los autores de infracciones graves y muy graves no puedan ser nombrados para ocupar determinados cargos públicos durante un periodo de entre 5 y 10 años.”

⁶³ Consultado en: www.transparencia.org.es

⁶⁴ Noticia publicada en el periódico el mundo el 25 de septiembre de 2012. Consultado en: www.elmundo.es.

“¿Puede aprobarse una Ley de Transparencia sin transparencia? El plazo para la presentación de enmiendas al texto legal que se está tramitando en el Congreso se terminaba hoy y se ha ampliado al 2 de octubre, pero la Coalición pro Acceso ha dado la voz de alarma. A juicio de este colectivo, que aglutina a 50 organizaciones a favor del libre acceso a la información, la ley de Transparencia,

actuación que se mantuvieron prácticamente en su totalidad, con la aprobación definitiva la Ley.

He de resaltar que el artículo 23 del Anteproyecto definía los principios éticos y de actuación, y en su apartado 6 establecía que no se “*aceptarán para sí aquellos regalos que superen los usos sociales, habituales o de cortesía.*”

El Artículo 23.6 recoge los principios éticos y de actuación⁶⁵:

Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno nace vieja para los tiempos que corren y es del todo insuficiente.

"La ley no está a la altura. El Ejecutivo se ha centrado en el buen gobierno y se ha olvidado de la transparencia. La ley debería recoger el derecho de toda persona a solicitar cualquier información a cualquier Administración en cualquier formato y no lo hace", asegura Victoria Anderica, investigadora y coordinadora de Access Info Europe."

⁶⁵ Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

"El Artículo 23 recoge los principios éticos y de actuación:

1. Las personas comprendidas en el ámbito de este Título observarán, en el ejercicio de sus funciones, lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico, y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a la libertades públicas.

2. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes

a) Principios éticos:

1. Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.

2. Ejercerán sus funciones atendiendo al principio de buena fe y con la dedicación al servicio.

3. Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.

4. Aseguran un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.

5. Actuarán de buena fe y con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.

6. Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección.

7. Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicios de otras que fueran exigibles legalmente.

b) Principios de actuación:

1. Desempeñarán su actividad con plena dedicación y se abstendrán de toda actividad privada que pueda suponer un conflicto de intereses con su puesto público.

2. Deberán guardar las debidas respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.

3. Estarán obligados a poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan reconocimiento.

4. Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para las que le fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las administraciones o la imagen que debe tener la sociedad respecto a sus responsables públicos.

“No aceptaran para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios con una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio del Estado.”

2.2. Informe Consejo de Estado contra el Anteproyecto de la Ley de Transparencia.

Este Anteproyecto fue objeto de numerosas críticas políticas por excluir a los representantes por ejemplo de la Casa del Rey, a los miembros de la Judicatura, entre otros, pero también fue objeto de recomendaciones por parte de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en fecha 19 de julio de 2012. Así pues, este en la página 57 del dictamen 707/2012⁶⁶, es literal, se establece, *“la última de las observaciones que se considera preciso realizar a este precepto tiene por objeto la regla contenida en el número 6 del apartado 2.b), que establece que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del título II de la Ley proyectada, no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. El elevado grado de indeterminación de los términos en que está redactado este subapartado plantea numerosas dudas interpretativas, agravadas además por el hecho de que la conducta que a través de esta regla se intenta evitar guarda una notable similitud con algunas de las descritas en el Código Penal en*

5. No se implicaran en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurran alguna causa que pueda afectar a su objetividad.

6. No aceptaran para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios con una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio del Estado.

7. Desempeñaran sus funciones con transparencia y accesibilidad respecto de los ciudadanos.

8. Gestionaran, protegerán y conservaran adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.

9. No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.”

⁶⁶ Dictamen 707/2012 Comisión Permanente del Consejo de Estado, en fecha 19 de julio de 2012, pág. 57. Consultado en: <http://www.consejo-estado.es/>.

materia de cohecho (artículos 420 y 422). De este modo, una conducta que en la legislación penal se encuentra tipificada como delito, con las consiguientes consecuencias punitivas, pasó a convertirse en el anteproyecto en un mero principio de actuación que se limita a servir como guía o elemento de graduación en la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en su título II (artículo 23.2). Teniendo en cuenta que la referida conducta posee un régimen específico en el Código Penal, no se acierta a comprender la utilidad desde incluir en el anteproyecto en términos parcialmente coincidentes pero no idénticos y sin que se asocie a tal conducta ninguna consecuencia sancionadora⁶⁷. Ya el propio Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno, advertía de la problemática y similitud de lo preceptuado en la Ley de Transparencia y lo previsto en el artículo 422 del Código Penal, cuestión que será abordada más adelante, en otro capítulo y en las conclusiones.

2.3. Proyecto Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

El martes 10 de diciembre de 2013, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la disposición novena de la mencionada Ley preceptuaba que la entrada en vigor de lo previsto en el Título II, tendría lugar al día siguiente de su publicación en el BOE, mientras que el título preliminar, el título I y el título III, entrarían en vigor al año de su publicación en el BOE. Por otra parte se indicaba que las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrían de un plazo de dos años para adaptarse a la Ley⁶⁸.

Con la entrada en vigor de la Ley de Transparencia se produjeron numerosos cambios con respecto al anteproyecto de 2012, así pues, entre los más significativos

⁶⁷ *Ibidem*. Consultado en: <http://www.consejo-estado.es/>.

⁶⁸ *Vid.* Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disposición novena. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>.

y a continuación los detallaré, se aumentaron el número de personas objeto de aplicación de la Ley, incluyendo por ejemplo a los miembros del Congreso y Senado, pero también a los Magistrados del Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, pero si alguien llama poderosamente su inclusión es la Casa de su Majestad el Rey, algo impensable años atrás.

Los artículos 2, 3, 4, 5, 25 y 26 de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, exponían tanto el ámbito subjetivo, los sujetos afectados y la obligación de suministrar información, así como los principios generales, ámbito de aplicación y modo del buen gobierno en el citado texto normativo⁶⁹.

⁶⁹ Artículos 2, 3, 4, 5, 25 y 26 de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno:

“1. Las disposiciones de este título se aplicarán a:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.

e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.

h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.

i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.

2. A los efectos de lo previsto en este título, se entiende por Administraciones Públicas los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado anterior.

Artículo 3. Otros sujetos obligados.

Las disposiciones del capítulo II de este título serán también aplicables a:

- a) Los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales.*
- b) Las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.*

Artículo 4. Obligación de suministrar información.

Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1a la que se encuentren vinculadas, prevé

Artículo 5. Principios generales.

- 1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.*
- 2. Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad.*
- 3. Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.*
- 4. La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.*

Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas.

- 5. Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos.*

Artículo 25. Ámbito de aplicación.

- 1. En el ámbito de la Administración General del Estado las disposiciones de este título se aplicarán a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella. A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses.*
- 2. Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales.*
- 3. La aplicación a los sujetos mencionados en los apartados anteriores de las disposiciones contenidas en este título no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran*

El artículo 26.2b).6º de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que era aplicable a los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, quedó redactado de la

ostentar.

Artículo 26. Principios de buen gobierno.

1. Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este título observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

2. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes:

a) Principios generales:

1. º Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.

2. º Ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios.

3. º Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.

4. º Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.

5. º Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.

6. º Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección.

7. º Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente.

b) Principios de actuación:

1. º Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.

2. º Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.

3. º Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.

4. º Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones.

5. º No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.

6. º No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.

7. º Desempeñarán sus funciones con transparencia.

8. º Gestionarán protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.

9. º No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.”

siguiente forma⁷⁰:

“No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.”

Estos principios de buen gobierno resultan un trasunto de los principios éticos del Estatuto del Empleado de la función pública,⁷¹ y nada diferente aportan a la problemática suscitada, y plantean dudas con respecto a su determinación no especificadas.⁷²

En definitiva, nada aclara dicha norma en cuanto a los conceptos indicados, manteniendo la indefinición y la inseguridad jurídica de los términos usos sociales, habituales o de cortesía. Problemática que intentaré aclarar en otros capítulos, aportando soluciones mediante propuestas de *lege ferenda* en las conclusiones.

3. Normativa de los regalos de la Casa Real.

La inclusión de la Casa Real como destinatario de la LTBG, con las limitaciones que establece el artículo 26.6 en cuanto a la recepción de regalos por parte de los miembros de la casa real, y ello unido al proceso judicial denominado caso NÓOS, también llamado caso Urdangarín, trama de presunta corrupción política que comenzó en el año 2010 como un caso derivado del caso Palma Arena, al ser encausados los dirigentes del Instituto Nóos, ex duque consorte de Palma de

⁷⁰ Vid. Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>.

⁷¹ MESEGUER YEBRA, J. *Comentarios a la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Escuela de Administración Pública de Cataluña y Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional. Barcelona 2014, pág. 30.

⁷² GUICHOT REINA, E. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, pág. 295.

Mallorca y su mujer, la infanta de España Cristina de Borbón y Grecia, todo ello unido, a la presión ciudadana y a la abdicación del Rey Juan Carlos, en favor de su hijo el Príncipe Felipe, incidió en una imagen nueva y diferente de la casa real, más moderna, adaptada a los nuevos tiempos, prueba manifiesta es la aprobación de una normativa sobre los regalos que pueden recibir los miembros de la Casa Real y cómo actuar al respecto ante dicha entrega de presentes⁷³.

Sobre la base de esa disposición, y teniendo presente la Ley 23/1982, de 16 de junio, de Patrimonio Nacional, la citada regulación define los supuestos en los que se considera procedente aceptar o denegar regalos, teniendo en cuenta las normas de cortesía y diplomacia, y proceder a su clasificación en institucionales y de carácter personal.

La regulación comprende, además, una serie de reglas para el registro y custodia de los regalos, diferenciando si los regalos son de carácter institucional, es decir, ofrecidos a los miembros de la Familia Real con motivo de un acto oficial o en razón de su condición, o por otra parte, de carácter personal, que serán aquellos que no puedan incluirse en la categoría de regalos institucionales.

Tanto los regalos de carácter institucional como de uso personal que excedan de los usos sociales, el tratamiento previsto es el mismo, serán cedidos a una entidad sin ánimo de lucro que persiga fines de interés general o a una administración, organismo o entidad pública que realice actividades similares o de la misma naturaleza que el objeto del regalo.

Finalizan estas normas, recogiendo una serie de pautas que seguir en relación con los bienes procedentes de herencias o legados recibidos por miembros de la

⁷³ El caso Nóos, también conocido como caso Urdangarín o como Operación Babel, es un caso de presunta corrupción política que comienza en 2010 como un caso derivado del caso Palma Arena al ser encausados los dirigentes del Instituto Nóos, Iñaki Urdangarín, ex duque consorte de Palma de Mallorca, y su ex socio Diego Torres. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_N%C3%B3os.

Familia Real por parte de terceras personas⁷⁴, así pues, estos bienes, en atención

⁷⁴Consultado en: www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/normativa-regalos-familia-real.aspx:

“De acuerdo con las disposiciones anteriores, Su Majestad ha acordado el siguiente régimen para los regalos ofrecidos a los miembros de la Familia Real, que fue objeto de aplicación a partir del 1 de enero de 2015. Normativa sobre regalos a favor de los miembros de la Familia Real. Consultado

1. Principios generales.

1.1. Los miembros de la Familia Real no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni aceptarán favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones.

1.2. En el caso de obsequios que, de acuerdo con estas normas, tengan carácter institucional, se procederá a su incorporación al Patrimonio Nacional.

1.3. Los miembros de la Familia Real no podrán aceptar regalos que por su alto valor económico, finalidad o interés comercial o publicitario, o por la propia naturaleza del obsequio, puedan comprometer la dignidad de las funciones institucionales que tengan o les sean atribuidas.

2. Regalos de carácter institucional.

2.1. A los efectos de esta regulación, son regalos institucionales los que sean ofrecidos a los miembros de la Familia Real con motivo de un acto oficial o en razón de su condición.

Tienen esta consideración:

a. Los regalos ofrecidos por las autoridades anfitrionas y organizadores de actos y visitas oficiales en territorio nacional.

b. Los regalos ofrecidos por administraciones públicas o entidades e instituciones integradas en el sector público estatal, autonómico o local.

c. Los regalos ofrecidos por las autoridades de un Estado extranjero en viajes oficiales de carácter internacional.

Quedan igualmente comprendidos en este ámbito los regalos ofrecidos por los organizadores de actos oficiales en territorio extranjero.

d. Los regalos ofrecidos por las autoridades de un Estado extranjero en actos o visitas oficiales en España.

e. Los regalos ofrecidos por organizaciones e instituciones internacionales.

2.2. Los regalos de carácter institucional se incorporarán al Patrimonio Nacional, en los términos previstos en la Ley 23/1982, de 16 de junio, de Patrimonio Nacional, de acuerdo y en los términos que se establecen en el apartado 6 de estas normas.

3. Regalos de carácter personal.

3.1. Tendrán la consideración de regalos de carácter personal aquellos que no puedan incluirse en la categoría de regalos institucionales.

3.2. De acuerdo con el principio general antes expuesto, los regalos de carácter personal se podrán aceptar cuando no superen los usos sociales o de cortesía.

Cuando excedan dichos usos, seguirán el mismo tratamiento que los regalos de carácter institucional, o bien serán cedidos a una entidad sin ánimo de lucro que persiga fines de interés general o a una administración, organismo o entidad pública que se dedique a la conservación, mantenimiento o actividades similares referidas a bienes de la misma naturaleza

que el objeto de regalo.

Supuestos especiales.

4.1. Los miembros de la Familia Real no aceptarán préstamos sin interés o con interés inferior al normal del mercado, ni regalos de dinero. En este último caso se procederá a su devolución o a ser donado a una entidad sin ánimo de lucro que persiga fines de interés general.

4.2. Cuando los premios o reconocimientos concedidos a miembros de la Familia Real comprendan una dotación económica, deberá procederse a ceder su importe a una entidad sin ánimo de lucro que persiga fines de interés general.

4.3. En el caso de aniversarios o celebraciones de carácter singular de algún miembro de la Familia Real en los que se presuma que darán lugar al ofrecimiento de regalos, se establecerá un régimen propio que será objeto de información pública.

5. Información sobre el régimen de regalos.

La Unidad de Protocolo de la Secretaría General de la Casa de S.M. el Rey dará la oportuna información a las autoridades y a los organizadores de los distintos actos oficiales sobre el régimen de regalos de los miembros de la Familia Real. Todo ello sin perjuicio de la información que al respecto se publicará en la página web de la Casa de Su Majestad para público y general conocimiento.

6. Registro, custodia y destino de regalos.

6.1. La anotación de la información básica en un registro que permita la identificación y control de cada regalo recibido por S.M. el Rey o los miembros de la Familia Real será responsabilidad de las correspondientes Unidades de la Secretaría General (Secretaría de S.M. el Rey Don Juan Carlos, Secretaría de S.M. la Reina y Protocolo).

6.2. Anualmente todos los objetos recibidos en ese período deberán ser revisados por una Comisión formada por los titulares de las citadas Unidades bajo la presidencia del Secretario General. Esta Comisión valorará cada regalo con referencia a, entre otras cosas, el valor histórico, estético o económico, para proponer, de acuerdo con los criterios antes expuestos y su calificación como institucional o personal, bien su incorporación a Patrimonio Nacional o bien su donación a una entidad sin ánimo de lucro que persiga fines de interés general.

La entrega de regalos en dinero o en especie a entidades sin ánimo de lucro deberá realizarse preservando el anonimato del donante, el motivo u ocasión de la entrega y el miembro de la Familia Real que lo recibió.

6.3. Cada una de las Unidades citadas deberá mantener el control de todos los regalos depositados bajo su responsabilidad y actualizados los inventarios respectivos.

7. Publicidad de los regalos.

Con periodicidad anual se publicará en la página web de la Casa de Su Majestad el Rey la relación de regalos institucionales que hayan sido entregados a la Familia Real durante el año anterior. Se hará constar una breve descripción del regalo así como la persona o entidad que lo haya entregado así como su destino, uso o afectación.

8. Herencias.

8.1. Los bienes dejados en testamento o disposiciones de última voluntad, ya sea en concepto de heredero o legatario, en favor de algún miembro de la Familia Real por personas que no tengan una relación familiar, podrán ser aceptadas cuando así se considere procedente. Estos bienes, en atención a su naturaleza, deberán incorporarse al Patrimonio Nacional o ser entregados a instituciones públicas o entidades sin ánimo de lucro para la consecución de fines de interés general, salvo que las disposiciones incluyan un destino o finalidad específica cuyo cumplimiento se requiere para su aceptación.

a su naturaleza, deberán incorporarse al Patrimonio Nacional o ser entregados a instituciones públicas o entidades sin ánimo de lucro para la consecución de fines de interés general, algo razonable teniendo en consideración que todas las herencias se reciben a beneficio de inventario⁷⁵.

Es significativo destacar que los regalos entregados a la Casa de su Majestad el rey que superen los usos habituales, deben ser objeto de tratado por la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional, que tiene como finalidad, la gestión y administración de los bienes y derechos del Patrimonio Nacional. Así en su artículo 4.8, concretamente se establece que integran el Patrimonio Nacional, *las donaciones hechas al uso y servicio de la Corona*⁷⁶.

8.2. La aceptación de herencias se hará siempre a beneficio de inventario.”

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Ley 23/1982 de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-15230>.

“Artículo 4. Integran el Patrimonio Nacional los siguientes bienes:

Uno. El Palacio Real de Oriente y el Parque de Campo del Moro.

Dos. El Palacio Real de Aranjuez y la Casita del Labrador, con sus jardines y edificios anexos.

Tres. El Palacio Real de San Lorenzo de El Escorial, el Palacete denominado la Casita del Príncipe, con su huerta y terrenos de labor, y la llamada «Casita de Arriba», con las Casas de Oficios de la Reina y de los Infantes.

Cuatro. Los Palacios Reales de la Granja y de Riofrío y sus terrenos anexos.

Cinco. El monte de El Pardo y el Palacio de El Pardo, con la Casita del Príncipe. El Palacio Real de la Zarzuela y el predio denominado «La Quinta», con su Palacio y edificaciones anexas; la Iglesia de Nuestra Señora del Carmen, el Convento de Cristo y edificios contiguos.

Seis. El Palacio de la Almudaina con sus jardines, sito en Palma de Mallorca.

Siete. Los bienes muebles de titularidad estatal, contenidos en los reales palacios o depositados en otros inmuebles de propiedad pública, enunciados en el inventario que se custodia por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.

Ocho. Las donaciones hechas al Estado a través del Rey y los demás bienes y derechos que se afecten al uso y servicio de la Corona.

Para la exacta delimitación de los bienes enumerados en los seis primeros apartados de este artículo, se atenderá al perímetro fijado por los correspondientes Decretos de declaración de conjunto histórico-artístico. En su defecto, se seguirá el criterio de preservar la unidad del conjunto monumental.

A los efectos de esta Ley se entiende por «Monte de El Pardo» la superficie de terreno que, bajo este nombre, aparece descrita en los planos del Instituto Geográfico Nacional.

El Plan de protección medioambiental del monte de El Pardo afectará únicamente a los terrenos de dicho monte que tengan la calificación de rústicos.”

Este esfuerzo normativo por parte de la Casa Real, viene a incorporar datos cuanto menos explícitos de la forma de proceder ante la recepción de regalos por parte de la casa real, dado que el precepto señalado en la Ley de Transparencia no resulta nada clarificador en cuanto al modo de actuar al respecto. De cara a la opinión pública dicha normativa queda muy bien, pero echo en falta que se hubiera determinado por la casa real que debemos entender por usos sociales, habituales o de cortesía, conceptos nuevamente vagos en cuanto a su contenido, que aportan inseguridad jurídica en cuanto a su aplicación.

4. Orden APU/2005, de 3 de marzo que aprueba el Código de Buen Gobierno de los Altos Cargos de la Administración.

Ya en el año 2005, hubo iniciativas tendentes a regular el buen funcionamiento de la Administración, así pues, se creó la ORDEN APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se instauró el Código de Buen Gobierno de los miembros del Ejecutivo Nacional y de los altos cargos de la Administración General del Estado.⁷⁷

⁷⁷ ORDEN APU/516/2005 de 3 de marzo, por la que se disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-3724.

“En dicho código el respeto a una amplia gama de exigencias entre las que se encuentran no sólo el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias, sino también de otras garantías adicionales, que configuran un pacto de los poderes públicos con los ciudadanos, en torno a los principios de funcionamiento de las instituciones en el seno de la democracia española.

El Código de Buen Gobierno sería aplicable a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella.

“Los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado actuarán, en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y ajustarán sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta que se desarrollan en este Código: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, y pro-moción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres.”

Dentro de los principios de conducta del citado acuerdo por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno, en el apartado Tercero, punto Sexto, se establecía que, se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal⁷⁸.

En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional, se preceptuaba que se incorporarán al patrimonio del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, donde en su artículo 21, se regulan las adquisiciones a título gratuito, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente⁷⁹.

“1.-El desempeño de los altos cargos exige la plena dedicación.

2.-El desempeño de cargos en órganos ejecutivos de dirección de partidos políticos, en ningún caso menoscabará o comprometerá el ejercicio de sus funciones.

3.-Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las limitaciones que establezcan normas específicas.

4.-En el ejercicio de sus funciones extremarán el celo de modo que el desempeño de las obligaciones contraídas sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos. Esta ejemplaridad habrá de predicarse, igualmente, en el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes.

5. Administrarán los recursos públicos con austeridad y evitarán actuaciones que puedan menoscabar la dignidad con que ha de ejercerse el cargo público.

6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.”

⁷⁸ *Ibídem.*

⁷⁹ Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-20254.

“Artículo 21. Adquisiciones a título gratuito.

1. Corresponde al Ministro de Hacienda aceptar las herencias, legados y donaciones a favor de la Administración General del Estado, salvo los casos en que, con arreglo a la Ley del Patrimonio Histórico Español, la competencia esté atribuida al Ministro de Educación, Cultura y Deporte. No obstante, las donaciones de bienes muebles serán aceptadas por el Ministro titular del departamento competente cuando el donante hubiera señalado el fin a que deben destinarse.

Ya en el año 2005, las circunstancias que definían los regalos que podían recibir los altos cargos del Estado, nada solucionaban sobre dicha problemática, ni establecían ningún límite al respecto, desde esa época ya la inseguridad jurídica era evidente, ya que no fijaban los parámetros a seguir para su aplicación.

5. Ley 7/2007 del empleado de la función pública.

Posteriormente la Ley 7/2007 de 12 de abril, que regulaba el Estatuto Básico del Empleado de la Función Pública⁸⁰, vino a establecer unos principios básicos de

2. Serán competentes para aceptar las disposiciones a título gratuito a favor de los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado sus presidentes o directores.

3. La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella sólo podrán aceptar las herencias, legados o donaciones que lleven aparejados gastos o estén sometidos a alguna condición o modo onerosos si el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere, según tasación pericial. Si el gravamen excediese el valor del bien, la disposición sólo podrá aceptarse si concurren razones de interés público debidamente justificadas.

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público.

5. Los que, por razón de su cargo o empleo público, tuvieren noticia de la existencia de algún testamento u oferta de donación a favor de la Administración General del Estado estarán obligados a ponerlo en conocimiento de los servicios patrimoniales del Ministerio de Hacienda. Si la disposición fuese a favor de un organismo público, deberán comunicarlo a éste.”

⁸⁰ Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 52, 53 y 54 principios de conducta. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-7788>. “Artículo 52 Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta.

Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

Artículo 53. Principios éticos.

1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.
2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.
3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.
4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.
6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.
7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.
8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.
9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.
10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.
11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.
12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

Artículo 54. Principios de conducta.

1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.
2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.
3. Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.
4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación.

funcionamiento para el funcionario, que se mantuvieron con la aprobación posterior del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁸¹.

6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.

7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación.

9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.

10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.”

⁸¹ Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Consultado en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11719.

“Exposición de motivos:

“El artículo uno.g) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, autoriza al Gobierno para aprobar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y las disposiciones en materia de régimen jurídico del empleo público contenidas en normas con rango de ley que la hayan modificado, y las que, afectando a su ámbito material, puedan, en su caso, promulgarse antes de la aprobación por Consejo de Ministros de los textos refundidos que procedan y así se haya previsto en las mismas. En primer lugar, se ha procedido a integrar en un texto único todas las modificaciones introducidas en la Ley 7/2007, de 12 de abril, a través de diversas leyes que bien han dado una nueva redacción a determinados preceptos, bien, han introducido nuevas disposiciones. En segundo lugar, y de acuerdo con la delegación conferida, se han incluido en el texto las disposiciones en materia de régimen jurídico del empleo público contenidas en normas con rango de ley que la hayan modificado, entendiéndose por tales únicamente aquellas normas con rango de ley, y carácter de legislación básica, que de manera indiscutible afectan al ámbito material de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y que no tengan un mero carácter coyuntural o temporal, sino que han sido aprobadas con vocación de permanencia. Se entiende que esta tendencia unificadora no puede ser óbice para que se incluyan en el texto refundido, debidamente integradas, todas aquellas normas que son necesarias para evitar que se produzca un vacío legal, como ocurre con la regulación relativa a los títulos universitarios oficiales correspondientes a la anterior ordenación exigibles para el ingreso en las Administraciones Públicas; o aquellas que, si bien podrían tener un carácter temporal, aun no se han consumado al no haberse cumplido la condición prevista para ello, condición que en la mayoría de los supuestos supone la aprobación de las correspondientes leyes de desarrollo, como es el caso de alguna de las normas incluidas en la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, cuya derogación se preveía que se produciría, como se señalaba, cuando entrasen en vigor las leyes de desarrollo, leyes que en la mayoría de los casos aún no se han aprobado.”

Es lógico que los empleados públicos, funcionarios y también el personal laboral estén sometidos a unos principios éticos y un código de conducta, tal y como indicaba la ley 7/2007, conocida por Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), esta referencia venía a cuento por los casos que diariamente comprometían a altos miembros de distintas instituciones del Estado, que, siendo funcionarios públicos, no estaban sometidos a esta ley y por lo que parece a ninguna norma que les obligara a actuar de determinada manera, por lo que a raíz de la citada regla se intentaba poner orden en esta problemática, pero con muchas lagunas.

Con demasiada frecuencia, conocemos que alguno de estos altos servidores públicos, cometen este o aquel acto, que, en ocasiones sin estar tipificados como delito en el Código Penal, no se ajustan a principios morales o éticos que deben estar presentes en un estado democrático y de derecho, máxime en momentos de crisis económica, donde la austeridad es un mandato cuasi constitucional. El EBEP, los funcionarios y personal al servicio de las Administraciones Públicas quedan al sujeto a determinados principios éticos y códigos de conductas.

Por ejemplo; no contraerán obligaciones económicas, ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos, con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público; no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada por parte de personas físicas o entidades privadas (art. 53.6 y 53.7) de la mencionada Ley, administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas; y lo que nos importa para el presente trabajo, rechazarán cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vayan más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, (art.54.5 y 6) de la Ley.

Nuevamente debo destacar la indefinición que trae aparejada la terminología, usos sociales, habituales y de cortesía.

Un caso de especial relevancia en el mundo jurídico, fue la dimisión en el año 2012 del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial⁸², por realizar un gran número de viajes de fines de semana en hoteles de lujo, con acompañante incluido, que, según el Tribunal, no eran constitutivos de delito, pero que existieron, fuera del horario de oficina, y fueron sufragados por la institución pública.

¿No es esto aceptar trato de favor o situación de privilegio o ventaja injustificada? ¿Choca dicha conducta con administrar los recursos y bienes públicos con austeridad y sin utilizar los mismos en provecho propio o de personas allegadas?

Han sido numerosos y frecuentes los regalos a la persona del Rey Don Juan Carlos en sus años de reinado. Fue obsequiado con dos Ferrari, valorados en 500.000 mil euros por el Jeque Mohamed bin Rashid al Maktoum, primer ministro de los Emiratos Árabes, cuando asistió a una feria temática de esta marca⁸³. ¿Consideramos que estos regalos van más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía?, esta duda es frecuente, de ahí la necesaria concreción y aclaración de dichos conceptos, con la intención de no generar inseguridad en el ejercicio público.

⁸² Diario el Universal: “Dimite Presidente Tribunal Supremo de España tras viajes de lujo: Hace un mes, otro magistrado del Consejo cursó una denuncia en la que se aseguraba que Dívar realizó treintena de viajes personales a lugares lujosos de veraneo como Marbella a cuenta de dinero público. El ex presidente aseguró que eran viajes de trabajo que no requieren justificación de las facturas.”

Consultado en: <http://www.eluniversal.com/internacional/crisis-en-la-eurozona/120621/dimite-presidente-tribunal-supremo-de-espana-tras-viajes-de-lujo>

⁸³ Diario el Confidencial: “El jeque de Emiratos Árabes le regala al Rey dos Ferrari valorados en 500.000€.” Consultado en: www.vanitatis.elconfidencial.com/casas-reales/2012-06-16/el-jeque-de-emiratos-arabes-le-regala-al-rey-dos-ferrari-valorados-en-500-000_535134/.

Como he indicado anteriormente el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, manteniéndose los anteriormente citados artículos 53.7, donde se preceptuaba que *no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas*. Y en el artículo 54.6 dentro de los principios de conducta el citado Real Decreto mantuvo al igual que el Estatuto del empleado de la función pública 7/2007, que *se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal*.

Como observamos, nada introduce la Ley 7/2007 de 12 de abril, ni el posterior Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, ambos siguen la línea continuista de indefinición de los usos sociales, habituales o de cortesía, con lo fácil que hubiera sido fijar una cuantía, que aclarara el modo de proceder ante los supuestos que se pudieran plantear en el desempeño de las funciones públicas, tal y como por ejemplo había previsto el Código de Conducta del Parlamento Europeo, anteriormente destacado, estableciendo en 150 euros el máximo del regalo que puede recibir un Parlamentario, propuesta que ha sido seguida por otras Administraciones e Instituciones como a continuación expondré.

CAPÍTULO SEGUNDO. NORMATIVAS AUTONÓMICAS.

1. Ley 4/2006 de 30 de junio de Transparencia y Buenas Prácticas en la Administración Gallega.

Otras comunidades Autónomas han trabajado en cuanto a la Ley de Transparencia se refiere y principalmente sobre el límite de los regalos, dentro de los usos sociales, habituales o de cortesía, en su propio marco competencial y especialmente en el Buen Gobierno.

He de destacar principalmente a la Administración Autonómica Gallega.

La Xunta de Galicia, ha sido pionera en estos aspectos, ya en el año 2006, redactó la Ley 4/2006 de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega⁸⁴.

⁸⁴ Ley 4/2006 de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. Consultado en: <http://boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-14944-consolidado.pdf>

Artículo 15. Principios de actuación.

1. Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación establecido en el artículo 14 de la presente ley observarán, en el ejercicio de sus funciones, lo dispuesto en la Constitución, en el Estatuto de autonomía de Galicia y en el resto del ordenamiento jurídico, y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

2. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes principios éticos y de actuación:

1º) Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, favoreciendo la accesibilidad y receptividad de la Administración a todos los ciudadanos.

2º) Observarán un comportamiento ético y dirigido a la satisfacción del interés general.

3º) Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.

4º) En el ejercicio de sus funciones tratarán de igual forma a todas las personas que se encuentren en idénticas situaciones, sin hacer discriminaciones.

5º) Promoverán la adopción de medidas de acción positiva para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres y para la protección de los colectivos desfavorecidos.

6º) Realizarán con lealtad e integridad las funciones o cometidos que tengan asignados. 7.º) Usarán normalmente el gallego, oralmente y por escrito, en las relaciones con la ciudadanía.

8º) Actuarán de buena fe y con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.

9º) Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las administraciones o la imagen que debe tener la sociedad respecto a sus servidores.

10º) Serán responsables de las acciones realizadas en el desarrollo de sus funciones y garantizarán la ausencia de arbitrariedad en la adopción de sus decisiones. Asimismo, están obligados a poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.

11º) No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.

12º) No aceptarán regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones.

13º) Protegerán y conservarán los recursos públicos y no los utilizarán para actividades que no sean las autorizadas.

Donde en el Artículo 15.12 de la mencionada Ley, se establecían los principios de actuación, y concretamente regulaba que “no aceptarán regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones.”

Dicha definición prácticamente coincide con la que se recogía años después, en la Ley de Transparencia y Buen Gobierno Estatal.

1.1. Código Ético Institucional de la Xunta de Galicia.

Fue a raíz de la RESOLUCIÓN de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dio publicidad al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 por el que se aprobó el Código ético institucional de la Xunta de Galicia⁸⁵, donde la Administración Gallega da un salto

14º) Usarán las prerrogativas inherentes a sus cargos únicamente para el cumplimiento de sus funciones y deberes y no se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.

15º) Mantendrán una conducta digna, tratando a los ciudadanos con esmerada corrección.

16º) Prestarán especial atención a las necesidades personales y materiales de las personas discapacitadas, adoptando las medidas necesarias para facilitar su acceso a la información y sus relaciones con la Administración.

17. º) Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes sobre difusión de la información de interés público, guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones de que tengan conocimiento con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.

18. º) Observarán estrictamente el régimen de incompatibilidades previstas en la ley reguladora y en su normativa de desarrollo.

⁸⁵ RESOLUCIÓN de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia. Consultado en www.xunta.gal/dog/Publicados/2014/20140919/AnuncioG0244-160914-0003_es.html.

“El impulso de la transparencia, la rendición de cuentas ante la ciudadanía y la vocación de servicio público constituyen compromisos indisolublemente unidos al autogobierno en Galicia. Su pleno ejercicio y efectividad, sin embargo, no debe ser entendido nunca como un horizonte ya

alcanzado sino como un proceso permanente de búsqueda, cuyo empeño debe ser continuamente renovado y ampliado.

• *Transparencia en la gestión de los asuntos públicos.*

V. Pautas básicas de actuación

a) Prohibición de regalos y dádivas.

– El personal incluido en su ámbito de aplicación no podrá aceptar, recibir o solicitar, directamente o a través de terceros, y en consideración a su cargo o puesto, ningún regalo, dádiva, beneficio o favor, cualquiera que sea su naturaleza, ni para sí mismo ni para su círculo familiar inmediato.

– Los obsequios en metálico, cualquiera que sea su importe, tendrán siempre la consideración de regalo.

– A tales efectos, se deberá proceder a su devolución a la persona o entidad oferente, acompañada de una notificación por escrito en la que se invoque el presente código ético, conforme al formulario tipo que figura en el anexo II.

En caso de que resulte imposible su devolución, deberá procederse a su oportuna notificación al órgano competente para que gestione su destino, de conformidad con el anexo III.

b) Régimen aplicable a muestras de cortesía y atenciones protocolarias.

– Únicamente serán consideradas muestras o atenciones de cortesía social e institucional las siguientes:

1. Las atenciones enmarcadas en los usos habituales y costumbres sociales de cortesía. Se entenderá que se supera dicha consideración cuando se sobrepase el importe máximo de 90 euros. Dicho tope máximo, que será de aplicación tanto a autoridades como al resto de personal autonómico, es inferior al umbral que para este tipo de atenciones fija la Comisión Europea (establecido en 150 euros).

En el caso de que se supere, se estará a lo dispuesto en el apartado a) para el régimen de devolución.

En caso de duda manifiesta sobre el importe, la persona receptora deberá elevar consulta, según el modelo del anexo IV del presente código, al órgano competente, que será el encargado de evaluar si dicho obsequio supera o no el límite establecido. La resolución de este órgano tendrá carácter vinculante.

La regularidad o reiteración de este tipo de atenciones por parte de la misma persona física o jurídica a un mismo destinatario/a conllevará la pérdida del carácter de cortesía cuando el importe de las gratificaciones -de manera aislada o acumulada- durante el período de un año supere el límite económico anteriormente referido.

2. Los obsequios oficiales o de carácter protocolario que se puedan intercambiar o recibir en ejercicio de misiones institucionales entre gobiernos y todo tipo de autoridades, así como las atenciones enmarcadas en actos públicos o promocionales. En caso de sobrepasar los 90 euros, deberán ser oportunamente notificados al órgano competente para que gestione su destino, de conformidad con el modelo del anexo V del presente código.

3. Las comidas u hospedajes ligados con la función del cargo o puesto en los que dicha persona participe en razón de su jerarquía y las enmarcadas en la programación de un acto público o visita oficial.

4. Los artículos de propaganda o publicidad que por su escasa entidad resulte sencillo discernir sin necesidad de efectuar un juicio de valor (como agendas, calendarios, bolígrafos, etc.).

5. Los gastos y atenciones derivadas de la participación o presencia en ponencias, congresos, seminarios o actos similares de carácter científico, técnico o cultural.

6. Invitaciones a actos de contenido cultural o a espectáculos públicos cuando sean por razón del cargo o función que se ostente.

– Los órganos competentes para supervisar el cumplimiento del presente código, referidos en el apartado VI, asumirán las funciones de:

- *Acreditar las devoluciones practicadas.*
- *Resolver las consultas sobre el importe de las atenciones u obsequios recibidos.*
- *Gestionar el destino final de las atenciones para los casos así explicitados anteriormente, que podrá ser, en función de su naturaleza:*

- *Organizaciones no gubernamentales o similares.*
- *Integración en el patrimonio de la Comunidad Autónoma.*

De detectarse una conducta contraria a las previsiones contenidas en los apartados a) y b), se procederá de inmediato a la apertura de una información reservada, con la finalidad de dilucidar si la misma pudiera ser constitutiva de infracción disciplinaria, de acuerdo con la normativa vigente que resulte de aplicación en cada caso. La sanción que pudiera corresponder se graduará en función de los perjuicios que se ocasionen al interés público, de su repercusión y de su entidad.

c) Mecanismos de prevención ante posibles abusos de poder, situaciones de ventaja o tratamiento de privilegio.

– Las autoridades y demás personal al servicio del sector público autonómico se abstendrán de toda acción arbitraria que implique utilizar facultades no amparadas por fundamentos legales o no motivadas por un interés público.

– Sin perjuicio del deber general de alcanzar una Administración pública ágil y eficaz en la tramitación de los procedimientos administrativos, no cabrá influir en la agilización del curso de un trámite o procedimiento administrativo, o en la libranza de cargas y sanciones a particulares o empresas sin justa causa y cuando ello conlleve un privilegio en beneficio de su entorno familiar y social inmediato.

– No se podrán valer de su posición para obtener ventajas profesionales, laborales o materiales, ni para sí mismos ni para su círculo familiar o social inmediato, sin perjuicio de las prestaciones de acción social a las que puedan tener acceso los empleados/as públicos. En concreto, no se podrá aceptar ningún tratamiento de privilegio concedido en virtud del cargo o responsabilidad ostentada en la Administración autonómica por parte de entidades públicas o privadas que mantengan relaciones con la Administración, en particular:

- *Condonación de deudas bancarias.*
- *Préstamos a interés cero.*
- *Uso habitual gratuito de sus servicios o instalaciones cuando exista régimen habitual de cobro.*

e) Uso responsable de los medios y recursos públicos:

– Las autoridades y el personal incluido en el ámbito de aplicación del presente código deberán hacer un uso responsable de los medios y recursos de la institución autonómica.

– Por medios y recursos públicos se entienden, entre otros, las instalaciones oficiales y dependencias administrativas; el material de oficina y artículos de escritorio; la maquinaria y vehículos del parque móvil; los teléfonos, ordenadores y todo tipo de componentes tecnológicos, como fotocopiadoras, software, internet, intranet, y correo electrónico corporativo; los sellos y servicios postales; así como las credenciales y tarjetas de identificación concedidas para el cumplimiento de las funciones asignadas al cargo o puesto.

f) Régimen de incompatibilidades y de conflicto de intereses:

Más allá de las previsiones legales incluidas en la normativa vigente en materia de incompatibilidades de altos cargos, y como compromiso reforzado, se establece que:

– Los miembros del Consello de la Xunta de Galicia y altos cargos no podrán ser titulares de cuentas en países o territorios con calificación de paraíso fiscal según la regulación estatal de aplicación. La detección de este tipo de prácticas será causa de cese.

– En virtud del compromiso asumido por la Xunta de Galicia, y consolidado con rango de ley en el año 2013, el Consello de la Xunta aprobará un acuerdo por el que se fijen los términos en los que se publicarán los contenidos de las declaraciones de bienes patrimoniales de los miembros del Consello de la Xunta de Galicia.

– Asimismo, el personal al que le sea de aplicación la legislación autonómica sobre incompatibilidades de altos cargos hará constar en su declaración de actividades e intereses las renunciaciones o enajenaciones de participaciones en empresas que tuviera que haber realizado para cumplir dicha normativa.

– Aunque la normativa vigente permite la colaboración y la asistencia ocasional como ponente en congresos, seminarios, jornadas de trabajo o cursos de carácter profesional, como conducta ética obligatoria los miembros del Consello de la Xunta no podrán percibir retribución alguna por estas actividades.

g) Criterios de aplicación en los viajes oficiales al exterior de los cargos de la administración autonómica (aprobados por la Xunta en 2011):

Criterios generales:

– La programación y realización de viajes institucionales al exterior por parte del Gobierno gallego se regirá por los criterios de necesidad y proporcionalidad, con una clara delimitación entre las actividades institucionales y las asumidas por razón de pertenencia a las formaciones políticas.

– Estas misiones internacionales se llevarán a cabo aplicando criterios de proporcionalidad tanto en los costes de desplazamiento como de estancia, y siempre de acuerdo con las siguientes reglas:

- Los vuelos con destino nacional o a cualquiera de los restantes países de la Unión Europea se realizarán siempre en líneas regulares y en clase turista.

- El desplazamiento en clase preferente quedará reservado exclusivamente para los viajes transoceánicos o de largo recorrido que deba realizar la Xunta de Galicia, con las siguientes limitaciones:

- Únicamente podrán viajar en clase preferente, en cada trayecto de ida y vuelta, dos personas como máximo por departamento del Gobierno Autonómico (Presidencia o consellerías) cuando se trate de delegaciones presididas por el presidente/a de la Xunta o cualquiera de los conselleiros y conselleiras.

- Cualquier otro viaje que implique el desplazamiento de altos cargos del sector público autonómico, de personal eventual o de personal con contratos de alta dirección deberá ser realizado en clase turista.

- Esta última previsión no será aplicable a las personas titulares de los centros directivos competentes en relaciones exteriores, cooperación al desarrollo y políticas de emigración e inmigración, así como a las responsables del área de internacionalización del Igape.

– Quedarán reducidos a lo estrictamente necesario los gastos en materia de protocolo y la composición de las comitivas de acompañamiento.

– El Gobierno gallego actuará según el principio de transparencia, tanto en la organización y desarrollo de estas actividades en el exterior como en lo relativo a las informaciones sobre la consecución de los objetivos marcados y los gastos originados.

– En la configuración de las agendas de los viajes al exterior, se aplicará siempre una nítida separación y diferenciación entre la actividad institucional propiamente dicha y aquella que pudiera tener lugar en virtud de la pertenencia a un partido político y fuera organizada por este.

Situaciones específicas: período electoral.

– En los períodos electorales se hace necesario extremar las garantías para asegurar la máxima transparencia en el desarrollo del derecho al sufragio, otorgar estabilidad a la celebración de los comicios y asegurar la libertad de opción de los electores en la conformación de sus preferencias de voto.

- Las reuniones de carácter institucional que, en ejercicio de sus responsabilidades de representación de la Comunidad Autónoma, mantengan las personas titulares del departamento o centros directivos competentes en relaciones exteriores, cooperación al desarrollo y políticas de emigración e inmigración.

- Por causas excepcionales debidamente justificadas que requieran la presencia de representantes

del ejecutivo autonómico gallego en la esfera internacional (catástrofes naturales, situaciones de excepcionalidad de carácter político o administrativo, social o económico.).

En el caso de que los cargos de la Administración autonómica realizaran durante este período - exceptuando las situaciones anteriormente mencionadas- viajes al extranjero que tuvieran por objetivo mantener contactos con la colectividad gallega en el exterior, deberán hacerlo en calidad de miembros de un partido político, haciéndolo constar así de manera expresa y en cualquier circunstancia. Asimismo, será la respectiva formación política la que financie íntegramente los costes del viaje.

◦ Desde la convocatoria de las elecciones hasta la celebración de las mismas, la Xunta de Galicia deberá abstenerse de organizar o financiar cualquier acto en el exterior que contenga alusiones a las realizaciones o logros obtenidos o que emplee imágenes o expresiones coincidentes con las empleadas en sus propias campañas por alguna de las formaciones políticas que concurran a las elecciones.

VI. Instrumentos internos y externos de control

Las pautas, criterios, reglas y orientaciones que vertebran el presente código informarán la actuación de las autoridades y demás personal al servicio del sector público autonómico, así como la aplicación del régimen disciplinario y de responsabilidad que proceda.

El órgano competente a efectos de coordinación y supervisión del cumplimiento de este código será la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa (u órgano equivalente con competencias en inspección, auditoría, control, mejora de la calidad y reforma administrativa) excepto en los ámbitos sanitario y educativo, en los que dicha función corresponderá a los respectivos órganos internos señalados por estas consellerías, todo ello sin perjuicio de las competencias en materia de control de incompatibilidades que corresponderán a la Dirección General de la Función Pública.

Las posibles dudas de interpretación que se pudieran suscitar en relación a la aplicación y cumplimiento del Código serán resueltas por la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa.

En todo caso, en los supuestos de conductas contrarias al Código que pudieran ser constitutivas de delito, los órganos competentes arriba referidos remitirán las actuaciones a la Asesoría Jurídica General a efectos de la valoración de su posible remisión al Ministerio Fiscal.

VII. Transparencia parlamentaria

Los órganos que de acuerdo con el presente código tengan atribuido el control y gestión del cumplimiento de las obligaciones que en él se contengan elaborarán, para su elevación conjunta al Parlamento, un informe anual de seguimiento sobre su nivel de cumplimiento.

En paralelo, y teniendo en cuenta que las previsiones contenidas en el presente código afectan no sólo al ámbito interno de la Administración autonómica sino también a las relaciones de esta con otros agentes externos, se considera necesario dar conocimiento expreso del mismo, particularmente, a aquellas empresas que prestan servicios para el sector público autonómico.

En garantía de esta previsión, se procederá a dar traslado del Código a las empresas que figuren o se incorporen al Registro de Contratistas de la Xunta de Galicia.

Además, en los pliegos que rigen las contrataciones públicas, se incorporará un modelo de declaración a suscribir por los licitadores en el que se manifieste el conocimiento del contenido y alcance del Código ético.

Finalmente, se dará traslado expreso del presente código a los órganos consultivos y estatutarios de la Comunidad Autónoma gallega, a fin de que procuren también su aplicación.”

Los gastos y atenciones derivadas de la participación o presencia en ponencias, congresos, seminarios o actos similares de carácter científico, técnico o cultural.

Invitaciones a actos de contenido cultural o a espectáculos públicos cuando sean por razón del cargo o función que se ostente.

– *Los órganos competentes para supervisar el cumplimiento del presente código, referidos en el apartado VI, asumirán las funciones de:*

- *Acreditar las devoluciones practicadas.*
- *Resolver las consultas sobre el importe de las atenciones u obsequios recibidos.*
- *Gestionar el destino final de las atenciones para los casos así explicitados anteriormente, que podrá ser, en función de su naturaleza:*
 - *Organizaciones no gubernamentales o similares.*
 - *Integración en el patrimonio de la Comunidad Autónoma.*

De detectarse una conducta contraria a las previsiones contenidas en los apartados a) y b), se procederá de inmediato a la apertura de una información reservada, con la finalidad de dilucidar si la misma pudiera ser constitutiva de infracción disciplinaria, de acuerdo con la normativa vigente que resulte de aplicación en cada caso. La sanción que pudiera corresponder se graduará en función de los perjuicios que se ocasionen al interés público, de su repercusión y de su entidad.

c) Mecanismos de prevención ante posibles abusos de poder, situaciones de ventaja o tratamiento de privilegio.

– *Las autoridades y demás personal al servicio del sector público autonómico se abstendrán de toda acción arbitraria que implique utilizar facultades no amparadas por fundamentos legales o no motivadas por un interés público.*

– *Sin perjuicio del deber general de alcanzar una Administración pública ágil y eficaz en la tramitación de los procedimientos administrativos, no cabrá influir en la agilización del curso de un trámite o procedimiento administrativo, o en la libranza de cargas y sanciones a particulares o empresas sin justa causa y cuando ello conlleve un privilegio en beneficio de su entorno familiar y social inmediato.*

– *No se podrán valer de su posición para obtener ventajas profesionales, laborales o materiales, ni para sí mismos ni para su círculo familiar o social inmediato, sin perjuicio de las prestaciones de acción social a las que puedan tener acceso los empleados/as públicos. En concreto, no se podrá aceptar ningún tratamiento de privilegio concedido en virtud del cargo o responsabilidad ostentada en la Administración autonómica por parte de entidades públicas o privadas que mantengan relaciones con la Administración, en particular:*

de uso personal e intransferible y se utilizarán únicamente para las funciones autorizadas.

– *El material bibliográfico y las publicaciones en cualquier tipo de soporte (papel, cd-roms etc) que obren en las oficinas o despachos de las dependencias administrativas se considerarán patrimonio de la Comunidad Autónoma y material documental permanente para uso y servicio del personal del sector público autonómico. A tales efectos, no se permitirá la retirada de dicho material.*

– *Seguirá cumpliéndose de forma estricta el régimen de uso del parque móvil de la Xunta de Galicia impulsado desde 2009, que implica como principios éticos básicos, entre otros:*

- *La prohibición de utilizar los vehículos del parque móvil para desplazamientos distintos de los de carácter laboral y oficial.*
 - *Los altos cargos y miembros del Gobierno en ningún caso podrán utilizar el parque móvil para efectuar desplazamientos con la exclusiva finalidad de acudir a actos o reuniones derivados de la*
- g) Criterios de aplicación en los viajes oficiales al exterior de los cargos de la administración autonómica (aprobados por la Xunta en 2011):*

Criterios generales:

– *La programación y realización de viajes institucionales al exterior por parte del Gobierno gallego se regirá por los criterios de necesidad y proporcionalidad, con una clara delimitación entre las actividades institucionales y las asumidas por razón de pertenencia a las formaciones políticas.*

– *Estas misiones internacionales se llevarán a cabo aplicando criterios de proporcionalidad tanto en los costes de desplazamiento como de estancia, y siempre de acuerdo con las siguientes reglas:*

- *Los vuelos con destino nacional o a cualquiera de los restantes países de la Unión Europea se*

de calidad y creó el primer Código de conducta, donde no sólo se regulaban los regalos, sino que además, se establecían los mecanismos para la puesta en práctica del mismo, en tanto en cuanto, se creaban modelos de consulta para determinar si se pueden aceptar regalos y el límite al respecto.

Dichas dudas serían resueltas y solventadas por la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa (u órgano equivalente con competencias en inspección, auditoría, control, mejora de la calidad y reforma administrativa.)

El Consello de la Xunta de Galicia, en su reunión de 24 de julio de 2014, adoptó el acuerdo por el que se aprobó el Código ético institucional de la Xunta de Galicia.

Debo destacar que esta normativa autonómica viene a marcar un antes y un después en cuanto a desarrollo normativo se refiere y principalmente viene a aclarar cuanto menos en la Comunidad Autónoma de Galicia, un límite y concepto indeterminado como es el regalo que supera los usos sociales, habituales o de cortesía. Así pues establece, “la prohibición de regalos y dádivas, al personal incluido en su ámbito de aplicación y no podrán aceptar, recibir o solicitar,

realizarán siempre en líneas regulares y en clase turista.

◦ *El desplazamiento en clase preferente quedará reservado exclusivamente para los viajes transoceánicos o de largo recorrido que deba realizar la Xunta de Galicia, con las siguientes limitaciones:*

- *Únicamente podrán viajar en clase preferente, en cada trayecto de ida y vuelta, dos personas como máximo por departamento del Gobierno Autónomo (Presidencia o consellerías) cuando se trate de delegaciones presididas por el presidente/a de la Xunta o cualquiera de los conselleiros y conselleiras.*

- *Cualquier otro viaje que implique el desplazamiento de altos cargos del sector público autonómico, de personal eventual o de personal con contratos de alta dirección deberá ser realizado en clase turista.*

- *Esta última previsión no será aplicable a las personas titulares de los centros directivos competentes en relaciones exteriores, cooperación al desarrollo y políticas de emigración e inmigración, así como a las responsables del área de internacionalización del Igape.*

- *Quedarán reducidos a lo estrictamente necesario los gastos en materia de protocolo y la composición de las comitivas de acompañamiento.*

- *El Gobierno gallego actuará según el principio de transparencia, tanto en la organización y desarrollo de estas actividades en el exterior como en lo relativo a las informaciones sobre la consecución de los objetivos marcados y los gastos originados.*

directamente o a través de terceros, y en consideración a su cargo o puesto, ningún regalo, dádiva, beneficio o favor, cualquiera que sea su naturaleza, ni para sí mismo ni para su círculo familiar inmediato. Los obsequios en metálico, cualquiera que sea su importe, tendrán siempre la consideración de regalo⁸⁶.”

En otro orden, determina que los regalos que resulte imposible su devolución, deberá procederse a su oportuna notificación al órgano competente para que gestione su destino⁸⁷.

Pero lo más importante de esta normativa autonómica, es que además de cuantificar y poner precio a las atenciones enmarcadas en los usos habituales y costumbres sociales de cortesía. Se entenderá que se supera dicha consideración cuando se sobrepase el importe máximo de 90 euros. Y prevé en el caso de que se supere, la persona receptora deberá elevar consulta al órgano competente, que será el encargado de evaluar si dicho obsequio supera o no el límite establecido. La resolución de este órgano tendrá carácter vinculante⁸⁸.

Con respecto a los obsequios oficiales o de carácter protocolario que se puedan intercambiar o recibir en ejercicio de misiones institucionales entre gobiernos y todo tipo de autoridades, así como las atenciones enmarcadas en actos públicos o promocionales, en caso de sobrepasar los 90 euros, deberán ser oportunamente notificados al órgano competente para que gestione su destino, de conformidad con el modelo del anexo V del presente código.

En cambio los artículos de propaganda o publicidad que por su escasa entidad resulte sencillo discernir, no será necesario de efectuar un juicio de valor (como agendas, calendarios, bolígrafos, etc.).

Más acertado me parece, que incluso se crearán formularios para que los funcionarios públicos, puedan preguntar cómo actuar ante una determinada

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *Ibidem.*

conducta, que pueda generar dudas sobre si lo recibido pudiera superar los usos sociales, habituales o de cortesía, cuestión que espero que el futuro Reglamento que desarrolle la LTBG, copie, por ser muy útil y clarificador, para ello, a continuación pongo los ejemplos:

Formulario de devolución en aplicación del apartado V del Código ético institucional

Nombre:

Fecha:

Estimado/a

Le agradezco expresamente la muestra de atención recibida por su parte el pasado... de. ... de. ...

No obstante, en aplicación del Código ético institucional aprobado por el Consello de la Xunta y publicado en el DOG nº ... (de ... de ... de) que marca el criterio institucional de la Xunta de Galicia en esta materia y que es de obligado cumplimiento para la totalidad de los altos cargos y el restante personal del sector público autonómico-, ES MI OBLIGACIÓN como servidor/a público declinar dicha atención y proceder a su efectiva devolución⁸⁹.

Reiterando una vez más mi agradecimiento personal y esperando comprenda esta posición,

Reciba un cordial saludo.

Firmado

⁸⁹ *Ibidem.*

ANEXO-----

Formulario de notificación de la imposibilidad de devolución en aplicación del apartado V.a) del Código ético institucional

Nombre y apellidos:
Cargo/puesto que desempeña:
Dependencia orgánica:
Dirección a efectos de notificaciones:
Teléfono de contacto:
Dirección electrónica:

En aplicación del Código ético institucional aprobado por el Consello de la Xunta y publicado en el DOG nº ... (de ... de ... de) que marca el criterio institucional de la Xunta de Galicia en esta materia y que es de obligado cumplimiento para la totalidad de los altos cargos y el restante personal del sector público autonómico, pongo de manifiesto, en virtud de lo previsto en el apartado V. a) de dicho código, lo siguiente:

.....
.....
.....

Visto lo anterior, y no siendo posible la devolución del regalo/dádiva, procedo a NOTIFICAR dicho extremo a los efectos de que por el órgano competente se proceda a gestionar su destino⁹⁰.

Lugar y fecha

Firmado

Dirigido a:

⁹⁰ *Ibidem.*

Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa u órgano correspondiente de la Consellería de Sanidad/Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, en los ámbitos sanitario o educativo, según lo dispuesto en el apartado VI del Código ético institucional.

ANEXO IV

Formulario de consulta sobre el importe de las atenciones u obsequios recibidos en aplicación del Código ético institucional

Nombre y apellidos:
Cargo/puesto que desempeña:
Dependencia orgánica:
Dirección a efectos de notificaciones:
Teléfono de contacto:
Dirección electrónica:

En aplicación del Código ético institucional aprobado por el Consello de la Xunta y publicado en el DOG nº ... (de ... de ... de) que marca el criterio institucional de la Xunta de Galicia en esta materia y que es de obligado cumplimiento para la totalidad de los altos cargos y el restante personal del sector público autonómico, pongo de manifiesto, en virtud de lo previsto en dicho código, lo siguiente:

.....
.....
.....
.....

Objeto y descripción de las características de la atención u obsequio*:

.....
.....
.....

.....

Visto lo anterior, formulo la presente CONSULTA a los efectos de que, por el órgano competente, se proceda a evaluar si la atención o el obsequio supera o no el importe económico establecido en el Código ético institucional.

Documentación que se acompaña:

- Fotografías de la atención/obsequio
- Otra documentación:

No supuesto de que los datos o documentos remitidos en relación con la descripción de las características de la atención o del obsequio (marca, tipo, tamaño, color) no sean suficientes para determinar la evaluación del objeto o para formar un juicio de valor de este, el órgano competente podrá requerir la remisión física del obsequio, a los efectos de proceder a su oportuna valoración⁹¹.

Lugar y fecha

Firmado

Dirigido a:

Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa u órgano correspondiente de la Consellería de Sanidad/Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, en los ámbitos sanitario o educativo, según lo dispuesto en el apartado VI del Código ético institucional.

Formulario de notificación en aplicación del apartado V.b.2) del Código ético institucional

⁹¹ *Ibidem.*

Nombre y apellidos:
Cargo/puesto que desempeña:
Dependencia orgánica:
Dirección a efectos de notificaciones:
Teléfono de contacto:
Dirección electrónica:

En aplicación del Código ético institucional aprobado por el Consello de la Xunta y publicado en el DOG nº ... (de. ... de ... de) que marca el criterio institucional de la Xunta de Galicia en esta materia y que es de obligado cumplimiento para la totalidad de los altos cargos y el restante personal del sector público autonómico, pongo de manifiesto, en virtud de lo previsto en el apartado V.b.2) de dicho código, lo siguiente:

.....
.....
.....
.....

Visto lo anterior, procedo a NOTIFICAR la recepción del obsequio de carácter oficial o protocolario a los efectos de que, por el órgano competente, se proceda a gestionar su destino.

Lugar y fecha

Firmado

Dirigido a:

Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa u órgano correspondiente de la Consellería de Sanidad/Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, en los ámbitos sanitario o educativo, según lo dispuesto

en el apartado VI del Código ético institucional⁹².

Es pronto para sacar conclusiones, pero debo destacar que la actuación llevada a cabo por la Junta de Galicia, es muy completa y consigue un avance en la cuantificación del regalo, algo de lo que adolece la LTBG, pero si algo hay que resaltar de la citada exposición, es que avanza en cuestiones impensables, tales como crear cuestionarios para que los funcionarios puedan solventar sus dudas ante la entrega de un regalo y además crea un órgano para resolver esas cuestiones, muchos problemas hubiera resuelto la LTBG, y muy útil sería si hubiera previsto y contemplado estas situaciones.

2. Ley 4/2011 de 31 de marzo de la Buena Administración y Buen Gobierno de las Islas Baleares.

También la Administración Autonómica de las Islas Baleares ha legislado al respecto, aprobando la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena Administración y del buen Gobierno de las Illes Balears⁹³.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ La Ley 4/2011 de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Consultado en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/04/30/pdfs/BOE-A-2011-7709.pdf>.

“El modelo genérico de administración pública en España ha experimentado a lo largo de los últimos tiempos diferentes cambios, algunos de los cuales han sido de una destacable trascendencia. Se ha pasado de un tipo de organización especialmente preocupada por la imparcialidad y la aplicación objetiva de la ley y por la preservación del orden público y del jurídico, a otro, principalmente en las tres últimas décadas, más centrado en el desarrollo de nuevos servicios en el marco del estado del bienestar, visto el volumen de necesidades cada vez mayores que la ciudadanía espera que los poderes públicos solucionen.

Artículos 31.- Principios éticos y reglas de conducta.

1.Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación que establece el artículo anterior tienen que observar, en el ejercicio de sus funciones, lo que disponen la Constitución Española, el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears y el resto del ordenamiento jurídico, tienen que promover el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas y tienen que ajustar sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público,

La mencionada Ley no aporta nada diferente con respecto al concepto de regalo, destacable es el Artículo 31.3, el cual recoge los Principios éticos y reglas de conducta, “acordando que las personas tienen que velar por el interés general evitando el conflicto de intereses. No tienen que aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada”. Si llama la atención y merece la pena destacar, que la disposición adicional segunda, preceptúa que todos los expedientes de gastos superiores a 500 euros que se tramiten y se resuelvan en relación con dietas, gastos de representación o similares de miembros del Gobierno o altos cargos deberán publicarse, cada seis meses, en la página web institucional.

Esta información permanecerá publicada mientras dura el mandato del miembro del Gobierno o alto cargo que se beneficia al respecto⁹⁴, en aras a la transparencia si se hace interesante dicha aportación, máxime porque permite saber los gastos de los representantes públicos, teniendo en consideración la aceptación de la utilización de las nuevas tecnologías y el acceso a internet, es fácil comprobar dichos extremos, lo cual produce un avance en cuanto a la Información Pública.

transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.

2. Estas personas tienen que promover los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos y de las ciudadanas y tienen que evitar toda actuación que pueda producir discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

3. Estas personas tienen que velar por el interés general evitando el conflicto de intereses. No tienen que aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada.

4. Las actividades públicas relevantes de estas personas tienen que ser transparentes y accesibles para la ciudadanía con las únicas excepciones que prevé la ley.

5. Estas personas tienen que administrar los recursos públicos con austeridad y evitar actuaciones que puedan menoscabar la dignidad con la cual se debe ejercer el cargo público.

6. El tratamiento oficial de carácter protocolario de los miembros del Gobierno y de los altos cargos es el de señor o señora, seguido de la denominación del cargo, ocupación o rango correspondiente. Es compromiso del Gobierno fomentar y extender este tipo de tratamiento a todos los órganos vinculados al Gobierno, a la Administración de la comunidad autónoma o al Parlamento.

⁹⁴ *Ibidem.*

Disposición adicional segunda.

“Todos los expedientes de gasto superiores a 500 euros que se tramiten y se resuelvan en relación con dietas, gastos de representación o similares de miembros del Gobierno o altos cargos deberán publicarse, cada seis meses, en la página web institucional. Esta información permanecerá publicada mientras dure el mandato del miembro del Gobierno o alto cargo.”

3. Ley Foral 2/2011 de 17 de marzo, sobre el Código de Buen Gobierno en Navarra.

El Gobierno de Navarra, aprobó la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establecía un código de Buen Gobierno⁹⁵.

Dicho Código contemplaba en el Artículo 3.6, los denominados Principios de conducta, donde se acordaba rechazar *cualquier regalo, favor o servicio en*

⁹⁵ La Ley Foral 2/2011 de 17 de marzo, por la que se establece un código de buen gobierno. Consultado en: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/12/pdfs/BOE-A-2011-6553.pdf>.

“Desde la entrada en vigor de la Constitución Española, y del Amejoramiento del Fuero, el ordenamiento jurídico se ha enriquecido con diversas normas que conforman el marco en el que han de actuar los miembros del Gobierno, los altos cargos de las Administraciones Públicas, los funcionarios públicos y el resto del personal de las Administraciones Públicas, incluidos los representantes de las instituciones forales, para ejercer sus funciones de acuerdo al bloque de la legalidad, que garantiza la transparencia, eficacia y dedicación plena a sus funciones públicas y evita toda aquella actividad o interés que pudiera comprometer su independencia e imparcialidad o menoscabar el desempeño de sus deberes públicos.

Artículo 3. Principios de conducta.

- 1. El desempeño de los altos cargos exige la plena dedicación.*
- 2. El desempeño de cargos en órganos ejecutivos de dirección de partidos políticos, en ningún caso menoscabará o comprometerá el ejercicio de sus funciones como responsables públicos.*
- 3. Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las limitaciones que establezcan normas específicas.*
- 4. En el ejercicio de sus funciones extremarán el celo de modo que el desempeño de las obligaciones contraídas sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos. Esta ejemplaridad habrá de predicarse, igualmente, en el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes.*
- 5. Administrarán los recursos públicos con austeridad y evitarán actuaciones que puedan menoscabar la dignidad con que ha de ejercerse el cargo público.*
- 6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.*

En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional se incorporarán al patrimonio de la Comunidad Foral, en los términos previstos en las leyes forales, y de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente.”

condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional se incorporarán al patrimonio de la Comunidad Foral, en los términos previstos en las leyes forales, y de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente, dicha normativa es muy genérica y no define nada nuevo a la problemática.

Esta norma es muy coincidente con la LTBG, y con los parámetros que en su día establecía el Estatuto del Empleado de la Función Pública, poco añade a la resolución de la problemática.

4. Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

El Parlamento de Extremadura también aprobó su iniciativa de Gobierno Abierto, con la finalidad de dotar de mayor transparencia, información y participación, las demandas de la ciudadanía, pero estableciendo un Código de Conducta que afectaba de forma directa a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sus organismos públicos, sociedades y empresas públicas, consorcios, fundaciones⁹⁶, etc.

Así pues, el artículo 31.2 de la citada Ley de Gobierno Abierto de Extremadura, establecía los principios éticos de actuación de los responsables públicos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, y concretamente en su apartado e) preceptuaba lo siguiente:

“No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el

⁹⁶ Ley 4/2013 de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.(DOE 24 Mayo, nº 99).Consultado en: http://www.gobex.es/files/cms/ig/uploaded_files/interlex_normas/Ley_4_2013_de_21_de_mayo_de_Gobierno_Abierto_de_Extremadura.pdf.

desarrollo de sus funciones⁹⁷. En el caso de obsequios de mayor importe al determinado en el Decreto 287/2007, de 3 de agosto, de indemnizaciones por razón de servicio para dietas de alojamiento o manutención, en su importe máximo y por día, se incorporarán de oficio al patrimonio de la comunidad autónoma⁹⁸.”

El Decreto mencionado, tiene por objeto la regulación de las indemnizaciones por razón del servicio en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y de los Organismos y Entes Públicos vinculados o dependientes de la misma⁹⁹, especificando el artículo 12, de dicho acuerdo, los criterios para el devengo y cálculo de las dietas de alojamiento y manutención.¹⁰⁰

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Decreto 287/2007, de 3 agosto. Indemnizaciones por razón del servicio. (DOE 9 agosto 2007, núm. 92). Consultado en: http://www.gobex.es//filescms/ig/uploaded_files/ig-personal-decreto-287-2007.pdf.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Artículo 12.

“1. En las comisiones de servicios, salvo en los casos previstos en el artículo siguiente, se percibirán las dietas a cuyo devengo se tenga derecho, en las cuantías que se establecen en los Anexos I y II, según sean desempeñadas en territorio nacional o extranjero, respectivamente.

2. Las cuantías fijadas en los Anexos I y II comprenden los gastos de manutención y los importes máximos que por gastos de alojamiento se percibirá día a día, salvo que se aplique el sistema de concierto.”

Dietas personal funcionario territorio nacional:

Alojamiento 63,24; Manutención 38,76. Dieta entera 102 euros.

Dietas personal funcionario para las ciudades de Madrid y Barcelona:

Alojamiento 94,86; Manutención 58,14. Dieta entera 153 euros.

Debo destacar que las cantidades previstas como dieta se dividen según incluya manutención y alojamiento en Madrid o Barcelona con un máximo de 153 euros, destinando para el resto del territorio nacional una cantidad de 102 euros.

He de indicar que no tiene mucho sentido lo recogido en la Ley de Gobierno Abierto, artículo 31.2, en cuanto a la aplicación del límite de los regalos, ya que, si el precio que establece dicho texto normativo, es el previsto en el decreto mencionado en cuanto a las cantidades indicadas, hemos de suponer que el límite máximo es de 102 euros o en su defecto 153 euros, cuestión que no queda clara porque de una interpretación estricta, dicha cuantía indemnizatoria de manutención o alojamiento es diaria y diferente según el territorio nacional, lo que deja sin aclarar al funcionario público a que extremo atenerse, de nuevo critico la falta de fijación por parte del responsable público, en este caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de especificar una cantidad concreta al regalo que puedan recibir los funcionarios públicos, hubiera sido muy fácil de solucionar determinando una cuantía definida.

En términos semejantes a lo preceptuado en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, analizado en otro capítulo, se postula la Ley 13/2015 de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, concretamente su artículo 67, el cual preceptúa los códigos de conducta¹⁰¹, refiriéndose dicha normativa autonómica

¹⁰¹ Ley 13/2015 de 8 de abril de la Función Pública de Extremadura. Consultado en: http://www.gobex.es/filescms/ig/uploaded_files/interlex_normas/Ley_4_2013_de_21_de_mayo_de_Gobierno_Abierto_de_Extremadura.pdf.

“Artículo 67. Deberes. Código de conducta

1. El personal empleado público deberá desempeñar con diligencia las tareas que tenga asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y del resto del ordenamiento jurídico.

2. El Código de Conducta del personal empleado público está integrado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos 53 y 54 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico

a lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado de la Función Pública, en sus artículos 53 y 54, que como he indicado anteriormente nada aportan a la solución del problema de conducta a la hora de recibir un regalo por parte de un responsable público, dedicándose a transcribir dichos preceptos previstos en la Ley Estatal resaltada.

5. Ley 19/2014 de 29 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en Cataluña.

El gobierno Autonómico Catalán aprobó la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en Cataluña¹⁰²,

del Empleado Público, y se inspira en los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que habrán de presidir la actuación de los empleados públicos en el desempeño de sus cometidos.”

¹⁰² Ley 19/2014 de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en Cataluña. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-470-consolidado.pdf>.

“Artículo 55. Principios de actuación.

1. Los altos cargos deben actuar de acuerdo con los siguientes principios éticos y reglas de conducta:

a) El respeto a la Constitución, el Estatuto de autonomía y el principio de legalidad.

b) El respeto y la protección a los derechos fundamentales y las libertades públicas y a los derechos estatutarios.

c) La transparencia de las actividades oficiales, de los actos y decisiones relacionados con la gestión de los asuntos públicos que tienen encomendados y de su agenda oficial, a efectos de publicidad del Registro de grupos de interés, establecido por el título IV.

d) La imparcialidad en la toma de decisiones, con garantía de las condiciones necesarias para una actuación independiente y no condicionada por conflictos de intereses.

e) La igualdad de trato de todas las personas, evitando cualquier tipo de discriminación y arbitrariedad en la toma de decisiones.

f) El ajuste de la gestión y la aplicación de los recursos públicos a la legalidad presupuestaria y a los fines para los que se han concebido.

g) La rendición de cuentas y la responsabilidad por las actuaciones propias y de los órganos que dirigen.

con la finalidad de establecer los principios de buen gobierno que deben hacerlo posible, los cuales deben ser desarrollados mediante códigos éticos y de buena conducta. El establecimiento de estos códigos se complementaría con el principio de publicidad de las actividades, bienes e intereses de los altos cargos y la obligación de observancia del régimen de incompatibilidades.

Otra medida a destacar es la obligación de dar publicidad a los criterios de acuerdo con los que se designa a los altos cargos, atendiendo a su competencia, cualificación y experiencia profesional. Estos requerimientos están en sintonía con las políticas de lucha contra la corrupción impulsadas por la Unión Europea y países de nuestro entorno. Así pues, en su artículo 55 establece “la exclusión de cualquier obsequio de valor, favor o servicio que se les pueda ofrecer por razón de su cargo o que pueda comprometer la ejecución de sus funciones¹⁰³.”

h) El ejercicio del cargo con dedicación absoluta, de acuerdo con lo establecido por la legislación sobre incompatibilidades.

i) El ejercicio del cargo en beneficio exclusivo de los intereses públicos, sin realizar ninguna actividad que pueda entrar en conflicto.

j) La utilización de la información a la que tienen acceso por razón del cargo en beneficio del interés público, sin obtener ninguna ventaja propia ni ajena.

k) El compromiso general y directo por la calidad de los servicios bajo su responsabilidad y el cumplimiento de los derechos de los usuarios.

l) La buena fe.

m) La exclusión de cualquier obsequio de valor, favor o servicio que se les pueda ofrecer por razón de su cargo o que pueda comprometer la ejecución de sus funciones.

n) El deber de abstenerse de intervenir en los asuntos de su competencia cuando concurra alguno de los supuestos de abstención que establece la Ley.

o) Mantener la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos por razón del ejercicio de sus competencias.

2. Las administraciones y los organismos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley deben incluir, en los pliegos de cláusulas contractuales y en las bases de convocatoria de subvenciones o ayudas, los principios éticos y las reglas de conducta a los que deben adecuar su actividad los contratistas y las personas beneficiarias, y deben determinar los efectos de un eventual incumplimiento de dichos principios.

3. El Gobierno, los entes locales y los demás organismos e instituciones públicas incluidos en el artículo 3.1 deben elaborar un código de conducta de sus altos cargos que concrete y desarrolle los principios de actuación a los que se refiere el apartado 1, establezca otros adicionales, en su caso, y determine las consecuencias de incumplirlos, sin perjuicio del régimen sancionador establecido por la presente ley.”

¹⁰³ *Ibídem.*

Ninguna aportación hace la Ley catalana a la situación analizada, manteniendo la indefinición.

5.1. Código de conducta miembros del Parlamento de Cataluña.

Recientemente, el pasado 14 de octubre de 2016, se publicó el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña, el cual, tiene como objeto desarrollar el mandato recogido en la anteriormente citada, Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Reseñable y diferenciador con la citada Ley, es lo preceptuado en el artículo 22, del citado Código de Conducta, donde se indica que los diputados del Parlamento no pueden aceptar ningún obsequio o regalo de valor, ni favor o servicio que les sea ofrecido por razón del cargo.

Se entiende por obsequio o regalo de valor el que supera el importe estimado de 150 euros, debo manifestar que dicha cuantía coincide con lo establecido en el Código de Conducta de los Parlamentarios Europeos y con las recomendaciones aportadas por la Federación Española de Municipios y Provincias.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña. Consultado en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/10/14/pdfs/BOE-A-2016-9419.pdf>

“Artículo 22. Obsequios, ofertas de hospitalidad y distinciones.

1. Los diputados del Parlamento no pueden aceptar ningún obsequio o regalo de valor, ni favor o servicio que les sea ofrecido por razón del cargo. Se entiende por obsequio o regalo de valor el que supera el importe estimado de 150 euros.

2. Los diputados, si en virtud de las reglas de cortesía reciben obsequios o regalos de valor, deben entregarlos al Parlamento, el cual debe llevar un registro de los mismos que debe ser de consulta pública en el Portal de la Transparencia. Los obsequios y regalos se han enajenar periódicamente y los rendimientos obtenidos deben destinarse a la financiación de actividades o servicios sociales.

3. Los diputados del Parlamento no pueden aceptar ninguna oferta de hospitalidad, invitación u otros servicios que impliquen un gasto económico a cargo de terceros, en beneficio propio o del entorno familiar de los diputados. No se incluye en este supuesto la invitación a intervenir o participar en actos u otras manifestaciones en representación del Parlamento o en ejercicio del cargo de diputado, o en representación del partido, de un sindicato, de un colegio profesional, de una fundación o de una asociación a que pertenezca el diputado, si no existe ningún conflicto

Dicha determinación por parte del Código de Conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña, debo reseñarla, principalmente porque podría ser extrapolable a otros muchos Parlamentos Autonómicos.

5.2. La Oficina Antifraude de la Generalidad de Cataluña.

En el año 2009 se creó la Oficina Antifraude con una finalidad que pretendía “fortalecer la integridad del Sector Público en Cataluña mediante la prevención de la corrupción y la investigación de conductas corruptas”. El control de las actividades de la institución está desde entonces en manos del Parlamento de Cataluña¹⁰⁵.

Para prevenir la corrupción algunas de las actividades que se llevan a cabo son; campañas de concienciación ciudadana, estudios analizando las causas y consecuencia de la corrupción, acciones formativas en materia de ética pública, divulgación de mecanismos de control de la corrupción, etc.

En cuanto a su función investigadora, la Oficina Antifraude puede actuar de oficio o por solicitud razonada de una autoridad o institución pública. Algunas de las actuaciones son; visitas de inspección a cualquier servicio público, entrevistas al personal de las distintas administraciones públicas o acceso a la información de las cuentas bancarias en las que se haya registrado algún pago por parte de administración pública¹⁰⁶. Sus investigaciones finalizan con la denuncia al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial correspondiente.

directo o indirecto de intereses por razón de quién ofrezca la hospitalidad, la invitación u otros servicios que comporten gasto económico a cargo de terceros.

4. Los diputados del Parlamento no pueden aceptar ninguna distinción, aunque sea meramente honorífica, si puede condicionar su actuación como representantes del interés general.”

¹⁰⁵ Oficina Antifraude catalana. Consultado en: www.antifrau.cat.

¹⁰⁶ VICENTE CHIRIVELLA, O. *Corrupción pública: principales instituciones para su estudio*. Ed. Iustel. Madrid 2014, pág. 267.

La Oficina Antifraude sólo puede actuar en los ámbitos del sector público de Cataluña y en el de las empresas, entidades privadas y personas físicas que gestionan servicios públicos, obras públicas o reciban subvenciones¹⁰⁷. Algunas de las situaciones que pueden motivar la actuación preventiva e investigadora de la Oficina Antifraude¹⁰⁸ son, uso o destino ilegal de fondos públicos, desvío de subvenciones a fines ajenos a los que determinan su otorgamiento, uso en beneficio privado de informaciones obtenidas en el ejercicio de las funciones públicas, tráfico de influencias, etc.

En la página web de la Oficina Antifraude, además de la información anterior, se pueden encontrar las memorias anuales que han de presentarse ante el Parlamento de Cataluña, publicaciones y estudios llevados a cabo por la institución e información sobre la oferta formativa de la propia institución destinada a directivos, empleados públicos, empresas privadas, etc. Además se pueden consultar los resultados de la encuesta llevada a cabo por la Oficina Antifraude y el Centro de Estudios de Opinión para el año 2016, en la que se recogen las percepciones y actuaciones de la ciudadanía alrededor del fenómeno de la corrupción en Cataluña.

En los últimos meses dicha oficina ha estado en el candelero mediático por el cese de su antiguo director, el magistrado de la audiencia provincial de Barcelona Daniel de Alfonso, por supuestamente haber incurrido en una negligencia notoria y grave en el cumplimiento de las obligaciones y del cargo a raíz de las informaciones sobre las conversaciones que tuvo con el ex ministro de interior, Jorge Fernández Díaz, en las que supuestamente conspiraban contra los partidos políticos Esquerra Republicana de Cataluña y Convergencia Democrática de Cataluña, con motivo de la espiral independentista que ambos partido habían empezado, intentando buscar casos de corrupción que salpicaran a los dirigentes de ambas formaciones¹⁰⁹.

A priori, esta iniciativa parece muy interesante, es importante tener un órgano

¹⁰⁷ Oficina Antifraude catalana. Consultado en: www.antifrau.cat

¹⁰⁸ CORRAL ESCARIZ, V. *La lucha contra la corrupción urbanística en España*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014, pág.219.

¹⁰⁹ Publicado en el periódico la vanguardia el 29/06/2016. Consultado en: www.lavanguardia.com

autonómico, donde acudir en caso de necesidad o sospechas de ilegalidad, me preocupa que en ocasiones dicha oficina, pueda estar muy politizada y su verdadera finalidad se pueda ver enturbiada, por presiones políticas externas.

Pienso y creo que sería de gran utilidad trasladar dicha iniciativa autonómica al Gobierno de la nación, sería un avance importante en la lucha contra la corrupción y aportaría una vía para denunciar posibles corruptelas.

6. Ley 2/2015 de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana.

Una de las Comunidades Autónomas donde mayores casos de corrupción han proliferado, no podía estar exenta de contar con una Ley de Transparencia, de ahí que, con fecha 2 de abril de 2015, se aprobó la Ley 2/2015, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana, esta normativa, desde el punto de vista mediático y de cara a las promesas electorales quedaba muy bien, máxime porque se aprobó un mes antes de las elecciones Municipales y Autonómicas en dicha Comunidad Autónoma en mayo de 2015, pero en cuanto a la percepción de regalos por parte de los responsables públicos, sigue una línea continuista, al igual que otras Comunidades Autónomas no clarifica nada con respecto a la actuación de los responsables públicos.

Concretamente en el artículo 26, apartado m, se preceptúa, que no se aceptarán regalos que sobrepasen los usos y costumbres de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el ejercicio de sus funciones.¹¹⁰

En conclusión, más indefinición y otra oportunidad perdida para cuantificar el límite de la recepción de los regalos, máxime en esta Comunidad Autónoma no exenta de grandes titulares sobre presuntos casos de corrupción pública.

¹¹⁰ Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana. Consultado en: http://www.dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?id=null&sig=002988/2015&L=1.

6.1. La Consejería de Transparencia en la Comunidad Valenciana.

La Generalidad Valenciana, además de la Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana, también ha creado la Consejería de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, el concepto de transparencia remite, a la capacidad de la ciudadanía de acceder a la información que produce y gestiona la administración, tanto a través de la publicidad activa (información que la administración pone a disposición de todos los ciudadanos sin necesidad que estos lo soliciten) como del derecho de acceso a la información pública (en que un particular solicita información personal a la administración).¹¹¹

Dentro de las finalidades de la mencionada Consejería, la Dirección General de Transparencia y Participación es el centro directivo de la Consejería que programa y ejecuta las políticas del Consell y ejerce sus competencias en materia de transparencia en la actividad pública y participación de la sociedad civil y ciudadana.¹¹²

¹¹¹ Consultado en: <http://www.transparencia.gva.es/web/dg-participacion-ciudadana/presentacion>.

¹¹² Consultado en: <http://www.transparencia.gva.es/web/dg-participacion-ciudadana/presentacion>.

“ En especial, tiene atribuidas las siguientes competencias:

a) Diseñar la planificación y las directrices de actuación en materia de transparencia y participación ciudadana.

b) Organizar y coordinar los programas y acciones relativos a la transparencia en la actividad pública y la participación ciudadana, impulsar la ejecución de las políticas de la Generalitat en estas materias y coordinar la comunicación de las instituciones autonómicas con la ciudadanía a través de las redes sociales y otros medios tecnológicos.

c) Promover, coordinar y supervisar la formación y evaluación de los mecanismos de participación y transparencia, en todos los sectores de la población, con especial atención a los colectivos tradicionalmente menos activos en los asuntos públicos.

d) Dar apoyo a la relación institucional con los colectivos de valencianos residentes fuera de la Comunitat Valenciana, las casas regionales y federaciones de asociaciones de otras comunidades autónomas en la Comunitat Valenciana y otras entidades cívicas que aglutinan a ciudadanos

Como iniciativa suena muy bien, será necesario que en la práctica sea útil y venga a dar seguridad jurídica en una Comunidad Autónoma, donde la desconfianza del ciudadano en la gestión pública ha aumentado de forma considerable en las últimas fechas.

7. Propuesta Legislativa para delatar casos de Corrupción en Castilla León.

El gobierno de Castilla y León ha tomado la delantera al Gobierno de España en cuanto a poner la primera piedra para incentivar a los funcionarios a delatar casos de corrupción. Las Cortes autonómicas han aprobado, con los votos

valencianos que residen en el extranjero, especialmente aquellas relacionadas con los jóvenes desplazados por razones económicas, y mantener esta relación.

e) Actuar, en su caso, en representación del Consell, en los órganos colegiados de las distintas administraciones públicas, en las conferencias sectoriales y en otros órganos de cooperación que se creen en materia de transparencia y participación.

f) Formar parte de los órganos colegiados de la Generalitat en los que se aborde la aplicación de las medidas de transparencia, y encargarse de la dirección técnica y de la preparación de los asuntos que deban ser tratados, y de la coordinación de la ejecución y seguimiento de los acuerdos que adopten los mencionados órganos.

g) Intervenir, en su caso, en representación del Consell, en los foros, jornadas, simposios, debates u otros encuentros en que se traten temas relacionados con la materia propia de la dirección general.

h) Diseñar, coordinar y gestionar las ayudas adscritas para fomentar las políticas de transparencia y participación.

i) Emitir informe sobre la oportunidad de los proyectos normativos de la Generalitat que incidan directamente en las materias de transparencia y participación.

j) Emitir informe previo sobre la oportunidad de la aprobación de programas, ayudas o subvenciones en cada uno de los sectores de la Administración de la Generalitat que estén destinados a la realización de políticas públicas relacionadas con las materias de transparencia y participación.

k) Elaborar convenios u otras formas de colaboración, así como proyectos normativos relativos a la materia.

l) Ejercer las competencias sobre el Registro de Actividades y Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos.”

de PP y Ciudadanos -PSOE, Podemos y el Mixto votaron en contra-, una ley para promover que los funcionarios destapen casos de corrupción, a cambio de garantías y protección. Una iniciativa de Ciudadanos que, por primera vez en una Comunidad Autónoma en España, se convierte en ley.

La medida está incluida en el pacto de investidura sellado entre Mariano Rajoy y Albert Rivera, por lo que espero sea uno de los compromisos del nuevo Gobierno del PP, aprobar una Ley de Protección de los Denunciantes de Corrupción. Pacto de investidura PP-Ciudadanos punto 119.- Aprobar una Ley de Protección de los Denunciantes de Corrupción, con el fin de reconocer y proteger a quienes arriesgan su carrera profesional en la defensa del interés general¹¹³.

La normativa aprobada, la primera en España, tiene por objeto regular las actuaciones de la Administración de la Comunidad de Castilla y León ante las informaciones que le sean facilitadas por su personal respecto de actuaciones que hayan sido realizadas por altos cargos o personal de la Administración General e Institucional en el ejercicio de sus cargos o funciones, de las que pudiera derivarse un posible delito contra la Administración Pública.¹¹⁴

Así pues, el pasado 1 de junio se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla León, número 138, el Proyecto de Ley por el que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública¹¹⁵.

La presente ley tiene por objeto regular las actuaciones de la Administración de la Comunidad de Castilla y León ante las informaciones que le sean facilitadas por su personal respecto de actuaciones que hayan sido realizadas por altos cargos o personal de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y

¹¹³ Noticia publicada en el diario el mundo el 29 de octubre de 2016. Consultado en: <http://www.elmundo.es/espana/2016/10/29/5813a28a46163f573b8b4574.html>.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Consultado en:

<http://sirdoc.ccy.l.es/sirdoc/PDF/PUBLOFI/BO/CCL/9L/BOCCL0900138/BOCCL-09-007790.pdf>.

León en el ejercicio de sus cargos o funciones, de las que pudiera derivarse un posible delito contra la Administración Pública de los regulados en el Título XIX del Código Penal, así como establecer las garantías que se otorgan a los informantes.¹¹⁶

¹¹⁶Consultado en:
<http://sirdoc.ccyl.es/sirdoc/PDF/PUBLOFI/BO/CCL/9L/BOCCL0900138/BOCCL-09-007790.pdf>.

“Artículo 2. Tramitación

- 1. La información se remitirá a la Inspección General de Servicios, la cual procederá a la apertura de una información reservada que tendrá carácter prioritario.*

Desde su entrada en el citado órgano, éste dispondrá de un plazo de dos meses para desarrollar la labor inspectora. No obstante, en aquellos casos en los que la complejidad del asunto impida la finalización de las actuaciones en dicho plazo, éste se podrá ampliar por el tiempo indispensable, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses. La ampliación del plazo se acordará motivadamente, y será notificada a quien haya facilitado la información.

- 2. En todas las actuaciones que se lleven a cabo, así como en el informe con el que concluya la información reservada, se omitirán los datos relativos a la identidad del informante y cuantos pudieran conducir a su identificación.*

- 3. Si de las actuaciones practicadas se apreciaran indicios racionales de la existencia de un posible delito se dará traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, lo que se comunicará a quien haya proporcionado la información.*

- 4. En aquellos casos en los que de las actuaciones practicadas no se aprecien indicios de delito pero se detecte la posible existencia de una infracción administrativa, la información reservada finalizará con la emisión de un informe que contendrá la propuesta de apertura de expediente sancionador y se remitirá al órgano competente para su incoación. En estos casos, así como en aquellos en los que tras las actuaciones reservadas no se hayan apreciado indicios de responsabilidad, del informe que se emita concluyendo la información reservada se dará traslado al Procurador del Común como Comisionado de Transparencia para su conocimiento, lo que se comunicará a quien haya proporcionado la información.*

- 5. Anualmente la Consejería de la que dependa la Inspección General de Servicios presentará un informe ante la Comisión correspondiente de las Cortes de Castilla y León, en la que se incluirá el número de informaciones recibidas y el órgano al que se le hayan dado traslado en cumplimiento de las previsiones de la presente ley.*

Artículo 3. Garantías

- 1. Frente a quien haya facilitado la información no podrá adoptarse ninguna medida que venga motivada por tal actuación y que perjudique su situación laboral. De forma particular, no podrá ser removido de su puesto de trabajo, cualquiera que sea su forma de provisión, salvo aquellos cambios que se deriven estrictamente de la normativa aplicable.*

Es lógico, que una vez materializada la investidura de presidente del Gobierno de España, tras más de trescientos días de D. Mariano Rajoy Brey como Presidente en funciones, tras el pacto de investidura y a tenor de lo recogido, como he destacado entre el Partido Popular y Ciudadanos, espero que dicho nuevo Ejecutivo inicie otra propuesta legislativa en el mismo sentido que la que he indicado en las Cortes de Castilla y León, algo que entiendo necesario y que puede ser un paso más en la lucha para erradicar la corrupción y especialmente contra una de sus modalidades más utilizadas por la clase política y funcionarial, me refiero al eje central de este trabajo, y no es otro que el delito de cohecho, principalmente en la que afecta al cohecho pasivo impropio en atención al cargo.

Pero no puedo olvidar, que para que esta Ley tenga futuro y sea eficaz, debemos proteger a aquellos funcionarios que denuncien las prácticas de corrupción, se hace oportuno asemejar su figura, por ejemplo a la del testigo protegido, de lo contrario, difícilmente tendrá resultado sin unas mínimas garantías para el delator.

2. Dichas garantías serán de aplicación desde que la información tenga entrada en la Inspección General de Servicios y durante la sustanciación de las actuaciones a que se refiere el artículo segundo de esta ley. En el caso de que las actuaciones se hayan remitido al Ministerio Fiscal las anteriores garantías mantendrán su vigencia hasta que se dicte sentencia firme o en su caso, se decrete el archivo definitivo.

3. Excepcionalmente y durante el mismo periodo, se podrá acordar el traslado de quien haya facilitado la información a otro puesto de trabajo de similares características al que venía ocupando, cuando lo solicite y concurren circunstancias, debidamente apreciadas por la Inspección General de Servicios, que así lo justifiquen.

4. Las garantías previstas en los apartados anteriores se extenderán al personal que haya denunciado ante el Ministerio Fiscal o autoridad judicial la posible comisión de un delito contra la Administración, de los regulados en el Título XIX del Código Penal, desde que la denuncia se haya admitido a trámite por el Juez.

5. Se considerará falta grave la presentación de informaciones infundadas cuando de las actuaciones llevadas a cabo en la información reservada se derive de forma manifiesta su falta de fundamento, todo ello sin perjuicio de las consecuencias que establece el ordenamiento jurídico para los supuestos de acusación y denuncia falsas y simulación de delitos tipificados en el Capítulo V, del Título XX del Libro II del Código Penal.”

CAPÍTULO TERCERO. ACUERDOS RELATIVOS A LA RECEPCIÓN DE REGALOS EN LAS FEMP Y ALGUNAS ADMINISTRACIONES LOCALES.

1. Código de Conducta y Recomendaciones de la Federación Española de Municipios y Provincias.

La Federación Española de Municipios y Provincias, conocida como las FEMP, ha tratado de forma específica aquello que pueden recibir los cargos públicos en concepto de regalo, así pues, en primer lugar hemos de indicar que la citada Federación tuvo su origen el 12 de enero de 1980 con motivo de una unión de un grupo de Alcaldes en Madrid, atendiendo a la convocatoria del entonces primer edil de la capital de España, D. Enrique Tierno Galván, de esa reunión surgió una gestora presidida por el entonces Alcalde de Málaga, D. Pedro Aparicio Sánchez, constituyéndose formalmente dicho Organismo el 23 de junio de 1980. Los días 13 y 14 de junio de 1981 celebró la primer asamblea General en Málaga, acordándose dar entrada a las Provincias e Islas. En esa asamblea, las FEMP se constituía, además, como sección Española del Consejo de Municipios y Regiones de Europa (CMRE)¹¹⁷.

En la actualidad de los 8126 municipios, repartidos por las cincuenta provincias, Ceuta y Melilla, que existen en España, las corporaciones locales afiliadas a las FEMP, ascienden a un total de 7365, prácticamente la gran mayoría de todos los municipios de nuestro país¹¹⁸.

¹¹⁷ Consultado en: <http://www.femp.es/>

¹¹⁸ Consultado en: <http://www.femp.es/>

Los fines fundacionales y Estatutarios de las FEMP, son el fomento y la defensa de la autonomía de las Entidades Locales, la representación de las mismas ante otras Administraciones Públicas, y una coordinación interna que permita un mejor funcionamiento del municipalismo y de sus agentes colaboradores¹¹⁹.

Dentro de las funciones de las Federación de Municipios y Provincias que antes he destacado, debo exponer que una de sus finalidades y cometidos ha sido la de mejorar el municipalismo y para ello han tratado temas de diferente calado, aportando y aconsejando al respecto. Uno de ellos, ha sido la publicación de un Código de buena conducta para los representantes públicos¹²⁰.

¹¹⁹ Consultado en: <http://www.femp.es/>

¹²⁰ *Ibidem*. Exposición de motivos Código de Buen Gobierno Local de las FEMP. "El Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa (CPLRE) en sus Recomendaciones nº 60 y 86 aprobadas en 1999, pretende inspirar los comportamientos de las autoridades locales en relación con la "ética política".

Por su parte el "Código Europeo de Conducta para la integridad política de los representantes locales electos"; aprobado por el CPLRE, aboga por la promoción de códigos de conducta para los representantes locales como instrumentos que permitirán crear confianza entre los políticos y los ciudadanos, indispensable para que aquellos que tengan que desempeñar sus funciones puedan hacerlo de forma eficiente puesto que el respeto por el mandato del electorado va estrechamente unido al respeto de unas normas éticas.

En esta dirección insiste, también, la Conferencia de Ministros europeos responsables de las instituciones locales y regionales, con ocasión de la declaración sobre la "participación democrática y la ética pública a nivel local y regional". Su declaración de la sesión de Valencia, 15 y 16 de octubre de 2007, haciendo referencia a la Agenda de Budapest y a otras Recomendaciones del Consejo de Ministros y del Consejo de Europa, nos recuerda la utilidad del Manual de Buenas Prácticas sobre la Ética Pública en el nivel de los Gobiernos Locales.

En base a sus recomendaciones y respetando el marco normativo vigente se considera conveniente la redacción de una serie de principios y el diseño de instrumentos de gobierno, que contribuyan a consolidar pautas de comportamiento de los representantes locales en aras a configurar una ética pública común que evite la mala gestión, destierre posibles actuaciones corruptas, y por el contrario sirva para generalizar las buenas prácticas.

El papel de los representantes locales en la gestión de los Ayuntamientos, esencial para el funcionamiento del sistema democrático por su proximidad a la ciudadanía, debe ser ejercido, en general, con sentido de la responsabilidad, voluntad de servicio a la sociedad, transparencia, eficacia y dedicación plena a sus funciones públicas.

No obstante, en algunas ocasiones, el sistema democrático soporta casos de mala gestión y corrupción, falta de transparencia en la gestión y en la relación con la ciudadanía, alejamiento de

Así pues, los principios del Código de buen Gobierno Local de las FEMP, aprobado en 2009, recogía que los electos locales, así como los miembros no

los cargos electos de la realidad social, situaciones de transfuguismo, connivencia con los intereses privados, ausencia de cauces suficientes para el control de la gestión por la oposición.

Aun siendo casos excepcionales, estos hechos degradan y perjudican a la democracia y dañan la credibilidad de Instituciones y políticos. Frente a estos fenómenos, la única respuesta posible es la de comprometerse con el buen funcionamiento de la democracia local y profundizar en ella a través de una conducta honesta, transparente y abierta a la participación.

Lo cierto es que los Gobiernos Locales hemos sido protagonistas de los cambios de nuestro tiempo y determinantes de las transformaciones económicas y sociales para el progreso colectivo, el desarrollo sostenible y la igualdad de oportunidades en nuestro país. Nuestros Ayuntamientos han contribuido al avance hacia la igualdad y la justicia social, la consolidación y el desarrollo de nuestra democracia, han imaginado nuevas formas de participación y el ejercicio de las libertades y derechos de ciudadanía, han impulsado derechos de nueva generación, han contribuido activamente a la igualdad entre hombres y mujeres, a la lucha contra la violencia de género, a la igualdad efectiva de todos los ciudadanos y ciudadanas, al cuidado y atención de personas dependientes, a la creación de empleo, a la formación permanente de los trabajadores y trabajadoras, al fortalecimiento de la cohesión social, a la consolidación del Estado de Bienestar y a la solidaridad y cooperación al desarrollo.

Hemos hecho realidad una nueva forma de gobernar, desde la cercanía a los ciudadanos y ciudadanas, hemos fortalecido la gestión pública, apostando por unos Ayuntamientos modernos y eficaces, con servicios públicos de calidad. Por tanto, consideramos el ámbito local como un espacio estratégico de la acción política y el futuro de la democracia, así como para el desarrollo de los derechos de la ciudadanía y una oportunidad para hacer realidad los derechos sociales de nueva generación. Con este bagaje, promovemos el desarrollo de este Código del Buen Gobierno Local.

Asimismo el Código podrá servir para complementar la legislación estatal, asegurando la efectiva realización de aquellos desarrollos normativos que las leyes estatales de aplicación en el ámbito local remiten a los gobiernos locales.

El Código se conformará también como un Estatuto para los Electos Locales, haciéndose eco de una de las afirmaciones del Código Europeo en cuanto a que no se pueden imponer obligaciones sin que se ofrezcan garantías que permitan a los representantes locales regionales electos cumplir sus deberes. y en ese sentido asegurará la libertad en el ejercicio del mandato y una retribución adecuada a las responsabilidades asumidas.

En aplicación de estas consideraciones contribuiremos a la mejora de los modelos de gestión y aseguraremos a los ciudadanos y ciudadanas un buen gobierno local como garantía de igualdad y solidaridad, adquiriendo un compromiso con la ética pública y la calidad democrática en el ámbito de gestión más próximo al ciudadano. Se trata, en fin, de profundizar en la configuración democrática y participativa de las corporaciones locales.

El escenario idóneo para llevar a cabo la aprobación de un acuerdo de estas características lo constituye la Federación Española de Municipios y Provincias, en cuyo seno y contando con el Consejo Territorial se ha de concretar, debatir y finalmente consensuar un texto por parte de todos los partidos políticos representados en la misma.”

electos de la Junta de Gobierno Local, actuarían en el desempeño de las funciones públicas, de acuerdo con la Constitución, los respectivos Estatutos de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico y ajustarían su actividad a los principios éticos y de conducta contenidos en el Código de Buen Gobierno Local.

Las actuaciones públicas se regirían por la eficiencia, la modernización de la Administración y el buen servicio a la ciudadanía, defendiendo los intereses generales con honestidad, objetividad, imparcialidad, confidencialidad, austeridad y cercanía a la ciudadanía. Estableciendo que los electos locales así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, no aceptarán regalos que sobrepasen los usos y costumbres de la simple cortesía por parte de entidades o personas¹²¹.

Siguiendo la línea del CBG de la FEMP aprobó en el año 2009, como una herramienta de introducción formal de la ética en el ámbito local con carácter innovador, y tras la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, la Federación de Municipios y Provincias aprueba un nuevo Código de Buen Gobierno Local el 24 de marzo de 2015¹²², esta nueva recomendación es más acorde a la realidad y clarifica y

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² *Ibidem.* Código de Buen Gobierno Local aprobado en Junta General de la Federación Española de Municipios y Provincias el 24 de marzo de 2015.

La iniciativa para la creación de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP abre, para el ámbito local, una nueva etapa que exige dotar a las entidades que se integran en él, de las herramientas e instrumentos necesarios para desarrollar adecuadamente no sólo sus obligaciones legales sino también sus compromisos éticos con la gestión pública, en general, y con los ciudadanos, en particular. El CBG se erige en la pieza central de esta estrategia que será objeto de desarrollo a través de los mecanismos que se definan en el seno de la Red.

El Código de Buen Gobierno tiene por objeto el establecimiento de los principios a respetar en el desempeño de las responsabilidades políticas de gobierno y administración, así como las de dirección y gestión local, fijando los compromisos que reflejen los estándares de conducta recomendados y reforzando la calidad democrática de las instituciones locales.

Como objetivos específicos pueden señalarse los siguientes:

- La integración de la dimensión ética en el funcionamiento de las entidades locales.*
- Incorporar las estrategias de actuación para la consecución de una democracia real y efectiva, a través de la participación ciudadana y el gobierno abierto.*
- Definir las líneas básicas que deben presidir la gestión pública local.*
- Reforzar los estándares de conducta en el ejercicio de las responsabilidades públicas.*

-Delimitar las pautas para las adecuadas relaciones entre los ámbitos de gobierno y administración, normalizando las relaciones personales internas.

Ámbito subjetivo.

El presente Código, en su condición de instrumento inspirador de la actuación de las Entidades Locales y del personal a su servicio, se aplicará a:

- a) Los miembros de las Corporaciones Locales, en su condición de representantes electos, con independencia de su integración o no en el respectivo gobierno.*
- b) Los miembros de los órganos de gobierno de los Organismos Autónomos, Entidades públicas empresariales locales y Sociedades mercantiles locales, así como Fundaciones de naturaleza local.*
- c) Los titulares de órganos directivos, según la definición de la normativa en materia de régimen local y función pública.*
- d) El personal que desempeñe funciones directivas y predirectivas al servicio de la administración local, entendiéndose por tal a aquéllos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.*
- e) Funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional.*

A efectos de clarificar terminológicamente el ámbito subjetivo en el desarrollo del CBG las referencias a los empleados públicos incluidos en el mismo, se utilizará la expresión “directivos públicos locales”.

Con carácter previo a la asunción de un cargo público, responsabilidad política o función ejecutiva en la organización, se deberá suscribir el CBG al que se haya adherido la respectiva entidad local.

Esta delimitación no excluirá la suscripción de sus objetivos por la totalidad de los empleados públicos locales, sujetos a este respecto al Código ético y de conducta recogido en la normativa sobre función pública, así como a aquellos sujetos proveedores de servicios a la administración local y perceptores de fondos públicos.

Principios del buen gobierno local.

Los sujetos destinatarios del CBG ajustarán la gestión de los intereses públicos y el desarrollo de la democracia participativa a la realización efectiva del gobierno abierto y sus principios de transparencia, participación y colaboración ciudadana, como mínimo en los términos de la normativa vigente en cada momento, en una gestión orientada a la ciudadanía.

Para la consecución de dichos objetivos su actuación estará orientada al cumplimiento de los siguientes principios, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a ellos:

Compromisos éticos en materia de conflictos de intereses.

El desempeño de responsabilidades públicas exigirá el respeto a la normativa en materia de conflicto de intereses basando su actuación en los siguientes compromisos

- 1.-En el ejercicio de sus facultades discrecionales, se abstendrán de conceder ninguna ventaja a ellos mismos o a otra persona o grupo de personas con el fin de obtener un beneficio personal directo o indirecto de los mismos.*

a su vez cuantifica el regalo, lo que humildemente pienso es un avance e indicador cuanto menos expositivo y orientativo de esta problemática.

En dicho Código aprobado en el año 2015, por primera vez, se pone límite económico a los regalos, se limita la cuantía a los regalos que superen los 150 euros, dice literalmente, “no aceptarán, recibirán o solicitarán, directamente o a través de terceros, regalos que sobrepasen los usos habituales, sociales o de cortesía por parte de entidades o personas o, en cualquier caso, que sobrepasen la cuantía de ciento cincuenta euros”.

Esta valoración económica supone una evolución en cuanto a determinar un valor sobre el que marcar la meta de aceptación en cuanto a la recepción de regalos se refiere, algo que nuevamente y personalmente resalto, falta en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y en la mayoría de las iniciativas autonómicas tratadas hasta el momento.

2. Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid.

Significativo es el tratamiento que algunas Corporaciones Locales, dentro de su principio de Autonomía Local, han planteado al respecto, es reseñable, la actuación que el Ayuntamiento de Madrid, ha realizado en cuanto a limitar la recepción de los regalos por parte de sus representantes, incluyendo a Presidentes de los Distritos, los titulares de los órganos directivos y los empleados públicos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos. A través de la Junta de Gobierno Local acordó un régimen a seguir en cuanto a los regalos que reciban el Alcalde/a, los Miembros de la Junta de Gobierno, los Concejales con

2.-Se abstendrán de participar en cualquier deliberación, votación o ejecución de aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, ya sea directo o indirecto.

3.-No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio propio o su entorno o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros o del interés general.

4.-No aceptarán, recibirán o solicitarán, directamente o a través de terceros, regalos que sobrepasen los usos habituales, sociales o de cortesía por parte de entidades o personas o, en cualquier caso, que sobrepasen la cuantía de ciento cincuenta euros.

responsabilidades de gobierno, así como otros Concejales-Presidentes de los Distritos, los titulares de los órganos directivos y los empleados públicos del Ayuntamiento y de sus organismos autónomos¹²³.

¹²³ Acuerdo Junta de Gobierno Local Ayuntamiento de Madrid. Consultado en: <http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/El-Ayuntamiento/Transparencia/Informacion-institucional-y-organizativa/Regimen-de-regalos/Regimen-de-regalos?vgnextfmt=default&vgnextoid=326cb4b544e72510VgnVCM2000000c205a0aRCRD&vgnextchannel=1a670d9951e72510VgnVCM2000000c205a0aRCRD>.

“Entre los principios generales que deben informar la actuación de los poderes públicos y de sus máximos representantes están los de integridad, imparcialidad y objetividad y prevención de los conflictos de intereses. Estos principios tienen una importante proyección en los códigos éticos y de conducta de los que se dotan las administraciones públicas, y que sirven como una cautela más para evitar comportamientos corruptos. En la mayor parte de ellos, es coincidente la inclusión de la prohibición de recibir regalos o ventaja de cualquier tipo por parte de sus máximos responsables, con el fin de evitar que los principios citados, que deben regir el desempeño de sus cargos, puedan verse afectados.

La Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha dado un paso más en la exigencia de estándares mínimos de ética pública, considerando reprobable la aceptación de regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, o de favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En sentido parecido, el Código de Buen Gobierno Local de la Federación Española de Municipios y Provincias, enuncia la misma prohibición, fijando en 150 euros el límite del valor de los regalos que pueden ser aceptados.

Por su parte, la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) ha sido una norma pionera en nuestro ordenamiento jurídico al introducir, con respecto a los empleados públicos, un Código de Conducta que inspira su actuación. El artículo 54.6 del EBEP, vino a regularizar, dentro de ese Código, el régimen jurídico de los regalos a percibir por el personal al servicio del sector público, imponiendo la obligación rechazar todos aquellos que vayan más allá de los usos habituales, sociales y de la cortesía.

Esa previsión se mantiene en los mismos términos por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Este tipo de conductas tiene, incluso, un reproche mayor en vía penal. Los artículos 419 y siguientes del Código Penal tipifican como delito diferentes conductas relacionadas con la aceptación o solicitud de dádivas, favores o retribuciones de cualquier clase por parte de autoridades o funcionarios públicos.

Con el fin de prevenir los conflictos de intereses que puedan generarse por este tipo de prácticas y con el propósito de elevar y mejorar los requerimientos establecidos en otras normas, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, comprometida con los principios de buen gobierno, ha decidido aprobar un régimen detallado sobre la recepción de regalos por parte de sus miembros y otros representantes locales con responsabilidades de gobierno, así como por los titulares de los órganos directivos y empleados de la Administración municipal.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1 b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio,

El Ayuntamiento de Madrid entiende por regalo, todo obsequio, ventaja, beneficio, favor o concepto equiparable, de cualquier naturaleza y denominación, que las personas sujetas al presente acuerdo reciban en consideración al cargo o puesto que desempeñen. Y determina que sólo serán consideradas muestras de cortesía habitual o atención protocolaria, los regalos comprendidos dentro de los

de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid y en el artículo 18 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Madrid, a propuesta del titular del Área de Gobierno de Participación Ciudadana, Transparencia y Gobierno Abierto, y previa deliberación, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, en su reunión de 5 de noviembre de 2015,

SEGUNDO.- Concepto de regalo.

Se entiende por regalo a los efectos del presente acuerdo, todo obsequio, ventaja, beneficio, favor o concepto equiparable, de cualquier naturaleza y denominación, que las personas sujetas al presente acuerdo reciban en consideración al cargo o puesto que desempeñen.

CUARTO.- Regalos excluidos.

Únicamente serán consideradas muestras de cortesía habitual o atención protocolaria, los regalos comprendidos dentro de los usos y costumbres sociales. Se entenderá que tienen dicha consideración:

a) Los regalos que no sobrepasen el importe de 50 euros. No se podrán acumular regalos procedentes de la misma persona física o jurídica, cuando la suma de sus valores sea superior a 150 euros durante el periodo de un año.

b) Los obsequios oficiales o de carácter protocolario que se puedan intercambiar o recibir en el ejercicio de los cargos o de misiones institucionales, así como las atenciones enmarcadas en actos públicos o promocionales.

c) Los gastos de manutención y hospedaje y las atenciones derivadas de la participación en un acto público o visita oficial en razón de su cargo, así como de la participación o presencia en ponencias, congresos, seminarios o actos similares de carácter científico, técnico o cultural.

d) Los artículos de propaganda o publicidad por debajo del importe mencionado en el párrafo a), así como las invitaciones a actos de contenido cultural o a espectáculos públicos por razón del cargo o función que se ostente.

SEXTO.- Documentación y datos exigibles.

Para las operaciones de alta en los inventarios y catálogos del Ayuntamiento de Madrid y de sus Organismos Autónomos de los regalos mencionados en el apartado QUINTO se requerirá que se aporte:

11. Identidad y cargo de la persona que recibe el regalo.

12. Identidad de la persona física que entrega el regalo. En el supuesto que sea en representación de una persona jurídica, se harán constar los datos de esta.

13. Descripción, fotografía y valor estimado del regalo.

14. Fecha de la entrega.

usos y costumbres sociales. Se entenderá que tienen dicha consideración:

a) Los regalos que no sobrepasen el importe de 50 euros. No se podrán acumular regalos procedentes de la misma persona física o jurídica, cuando la suma de sus valores sea superior a 150 euros durante el periodo de un año.

b) Los obsequios oficiales o de carácter protocolario que se puedan intercambiar o recibir en el ejercicio de los cargos o de misiones institucionales, así como las atenciones enmarcadas en actos públicos o promocionales.

c) Los gastos de manutención y hospedaje y las atenciones derivadas de la participación en un acto público o visita oficial en razón de su cargo, así como de la participación o presencia en ponencias, congresos, seminarios o actos similares de carácter científico, técnico o cultural.

d) Los artículos de propaganda o publicidad por debajo del importe mencionado en el párrafo a), así como las invitaciones a actos de contenido cultural o a espectáculos públicos por razón del cargo o función que se ostente.

Esta propuesta realizada por el Ayuntamiento de la capital de España, puede servir de ejemplo al resto de Corporaciones Locales, o Parlamentos Autonómicos que nadan dicen al respecto, la veo muy necesaria, y como he defendido anteriormente, podría servir de ejemplo para tomarlo en consideración, a la hora de redactar el Reglamento que desarrolle la LTBG, iniciativa legislativa que espero se materialice en las próximas fechas, ya que además de necesaria puede resolver muchas lagunas.

Resaltar, la última iniciativa del Ayuntamiento de Madrid, con respecto a la lucha contra la corrupción, y que versa sobre la creación de la oficina municipal contra el fraude y la corrupción municipal, propuesta que se encuentra a día de hoy en borrador de reglamento, y que si se aprueba tiene como finalidad prevenir e investigar los casos concretos de uso o destino ilícito de fondos públicos, de

aprovechamiento privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del Ayuntamiento de Madrid o de conflictos de intereses que culminen en la prioridad de los privados sobre los públicos¹²⁴. Esta medida ha sido objeto de numerosas críticas por parte de los partidos de la oposición, el primero en pronunciarse ha sido el partido popular de Madrid, que considera que dicha oficina antifraude de Madrid extralimita las funciones del Ayuntamiento de Madrid y se solapa con el Poder Judicial¹²⁵, dicha consideración es cierto que debe ser resuelta en vía judicial, pero creo que no está demás, y puede ser útil en cuanto a su eficacia práctica.

3. Acuerdo Ayuntamiento de Barcelona.

El Ayuntamiento de Barcelona también ha tomado partido al respecto, su alcaldesa Ada Colau¹²⁶, mediante decreto, acordó que sólo podrían aceptarse

¹²⁴ Borrador de reglamento de la oficina municipal contra el fraude y la corrupción en el Ayuntamiento de Madrid. Consultado en: www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UDCMedios/noticias/20.

¹²⁵ Noticia publicada en el diario el economista el 7 de octubre de 2016. Consultado en: <http://ecodiario.economista.es/politica/noticias/7877266/10/16/El-PP-considera-que-la-oficina-antifraude-de-Madrid-se-solapa-con-el-Poder-Judicial.html>.

¹²⁶ Noticia Publicada en periódico nacional el mundo el 26 de febrero de 2016. Consultada en: <http://www.elmundo.es/cataluna/2016/02/26/56cf5a7246163f43058b45a2.html>.

"Fiel a su política de gestos, Ada Colau ha decretado que los concejales, altos cargos y trabajadores del Ayuntamiento de Barcelona "no podrán aceptar obsequios de valor", a no ser que se los ofrezcan como muestra de "cortesía por su cargo".

Durante el pleno municipal que se celebra hoy, Colau dará cuenta a los ediles de su orden, a la que EL MUNDO ha tenido acceso y que no alcanza el grado de detalle de medidas similares impulsadas por otras autodenominadas "Alcaldías del cambio", como la de Madrid, En noviembre, la alcaldesa de la capital, Manuela Carmena, estableció un valor máximo de 50 euros para los obsequios de cortesía que, en adelante, podrán ser aceptados por sus ediles o directivos. Además, precisó que cada cargo podrá aceptar un máximo de tres regalos al año valorados en esa cantidad y procedentes de una misma persona, empresa u organización.

El decreto de Colau, que aunque entra en vigor hoy fue firmado el 21 de diciembre, tampoco supera la legislación estatal y autonómica que ya regula desde hace años el régimen de gratificaciones a cargos electos.

El propio decreto de la alcaldesa de Barcelona admite que la ley estatal 19/2013 ya "limita la aceptación de obsequios por parte de altos cargos". Concretamente la legislación aprobada por el Gobierno del PP estipula que "no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales,

obsequios como muestra de "cortesía", al principio no determinaba un precio máximo, como el Ayuntamiento de Madrid, que lo situaba en 50 euros. Posteriormente ha planteado una propuesta municipal¹²⁷ para regular dicho límite al igual que ocurre en el Ayuntamiento de la capital de España.

El Ayuntamiento de Barcelona está impulsando un código ético obligatorio para 412 directivos de la Administración local. La normativa, tiene como finalidad prever que los cargos no podrán aceptar regalos que superen los 50 euros. Para el supuesto que reciba alguno superior, tendrán que devolverlo o darlo al patrimonio municipal. Además, la norma pretende recoger que las personas afectadas no puedan participar en la contratación de familiares o parejas en hasta cuatro grados de consanguinidad y de afinidad afectiva, es decir, hijos, padres, hermanos, tíos, cuñados, sobrinos y las parejas de todos estos¹²⁸.

A día de hoy, esta norma no deja de ser una iniciativa publicada en los diferentes medios de comunicación pendiente de que se apruebe por el Órgano competente Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, bien el Pleno o la Junta de Gobierno Municipal, aunque entiendo que por la importancia debería ser el Pleno, en cambio en el Ayuntamiento de Madrid, fue un acuerdo de la Junta de Gobierno Local.

sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones". Y añade: "En el caso de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al Patrimonio de la Administración Pública correspondiente". La orden de la primera edil de Barcelona también admite que la ley 19/2014 del Parlament para "la transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno" prevé el mismo modo de proceder."

¹²⁷ <http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/codigo-etico-y-de-conducta-del-ayuntamiento-de-barcelona>.

¹²⁸ Noticia publicada en el Periódico El país, el 29 de marzo de 2016. Consultado en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/03/29/catalunya/1459249255_430649.html

CAPÍTULO CUARTO. LIMITACIONES EN EL ÁMBITO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL Y EJEMPLO EN EL SECTOR PRIVADO.

1. Código de Buenas Prácticas Partido Popular.

El Partido Popular entiende que no es posible exigir regeneración a los demás, si previamente no asume un compromiso de autoexigencia, tanto como Partido, y por otra parte a sus dirigentes y militantes que puedan en el presente o futuro ostentar tareas públicas. Esta es la razón por la que disposiciones contenidas en el Código Ético de 1993 fueron incorporadas a los Estatutos del Partido; por la que el Partido Popular se comprometía a no presentar como candidato a los tráfugas, llevándolo al pacto antitráfugismo; y por la que quedarán incorporadas de forma inmediata a este Código de Buenas Prácticas las propuestas de las “Bases por la transparencia y contra la corrupción” necesarias para dar una imagen acorde con la realidad que se está viviendo en las últimas fechas¹²⁹.

Todos los cargos públicos, responsables políticos y profesionales con funciones ejecutivas en el Partido Popular, han de observar el máximo rigor y exigencia en el desempeño de sus funciones, velando siempre por el interés público y el servicio a los ciudadanos, y absteniéndose de cualquier conducta que, aun siendo plenamente legal, pueda dañar la imagen u honorabilidad de la organización a la que pertenecen.

Actuarán en el desempeño de sus cargos o funciones de acuerdo con los principios de transparencia, eficacia y austeridad.

¹²⁹ Código de Buenas Prácticas del Partido Popular. Consultado en: <http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/1827-20091221182232.pdf>

Se abstendrán de toda actividad privada que pueda suponer un conflicto de intereses con el ejercicio de su función, y no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja.

La prohibición de aceptar cualesquiera regalos, atenciones o liberalidades que no respondan, por su importe o causa, a los usos y costumbres sociales.¹³⁰

El concepto de regalo al igual que ocurre con la Ley de Transparencia queda vacío de contenido, con la indefinición que indica aquello que no supere los usos o costumbres sociales.

En estos momentos y ante la preocupación ciudadana ante el fenómeno de la corrupción, el Partido Popular lanzaba un comunicado de prensa anunciando la intención de crear una oficina interna de control anticorrupción, justificada en la necesidad de aumentar la confianza de los españoles y avanzar en la regeneración con más autocontroles¹³¹.

Para ello anunciaban que endurecerán los requisitos que han de satisfacerse para poder formar parte de las listas electorales y fijarán una serie de mecanismos de alerta temprana para atajar la corrupción, ello unido a una suerte de examen de idoneidad, que incluirá la declaración de actividades, la de bienes, patrimonio, así como un resumen de la última declaración de IRPF y una reconocimiento jurado dando fe de que no se está incurso en causa alguna de inhabilitación o conflicto de intereses. Además indicaban la creación de la Oficina del cargo popular, que se encargará de verificar estos datos y supervisar el cumplimiento de todos los requisitos para acceder al cargo¹³².

Dicha iniciativa si se materializa puede ser de gran utilidad, no obstante pienso que dado que el Partido Popular ostenta el Gobierno de nuestro País, abogo por trasladar dicha decisión a las Autoridades y Cargos Públicos que a día de hoy

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ Noticia publicada en el Periódico el mundo el 29 de diciembre de 2016. Consultado en: <http://www.elmundo.es/espana/2016/12/29/5865804c268e3e99338b459f.html>.

¹³² *Ibidem.*

forman parte del Ejecutivo y opino que la Oficina de Conflicto de Intereses podría encargarse de supervisar dichas declaraciones de los responsables públicos.

Daríamos un paso efectivo, en cuanto a la transparencia en la Administración se refiere y tendríamos un Organismo Estatal encargado de vigilar los desmanes y corruptelas, que a día de hoy indignan a la ciudadanía.

2. Código Ético Partido Socialista Obrero Español.

El Partido Socialista Obrero Español aprobó el pasado 10 de octubre de 2014, un Código Ético que contemplaba una serie de principios de funcionamiento para sus afiliados y que era extensible a sus cargos públicos y personal eventual, que venía a establecer una cuantificación de los límites de los regalos y por tanto indicaba la forma de proceder al respecto.

Ningún cargo orgánico o público socialista podrá aceptar regalos u obsequios, sean en efectivo o en especie, favores o servicios que procedan de una persona física o jurídica relacionada directa o indirectamente con su actividad política, orgánica o administrativa y cuyo valor supere los 60 euros. No podrán acumular regalos procedentes de la misma persona, organismo o empresa, cuya suma de sus valores sea superior, igualmente, a los 100 euros durante el periodo de un año¹³³.

Cuando un regalo u obsequio exceda las cuantías señaladas, será rechazado y, en su caso, devuelto a la persona de procedencia en el plazo de cinco días. Cuando dicha devolución no sea posible, se procederá a su integración en el patrimonio de la administración o, si no resulta posible, se donará a una entidad sin ánimo de lucro.

Todo regalo que se reciba quedará plasmado en un registro dispuesto al efecto custodiado por la Gerencia del partido.¹³⁴ Este partido en su Código ético avanza un peldaño, al cuantificar dicha límite, cuestión que echamos en falta en la

¹³³ Código Ético Partido Socialista Obrero Español. Consultado en: <http://web.psoe.es/source-media/000000606500/000000606517.pdf>

¹³⁴ *Ibidem.*

mayoría de las normativas tanto estatales como autonómicas que hemos analizado hasta ahora, y cuanto menos sugiere modos de proceder, que si bien podrían ser extrapolables a la vida pública y por ende a la Administración Pública.

3. Delito Financiación Ilegal de los Partidos Políticos.

España, como he indicado al inicio del Capítulo primero, era uno de los pocos países de Europa que no tenía Ley de Transparencia, el anteproyecto de Ley que se aprobó en Julio de 2012, vacío de contenido, dejaba a muchos sujetos fuera del ámbito de aplicación de la citada norma, y entre ellos concretamente a los partidos políticos, en su comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso el Presidente de Transparencia Internacional en España recalcó la necesidad de entre otros sujetos, incluir a los partidos políticos, indicando la importancia de la transparencia tanto para el control de la corrupción como para la integridad y buen gobierno.¹³⁵ Estas y otras presiones motivaron que el artículo 2 y 3 de la LTBG, ampliarán considerablemente a los obligados por la Ley.

La estructura de los partidos políticos, unida a las continuas campañas electorales (elecciones generales, autonómicas, locales, europeas) lleva un gasto desenfrenado, tanto en costes ordinarios como electorales, lo cual exige una importante cantidad de dinero que los partidos no disponen, todo ello, unido a los continuos casos de corrupción política como causa previa y necesaria para financiar los partidos políticos, y los distintos casos que se encuentran investigándose en la actualidad, ha motivado la necesidad de incluir este tipo delictivo en la reciente reforma de 2015.

La deficiente formulación final dada al tipo no facilita en absoluto determinar cuál es el bien jurídico a proteger en estos delitos¹³⁶, la doctrina, sin embargo, se ha

¹³⁵ OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014, pág. 108-109.

¹³⁶ CUGAT MAURÍ, M. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Ed. Cedecs. Barcelona 1997, pág. 71.

inclinado por comprender que son las propias funciones constitucionales de los partidos las que merecen la protección penal específica¹³⁷, sin desconocer que las prácticas de financiación ilegal suelen encuadrarse en un ámbito muy cercano al de los delitos contra la Administración Pública, particularmente el delito de cohecho¹³⁸.

Es por lo expuesto, y ante la similitud entre el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal de partidos políticos y el delito de cohecho como uno de los máximos exponentes de los tipos delictivos sobre la corrupción, enmarcado en los delitos contra la Administración Pública, entiendo, útil destacar dicho tipo delictivo e incluirlo en este trabajo.

El tipo básico de financiación privada prohibida del art 304 bis 1.

El art 304 bis 1¹³⁹, convierte en penalmente típica cualquier infracción de las disposiciones de las disposiciones del art 5.1 LOFPP¹⁴⁰. Señalemos al menos dos aspectos de esta opción legislativa.

¹³⁷ OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación ilegal de los partidos políticos.... Op. Cit.*, pág.111.

¹³⁸ MAROTO CALATAYUD, M. *Corrupción y financiación ilegal de los partidos políticos: un análisis político-criminal*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2015, pág. 314.

¹³⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

“Artículo 304 bis

1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

En efecto, los nuevos delitos aparecen configurados como normas penales en blanco, y se remiten al incumplimiento de una de las diversas prohibiciones recogidas en la LOFPP, en concreto la recogida en el art 5, apartado 1. Esto plantea

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 304 ter

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

¹⁴⁰ Ley Orgánica 8/2007 de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, modificado el 31 de marzo de 2015. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13022-consolidado.pdf>.

“Artículo 5. Límites a las donaciones privadas.

Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente: a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables.

b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e). Dos. Todas las donaciones superiores a 25.000 euros y en todo caso, las donaciones de bienes inmuebles, deberán ser objeto de notificación al Tribunal de Cuentas por el partido político en el plazo de tres meses desde su aceptación.”

diversos problemas, cuestión que hubiera sido necesaria tratar en la LTBG, como trataré en otro apartado.¹⁴¹

En primer lugar, a priori está ajeno al alcance del tipo, las condonaciones de créditos, un problema de especial trascendencia en nuestro sistema de partidos y a la operaciones asimiladas (la asunción de gastos del partido por parte bastante lógico, la LOFPP asimila esas conductas a las donaciones, ampliando el alcance de las infracciones a esas conductas. Sin embargo, no ocurre así con el tipo penal, que parece no abarcar esas conductas, que están reguladas en el art 4 LOFPP y no en el 5, al expresamente se remite el art 304 bis.

En segundo lugar, quedan aparentemente fuera del alcance del tipo las conductas perfectamente asimilables a la norma, que la LOFPP, sin embargo, esta vez con criterio mucho más dudoso, convierte en excepciones a los límites sobre donaciones. Nos referimos en concreto a las donaciones de inmuebles, que no están sujetas a ningún límite cuantitativo según el propio art 5 LOFPP, y a las donaciones a las fundaciones vinculadas a los partidos políticos¹⁴², que pueden ser, igualmente, imitadas. Quedará así a la interpretación del juez penal.

El tipo introducido podría generar más problemas de los que ya tiene la competencia del Tribunal de Cuentas a la hora de hacer efectivas sus competitividades fiscalizadoras y sancionadoras. El solapamiento exacto entre la infracción del art 5 LOFPP y el art 304 bis 1, puede vaciar de contenido la norma de la LOFPP, remitiendo de manera automática a toda infracción a la jurisdicción penal. En principio los problemas de *ne bis in ídem* podrían resolverse por la vía de considerar que la infracción recogida en la LOFPP tiene por sujeto, como ocurre efectivamente, al propio partido infractor, y no a la persona individual que vulnera la

¹⁴¹ MAROTO CALATAYUD, M. *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político-criminal. Op. Cit.*, pág. 315-316.

¹⁴² PRECIADO DOMÉNECH, C.H. *La corrupción pública en la Reforma del Código Penal de 2015*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág. 224.

norma. Sin embargo, el legislador ha decidido incluir en el art 17 de LOFPP, que regula las infracciones, la coletilla siempre que no constituyan delito, de manera por cierto contradictoria con el propio tenor del artículo, que establece a la vez las infracciones de la LOFPP han de imponerse sin perjuicio de las responsabilidades legales de cualquier índole que se deriven de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en general. El resultado es que el nuevo tipo penal podría impedir sancionar al partido si resulta preferente la vía penal, sin distinción además de si el proceso penal lo es contra persona física o jurídica¹⁴³. Resulta preocupante que la introducción del tipo pueda ampliar lagunas de punibilidad y entorpecer los mecanismos no penales de sanción en lugar de lo contrario.

Los tipos agravados de delito de financiación privada prohibida del art 304 bis 2.

Los tipos agravados del art 304 bis 2 presentan igualmente problemas serios tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal

1.-El primero es el establecimiento de un límite mínimo del 500.000 euros, en forma de condición objetiva de punibilidad, para determinar que la infracción si la conducta de ser considerada constitutiva de un delito agravado, el único por lo demás, que lleva aparejado pena privativa de libertad. Resulta muy llamativo lo elevado de la cantidad, 10 veces la cantidad máxima permitida por la LOFPP y muy por encima de lo previsto en otros ordenamientos jurídicos que prevén límites similares (en Estados Unidos, por ejemplo, la financiación ilegal pasa a ser considerada un delito grave cuando se supera la cifra de 25000 dólares). Desde el punto de vista de la antijuricidad material de la conducta, tan cercana a la de los delitos contra la Administración Pública, la elevada cuantía resulta injustificable, pensemos que en el caso del delito de cohecho, por ejemplo, el Código Penal no determina ninguna cuantía mínima, algo por cierto, que pienso hubiera sido muy necesario¹⁴⁴.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

Bajo mi punto de vista, en la reforma del Código Penal de 2015, el legislador ha decidido elevar a la categoría de ilícito penal tan solo una de las muchas prohibiciones entre las cuales, la convertida en delito no es la más grave, quedan fuera del alcance del tipo delictivo las donaciones de inmuebles o las donaciones a fundaciones, que salvo la interpretación del instructor penal, serán incomprensiblemente atípicas, he de exponer que curiosamente es muy frecuente la creación de fundaciones por parte de los partidos políticos.

Además pienso, que la penalidad del tipo básico del art 304 bis es baja, la cantidad de 500.000 euros a superar para que el delito sea agravado, teniendo en consideración que los partidos políticos cuenta con presupuestos anuales millonarios, puede dejar la pena de prisión fuera del alcance de la gran mayoría de los casos. Llegando el caso, por vía de la aplicación del principio de especialidad, recogido en el artículo 8 del Código Penal y en aplicación del principio de la retroactividad favorable, procesos ya iniciados podían recibir, paradójicamente, un trato más benévolo que el recibido hasta ahora a través de la aplicación de tipos accesorios, cuando no convertirse en directamente atípicas, en definitiva, pienso que queda mucho que modificar, aunque no está mal como primer paso legislativo.

CAPÍTULO QUINTO: LIMITACIONES DE REGALOS EN EL ÁMBITO PRIVADO.

1. La recepción de regalos en el ámbito privado.

En el ámbito privado y empresarial también han proliferado iniciativas tendentes a ponderar el límite de los regalos con la finalidad de evitar el cohecho entre particulares, prueba de ello, es que no solo responde el empleado público que acepta una invitación o regalo.

La duda puede reproducirse cuando se trata de empleados o directivos de empresas privadas, tal y como establece el artículo 286 del Código penal, que a continuación detallaré.

El bien jurídico protegido es la competencia justa y honesta, en tanto en cuanto las empresas recurren a la corrupción con el fin de alterar las reglas del buen funcionamiento del mercado e influir en las decisiones empresariales con el fin de obtener un beneficio económico¹⁴⁵.

¿Puede el directivo de una empresa aceptar una invitación de otra empresa para asistir a la final de Roland Garros en París con todos los gastos pagados o tres botellas de vino de calidad y elevado precio?, pues bien, BLANCO CORDERO¹⁴⁶, de acuerdo con el Código Penal, determina que la aceptación de invitaciones a eventos deportivos y culturales por parte de los empleados de empresas también puede ser constitutivas de delito. En concreto, el artículo 286 bis CP, ubicado en la sección 4ª (titulada “*de la corrupción entre particulares*”) del capítulo XI del Título XIII del Libro II CP. Estas invitaciones o regalos de directivos sólo son delictivos cuando el corruptor actúe “*para que le favorezcan a él o a un tercero frente a otros*” (número 1 del artículo 286 bis), y el corrupto “*con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja*”.

Es importante en estos momentos tan convulsos que vivimos donde la corrupción como indica el Centro de Estudios Sociológicos es el segundo problema del país en percepción por la ciudadanía solo por detrás del paro, de ser ejemplificadores y como decían en la antigua Roma “*no sólo serlo sino parecerlo*”, es por ello que se hace necesario para las empresas generosas en algunos casos con sus empleados ya sean públicos o privados, el exigirle disponer un programa de cumplimiento normativo relativo a la política de regalos e invitaciones entre otros

¹⁴⁵ BLANCO CORDERO, I. *Hospitalidad e invitaciones a empleados públicos y privados: riesgo penal y cumplimiento normativo empresarial. Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág.78-79.

¹⁴⁶ BLANCO CORDERO, I. *Ibidem*.

menesteres, con el objetivo y compromiso de evitar conductas que pueden ser objeto de sanción administrativa o de inicio de un proceso penal.

Como posible solución, expongo que dicho plan debería recogerse en cada empresa o grupo de empresas, en algunos casos aquellas mercantiles que operan en un mismo sector podrían establecer regulaciones comunes.

1.1 Código Español de Buenas Prácticas en la Industria Farmacéutica.

La industria farmacéutica en España, ha sido pionera en cuanto a establecer recomendaciones a las buenas prácticas empresariales, de ahí que la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica establecida en nuestro país y que agrupa a la mayoría de los laboratorios, ha redactado el *“código Español de buenas prácticas de promoción de medicamentos y de interrelación de la industria farmacéutica con los profesionales sanitarios*, la finalidad de dicho código es regular los incentivos y las reuniones que pueden financiar las empresas farmacéuticas para huir de hipotéticos supuestos de corrupción.

Así pues, por poner un ejemplo, “se ha de prohibir el ofrecimiento y la entrega directa o indirecta de cualquier tipo de obsequio o regalos salvo que tengan poco valor y estén relacionados con la actividad económica de la empresa. No existe una cifra clara de cuándo se considera que el obsequio es de poco valor, si bien podemos decir que se estima que esto ocurre cuando su precio de mercado oscila entre los 10 y 50 euros¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Código Español de Buenas prácticas de promoción de medicamentos y de interrelación de la Industria Farmacéutica con los profesionales sanitarios. Consultado en: <https://www.codigofarmaindustria.org/servlet/sarfi/codigo/codigo.html?idPag=15>.

“Título I - DISPOSICIONES DEL CÓDIGO

CAPÍTULO II - Interrelación con Profesionales y Organizaciones Sanitarias

11. REUNIONES CIENTÍFICAS Y PROFESIONALES

Las siguientes normas serán de aplicación a todo tipo de Eventos que sean organizados o patrocinados por una compañía farmacéutica o bajo su control, y a todos los participantes en los mismos, sean Profesionales Sanitarios o cualquier otra persona que, en el ejercicio de su profesión,

pueda realizar o condicionar las actividades de prescribir, comprar, distribuir, dispensar o administrar un medicamento.

11.1. Los laboratorios farmacéuticos podrán organizar o colaborar en Eventos de carácter exclusivamente científico-profesional. No está permitido organizar o colaborar en Eventos que contengan elementos o actividades de entretenimiento o de carácter lúdico. No se incluyen dentro de esta prohibición el cóctel de bienvenida, los almuerzos de trabajo y la cena de gala que aparecen habitualmente en los programas oficiales de los congresos y reuniones científicas, siempre que resulten razonables y moderadas y no incorporen elementos adicionales (culturales, de ocio o entretenimiento, etc.). En todo caso, se fija un coste máximo por comensal de 60 euros (impuestos incluidos) para cualquier forma de hospitalidad asociada a comidas y/o almuerzos. El pago de un almuerzo cuyo coste por comensal supere el máximo antes mencionado se considerará una práctica contraria al Código. Para Eventos celebrados fuera de España resultará de aplicación el máximo establecido por la Asociación Nacional del país que albergue el Evento. Por lo tanto, para la hospitalidad ofrecida fuera de España asociada a comidas o almuerzos, no resultará de aplicación la norma general prevista en el artículo 19.4 ('Si se produjera un conflicto entre las reglas de los diferentes códigos aplicables en una determinada actividad, prevalecerá la norma más estricta o restrictiva').

Se considerará como una actividad/práctica contraria al Código, el pago a Profesionales Sanitarios de cualquier forma de hospitalidad que tenga lugar al margen de un contexto de carácter científico-profesional.

11.2. La hospitalidad en manifestaciones de carácter profesional o científico, debe siempre ser razonable y su coste no puede exceder del que los destinatarios estarían normalmente dispuestos a pagar en las mismas circunstancias. El concepto de hospitalidad incluye los gastos reales de desplazamiento, inscripción y estancia que sean abonados por el laboratorio, los cuales deberán ser medidos y no exagerados, y habrán de ajustarse a los días en que esté prevista la reunión científica. En este sentido, la hospitalidad no podrá extenderse más allá de lo razonable tras la realización del Evento, ni incluir el patrocinio u organización de actividades de entretenimiento (deportivas, de ocio, etc.).

La hospitalidad debe ser siempre accesoria en relación con el objeto principal de la reunión. Los objetivos científicos deberán constituir el foco principal en la organización de tales reuniones. La hospitalidad ofrecida por un laboratorio farmacéutico debe limitarse a incluir los medios logísticos estrictamente necesarios (en todo caso razonables y moderados) que permitan al Profesional Sanitario asistir al Evento, y no cualquier otro gasto.

11.3. La hospitalidad no debe extenderse a otras personas distintas a Profesionales Sanitarios.

11.4. No pueden realizarse pagos a favor de facultativos o grupos de facultativos, ya sea de forma directa o indirecta, para alquilar salas para reuniones, a menos que se acredite debidamente que se destinan a reuniones de contenido científico o profesional.

11.5. Cuando las reuniones, congresos, simposios y actos similares estén patrocinados por compañías farmacéuticas, este hecho se hará constar en todos los documentos relativos a la reunión y también en cualquier trabajo, ponencia o documento que se publique en relación con los mismos.

11.6. Es aceptable el pago de honorarios razonables y el reembolso de gastos personales, incluyendo el viaje, a los moderadores y ponentes de estas reuniones, congresos, simposios y actos similares de carácter profesional o científico.

11.7. Las compañías farmacéuticas establecidas en España y pertenecientes a grupos empresariales con centrales o filiales o, en general, con empresas vinculadas ubicadas en el extranjero, serán responsables del cumplimiento del presente Código por parte de estas empresas vinculadas, en lo que se refiere a actividades de promoción y de interrelación con Profesionales Sanitarios que ejercen su actividad profesional en España, ya sean invitados al extranjero o a otros Eventos que se desarrollen en territorio nacional.

Estas indicaciones las echo en falta en otros sectores, como por ejemplo la banca, más aún en estas fechas donde se están juzgando a los ex presidentes de la extinta Caja Madrid por el caso de las tarjetas black¹⁴⁸, que tanto indigna a la ciudadanía, principalmente por el esfuerzo económico que tuvo que hacer el Gobierno para salvar a las cajas y bancos como la mencionada y desaparecida Caja Madrid, actualmente Bankia¹⁴⁹.

11.8. Las reuniones y Eventos de carácter científico y promocional, organizados o patrocinados por laboratorios farmacéuticos deberán comunicarse con carácter previo a su celebración, de acuerdo con lo establecido en el Título II Reglamento de los Órganos de Control del Código.

11.9. La falta de comunicación de una reunión o Evento de carácter científico y promocional, cuando sea obligatoria su comunicación, constituirá una infracción del presente Código.

11.10. Las compañías no podrán organizar o patrocinar Eventos que tengan lugar fuera de España (Eventos internacionales), a menos que tenga más sentido desde el punto de vista logístico que así sea porque:

a) la mayor parte de los participantes invitados procedan del extranjero; o porque

b) esté localizado en el extranjero un recurso o expertos relevante y que es el objeto principal del Evento. Este supuesto (b) deberá contar con la previa autorización de la Unidad de Supervisión Deontológica. En el caso de organizar o patrocinar Eventos internacionales, además del Código español, las compañías deberán respetar también las disposiciones específicas del Código de Buenas Prácticas del país donde tiene lugar el Evento, según lo establecido en el artículo 19.4.

11.11. Las compañías deben cumplir con los criterios que figuren en los códigos aplicables respecto a la selección y patrocinio de Profesionales Sanitarios para su asistencia a Eventos.

11.12. En ningún caso se podrá ofrecer dinero para compensar meramente el tiempo empleado por los Profesionales Sanitarios para asistir al Evento.”

¹⁴⁸ Noticia Publicada en el diario el país el 26 de septiembre de 2016. Consultado en: http://economia.elpais.com/economia/2016/09/25/actualidad/1474823557_282255.html.

“65 ex consejeros y ex directivos de Caja Madrid y Bankia se enfrentan a la acusación del fiscal Anticorrupción de apropiación indebida de 12 millones gastados en ropa, viajes de lujo o comidas en los más caros restaurantes. Solo se ha devuelto el 14% del total. En el juicio se debatirá si era parte del salario de los ex directivos o era una retribución legal a los ex consejeros. Para Miguel Blesa y Rodrigo Rato se piden las mayores penas por considerarles, como ex presidentes de las entidades quebradas, responsables del sistema de apropiación del dinero.”

¹⁴⁹ Noticia publicada en el diario ABC el 26 de mayo de 2012. Consultado en: <http://www.abc.es/20120526/economia/abci-bankia-nacionalizacion-ayudas-publicas-201205252315.html>.

“Bankia, el rescate más caro en la historia de España: 23465 millones de euros.”

CAPÍTULO SEXTO: COMPARATIVA DE LA RECEPCIÓN DE REGALOS EN OTROS PAÍSES.

1. Comparativa de la recepción de regalos en otros países europeos.

En Francia, por ejemplo, el ex presidente Nicolás Sarkozy, quien ha intentado postularse otra vez para el cargo pero ha perdido en la primera ronda de las primarias de su partido¹⁵⁰, usaba en sus vacaciones el avión privado y el yate del multimillonario Vicent Bolloré. Sarkozy, quien no tenía ningún reparo en exhibirse con sus amigos empresarios, no comprendía el recelo que despertaba su conducta entre sus compatriotas, incluso manifestaba “no veo donde está la polémica, esto no les cuesta nada a los contribuyentes¹⁵¹. A su ministra de Justicia de entonces, Rachida Dati, Dior le ponía a su disposición sin coste alguno un amplio guardarropa, que le permitía vestirse con conjuntos valorados en 15000 euros. El salario de Dati era de 14.000 euros al mes, y aun teniendo un buen sueldo no podría permitirse dichos trajes a diario¹⁵².

En cambio otros países, como Dinamarca, aplican una política de tolerancia cero. El país escandinavo sólo permite recibir regalos de cortesía y protocolo como una tableta de chocolate, un libro, o una botella de vino con ocasión de 25 aniversario de servicio público de un determinado empleado, según los ejemplos que da la Autoridad del Empleo Público, un órgano que ha redactado un código ético común para los funcionarios daneses y que incentiva a los organismos públicos a ser aún más severos cuando lo crean necesario. Por citar un caso singularmente estricto, los empleados de la Embajada danesa en Vietnam no pueden recibir regalos más de

¹⁵⁰ Nicolás Sarkozy es un político francés de ascendencia húngara, judía y griega. De 2007 a 2012 fue el vigesimotercer presidente de la República Francesa, puesto que confirió también los cargos de copríncipe de Andorra y maestro de la Legión de Honor. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Nicolas_Sarkozy.

¹⁵¹ Periódico Digital 20 minutos. Consultado en www.20minutos.es

¹⁵² Periódico Digital eldiario.es Consultado en: www.eldiario.es

50 euros y, con todo, deben dar parte a su superior, ya que se entienden recibidos en nombre de la embajada y no a título personal¹⁵³.

Dinamarca es el país menos corrupto del mundo, según el índice de percepción de la corrupción de la ONG Transparencia Internacional publicado en el año 2015, España ocupa el puesto 36, llama la atención que países como Bhután o Botsuana están por delante de nuestro país¹⁵⁴.

Normas tan imprecisas siempre plantearan dudas ¿es un décimo de Navidad un regalo de cortesía?, Cuando era alcalde de L'HOSPITALET, al ministro de Trabajo en el Gobierno Socialista de José Luís Rodríguez Zapatero, Celestino Corbacho, le regalaron un décimo, un constructor adjudicatario de obra pública en el municipio donde era alcalde, empresa denominada Cooperativa de Construcciones del Baix Llobregat, con tanta suerte que le tocaron, 14 millones de pesetas. El segundo premio de 1995. Se presentaron varias denuncias y todas se archivaron, en el caso de Corbacho, al estar aforado por ser Diputado del Parlamento Catalán, el Tribunal Superior de Cataluña no le condenó por cohecho porque consideró que regalar lotería del Gordo es un hecho socialmente extendido y una tradición más de la Navidad¹⁵⁵.

De ahí que, debo admitir que el regalo de un décimo de lotería en navidad es un uso social, aunque en ocasiones se ha utilizado esta vía para blanquear dinero negro, ya que, hay quien intentar comprar décimos premiados pagando un sobreprecio, para dar curso legal a ese dinero, habiendo pagado en efectivo al verdadero afortunado una cantidad considerable por venderle ese décimo.

Ahora bien, la pandemia de la corrupción no se curará a golpe de Boletín Oficial del Estado, con aprobaciones y publicaciones de diversas leyes.

Más allá de las sensaciones, gracias a instituciones internacionales y ONG como Access Info Europe, cuya organización de derechos humanos se encarga de

¹⁵³ Periódico Digital eldiario.es Consultado en: www.eldiario.es

¹⁵⁴ ONG Transparencia Internacional. Consultado en: www.Transparencia.org.es

¹⁵⁵ Periódico el mundo. Consultado en: www.elmundo.es

promover y proteger el derecho de acceso a la información en Europa y en el mundo, tenemos algo más de información. El acceso a las declaraciones patrimoniales de funcionarios y altos cargos, es un instrumento básico para detectar su enriquecimiento ilícito. En los últimos años se han generalizado y los países más desarrollados han ampliado su contenido (ingresos, viajes y regalos), los obligados a presentarlas (cónyuges e hijos del cargo público) y su difusión (los más transparentes las publican en internet)¹⁵⁶. Iniciativa en la que considero deberíamos avanzar en España, con compromiso firme y contundente.

En Alemania se dio un caso relacionado con el regalo de entradas para partidos del mundial de Fútbol 2006, que motivó el procesamiento penal del ex director general de la empresa eléctrica EnBW (*Energía Baden-Württemberg AG*). El acusado era presidente de la empresa de energía EnBW, que era la principal patrocinadora de la Copa Mundial de fútbol de 2006 que se celebró en Alemania. Por su patrocinio tenía derecho a recibir alrededor de 140.00 entradas para los partidos de fútbol. El departamento de marketing de este grupo patrocinador desarrolló una estrategia consistente en la distribución de las entradas, de manera que una pequeña parte de ellas fuera a parar a los representantes de empresas, de la sociedad, de la cultura, de la ciencia y de la política con el fin de que los invitados pudieran presentar y representar a sus respectivas instituciones y, al mismo tiempo, realzar la publicidad de EnBW.

El 20 de diciembre de 2005, el acusado firmó alrededor de 700 tarjetas de felicitación de Navidad. Los destinatarios eran personas cuyos datos estaban almacenados en el «archivo VIP». Entre los regalos enviados, con el logo oficial de EnBW, se encontraban entradas para palcos en un partido de la Copa Mundial en Stuttgart y Berlín.

Fueron enviados, entre otros, al primer ministro y cinco ministros del Estado de Baden Wuerttemberg (dos entradas para cada uno) y para el funcionario de la Secretaría de Estado del Ministerio del Estado de Berlín para el Medio Ambiente,

¹⁵⁶ ONG Access Info Europe. Consultado: www.access-info.org.

Conservación de la Naturaleza y Seguridad Nuclear (una entrada) en las que eran competentes los ministros y funcionarios tenían pendientes asuntos de gran importancia para los negocios de EnBW. La prensa informó sobre el envío de entradas y la fiscalía de Karlsruhe inició a mediados de febrero del 2006 una investigación, momento en el que el Ministro Presidente de Baden – Württemberg negó haber recibido las entradas en nombre de los miembros del gobierno. Se acreditó que todos los miembros del gobierno regional, por razón de su cargo, tenían libre acceso con acompañante a los partidos de la Copa Mundial en Stuttgart. El *Landgericht Karlsruhe* absolvió al acusado U, y la fiscalía recurrió la sentencia absolutoria ante el TS alemán, que finalmente confirmó la absolución por la falta de un acuerdo ilícito (*Unrechtsvereinbarung*)¹⁵⁷.

2. La recepción de regalos en Estados Unidos.

La Casa Blanca creó en 1978, con la resaca del mayor escándalo de corrupción de la historia de EE UU, el caso Watergate. La OEG (Oficina Ética del Gobierno), la cual examina las declaraciones del interés privado de altos cargos del poder ejecutivo federal, elabora códigos de conducta.

Hay un encargado de la OEG en cada uno de los 130 departamentos de la Administración Americana que se dedica a resolver las dudas que los funcionarios sobre conducta ética, y 6400 asistentes que trabajan a tiempo parcial. Su presupuesto es de 10 millones de euros. En 1991, este departamento investigó al jefe de gabinete de George Bush, John H. Sununu, por usar un avión y un coche oficial para sus escapadas desde Washington a una estación de esquí, o a sus citas con el dentista en Boston. Sununu acabó dimitiendo. A modo de exámenes, online o presenciales, estos deben resolver una serie de casos prácticos en los que se les plantean dilemas éticos del tipo: en una misma ocasión una persona que hace negocios con tu departamento te ofrece una camiseta de béisbol valorada en 15 dólares, una gorra de 10 dólares y

¹⁵⁷ Artículo publicado en la editorial jurídica *Es Público*. Consultado en: <https://web.espublico.com/ConsultasPrivadas/get/112130>.

un póster de 5 dólares, ¿ podrías aceptar todos estos regalos?, la respuesta es, NO, porque los tres regalos juntas superan el límite permitido de 20 dólares (15 euros) para una misma ocasión y una misma persona¹⁵⁸.

El órgano español que más se aproxima a las funciones de la OEG Americana anteriormente indicada, es la Oficina de Conflictos de Interés dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que, aunque no imparta clases de ética, si examina las declaraciones de bienes e intereses de secretarios de Estado, ministros y del Presidente del Gobierno. Aun así, no tiene la independencia ni los poderes suficientes para esta función, ya que al igual que la mayoría de los organismos públicos de este país está muy politizado. Que podemos esperar cuando su responsable depende directamente del Gobierno, que lo puede destituir a su antojo¹⁵⁹.

En EE UU, el presidente no puede deponer al director de la OEG y puede darse la circunstancia de que no coincida el signo político del presidente con el del director, porque el mandato de este dura cinco años. Además de la OEG, existe un órgano ético para el poder legislativo, otro para el judicial y mucho Estados y grandes ciudades han creado oficinas similares. Contar con un departamento como la OEG es mejor que nada, valora Gerald Caiden, catedrático en la Universidad del Sur de California especializado en ética pública, quien opina, que sin embargo, es muy difícil conocer hasta qué punto está siendo eficaz. Caiden, como otros expertos, guarda sus reservas sobre la posibilidad de medir el fenómeno de la corrupción con índices como el de Transparencia Internacional. Según la mayoría de los estudios, EE UU es uno de los veinte países menos corruptos del mundo y los países nórdicos están en lo más alto de la lista de la integridad pero ¿podemos creernos el milagro que dicen haber conseguidos? Esos índices de corrupción no dejan de ser puras conjeturas¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Artículo publicado en el diario el país, el 11 de mayo de 2009, bajo el título “el traje: ¿regalo o soborno?”. Consultado en: www.elpais.es

¹⁵⁹ Consultado en: administración.gob.es

¹⁶⁰ Artículo publicado en el periódico el país el 11 de mayo 2009 bajo el título “el traje: ¿regalo o soborno?”. Consultado en: www.elpais.es

Propongo que la Oficina de Conflictos de Intereses Estatal dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, asuma el rol de la Oficina Ética del Gobierno que tan buen resultado ha dado en Estados Unidos, creo que sería fácil ampliar sus competencias y cometidos, y estoy convencido que los efectos de su funcionamiento daría sus frutos en un plazo corto de tiempo.

3. Transparencia Internacional.

La Organización no Gubernamental Transparencia Internacional justifica que no hay otro método más fiable para medir la corrupción que comparar las percepciones de los residentes de un país y otro. La comparación del número de procesos judiciales no reflejaría los niveles de corrupción reales. Más bien pondría de relieve la calidad de fiscales, tribunales y medios de comunicación para sacar a relucir la corrupción. El índice de corrupción de esta ONG reúne datos de 13 fuentes como el Banco Mundial o Agencias de calificación de riesgo¹⁶¹.

Transparencia Internacional, a la que antes hacíamos referencia, fue fundada en 1993 y busca combatir la corrupción a nivel mundial. Su sede está en Berlín aunque opera en más de 70 países. Desde el año 1995 publica el Índice de Percepción de la Corrupción, que junto con el indicador de corrupción del Banco Mundial, es uno de los más utilizados en los trabajos empíricos, a pesar de sus debilidades en ciertos aspectos. Este índice se calcula a partir de los datos suministrados por instituciones de prestigio que miden el alcance general de la corrupción en el sector público y político. Las fuentes utilizadas se basan en el análisis de expertos y líderes empresariales de los distintos países. Además del Índice de Percepción de la Corrupción, Transparencia Internacional también publica el Barómetro Global de la Corrupción, el Índice de Transparencia de los Ayuntamientos, de las Comunidades Autónomas y de las Diputaciones¹⁶².

¹⁶¹ Transparencia Internacional. Consultado en: <http://transparencia.org.es/>

¹⁶² *Ibidem*. Transparencia Internacional.

Transparencia Internacional publica también (cada tres años) el Barómetro Global de la Corrupción, que busca reflejar la opinión del público en general. Con las conclusiones más relevantes, el pasado día 16 de Noviembre tuvo lugar la presentación de los resultados del Barómetro Global de la Corrupción 2016, el nuevo informe de Transparencia Internacional muestra que los ciudadanos temen expresar su repulsa a la corrupción. En España se consolida la preocupación por la

“El primero de ellos se trata de una encuesta mundial de opinión pública que revela las perspectivas y experiencias relacionadas con la corrupción. En el año 2013 la encuesta se hizo en 107 países y fue contestada por 114.270 personas. Las preguntas que se incluyen en la encuesta tienen que ver con la opinión que tienen los participantes acerca de la corrupción en su país y si se enfrentaron al pago de algún soborno en la prestación de algún servicio público. A diferencia del Índice de Percepción de la Corrupción que se publica anualmente, el Barómetro Global de la Corrupción se inició en 2003 y se publicó ininterrumpidamente hasta 2007, pero no fue así en 2008, 2011 y 2012. En cuanto al Índice de Transparencia de los Ayuntamientos, el primer año en el que se publicó fue el 2008 y evalúa la transparencia de los 100 mayores Ayuntamientos de España. Para elaborara este índice se les envía a los Ayuntamientos un cuestionario que contiene 80 indicadores, agrupados en cinco áreas de transparencia, que son:

*Información sobre la corporación municipal
Relaciones con los ciudadanos y la sociedad*

El cuestionario que se envía a cada uno de los Ayuntamientos está previamente relleno por Transparencia Internacional y contiene una puntuación derivada de la evaluación previa de la propia organización. Esta puntuación es la puntuación mínima de partida de cada Ayuntamiento a la que se irá añadiendo, en su caso, la correspondiente a la información nueva que los Ayuntamientos hayan incorporado en el cuestionario. La puntuación que puede obtener cada Ayuntamiento en cada uno de los 80 indicadores es 2, 1, 1.5 y 0 puntos, obteniendo un 2 cuando la información se publica en la web del Ayuntamiento y 0 si no se publica la información a través de ningún medio y/o no se contesta. La metodología utilizada para elaborar el Índice de Transparencia de las Comunidades Autónomas es la misma que en el caso de los Ayuntamientos. Pero este índice sólo está disponible para los años 2010 y 2012 y además, en el año 2012, se incluye una sexta área de transparencia que tiene que ver con los indicadores de la nueva ley de transparencia. El Índice de Transparencia de las Diputaciones continúa con la misma metodología y está disponible para los años 2012 y 2013. Además e lugar de incluir el área de transparencia en materia de urbanismo y obras públicas, incluye el área de transparencia en materias de servicios y apoyo a municipios. Para el año 2013 se incluye el área de transparencia que tiene que ver con los indicadores de la nueva ley de transparencia.

Además de los índices citados anteriormente, Transparencia Internacional organiza multitud de seminarios a nivel mundial, cursos de verano e incluso un postgrado vinculado a la Universidad de Salamanca.

Por último, además de multitud de artículos y libros que se pueden encontrar en la web de la propia organización, Transparencia Internacional publica todos los años el Informe Global de la Corrupción que muestra los efectos negativos de la corrupción sobre algún sector en concreto.”

corrupción y el alto nivel de desafección social respecto a los representantes políticos y gobernantes¹⁶³.

Especialmente significativa, es la labor que realizan Organizaciones No Gubernamentales como Transparencia Internacional, gracias a su labor investigadora la ciudadanía tiene información de primera mano de datos que en ocasiones omiten los Gobiernos y sus dirigentes.

¹⁶³ Consultado en: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/11/nota_prensa_barometro-2016.pdf

TOMA DE POSTURA.

La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobada en diciembre de 2013, ha marcado un antes y un después en cuanto a las relaciones de los ciudadanos y los representantes públicos, una ley como esta garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder a la información, para obligar a las administraciones a ser transparentes, algo tan demandado y hasta la entrada en vigor de esta normativa tan difícil de llevar a cabo, pero además sirve para fiscalizar la actividad pública, una demanda histórica de los administrados.

Al principio con el anteproyecto del 2012, pensaba que lo que se pretendía hacer era un parche más, pero gracias a la presión mediática y a los continuos casos de corrupción, el cuarto poder del Estado, que son los medios de comunicación, se hicieron eco de la indignación ciudadana y prácticamente obligaron indirectamente al Gobierno con mayoría absoluta del Partido Popular, a ampliar el número de sujetos obligados a rendir cuentas, incluyendo a la totalidad de agentes públicos, pero sobre todo llama poderosamente la atención, la inclusión de los partidos políticos y especialmente, la Casa Real, algo impensable cuando se empezó a trabajar en el anteproyecto de Ley, y sobre todo teniendo en cuenta la imagen inaccesible y privada que hasta ese momento había desplegado durante tantos años la casa real.

Creo que la Ley de Transparencia ha supuesto un avance en cuanto a algunos derechos de los ciudadanos, pero en cuanto al buen gobierno, considero que esta Ley se queda un poco corta, es significativo que una Ley que se aprueba por un clamor popular y sobre todo porque éramos de los pocos países de la Unión Europea sin una iniciativa como esta, debería haber cuantificado los límites del regalo de forma clara, tal y como queda regulado, lo único que aporta son muchas dudas.

El hecho de que *no se aceptarán regalos que superen los usos sociales, habituales o de cortesía*, viene a provocar mayor confusión si cabe en el contexto

del personal público, máxime porque como bien apuntaba el Dictamen del Consejo de Estado en el Anteproyecto de la citada Ley, con el que coincido, la conducta indicada de no aceptar regalos, posee un régimen específico en el Código Penal, por lo que no comparto la utilidad de mantener en la citada Ley términos coincidentes con dicho Código, la mencionada actuación unido a la falta de concreción y la indefinición de lo que se considera como usos sociales, habituales o de cortesía, concepto jurídico indeterminado, exterioriza bajo criterio una intención de derivar a la vía administrativa, conductas que se consideran reprochables desde un punto de vista penal. Esta cuestión que adelanto, será objeto de tratamiento en otros capítulos.

Me parece digno de mención, lo establecido por el Parlamento Europeo en cuanto al Código de Conducta de los Eurodiputados, la labor que la Junta de Galicia, la Generalidad Catalana y la Federación Española de Municipios y Provincias han realizado en cuanto a la valoración y cuantificación económica del regalo que pueden recibir los cargos públicos, yo defiendo y echo en falta en la mencionada Ley de Transparencia que por parte de los responsables públicos se hubiera valorado dicha actuación, hubiéramos dado un salto de calidad y además evitaríamos la discrecionalidad del Instructor en el ámbito penal ante una investigación por cohecho, de cuál es el límite, y podríamos diferenciar la vía administrativa del ámbito penal, o al menos tener indicadores que diferencien ambos órdenes.

Igual de relevante me parece el hecho de que la Junta de Galicia tenga un organismo que se encargue de resolver las dudas de los funcionarios públicos en cuanto a los regalos que pueden recibir, incluso que haya configurado un modelo por escrito que el funcionario rellena y le contestan de igual forma, por aquello del “*verba volant scriptum manent*”, figura parecida a la que se instauró en Estados Unidos después del caso Watergate (mayor caso de corrupción que se recuerda en Norteamérica), y denominada Oficina Ética del Gobierno, con la finalidad de hacer de filtro ante las dudas que pueda tener un responsable público al que le hacen un regalo en atención a su puesto de trabajo.

Echo en falta en nuestra Ley, una figura como la prevista en la Comunidad Autónoma de Galicia o como la indicada en Estados Unidos, es significativo, que incluso la normativa interna aprobada por la Casa Real, es mucho más completa que LTBG, a fin de cuentas, al no ser objeto de supervisión los regalos que reciben todos los sujetos afectados por la Ley de Transparencia, siempre será objeto de controversia dicha conducta, principalmente porque lo que un funcionario puede considerar como un regalo normal, otro trabajador público lo puede catalogar como abusivo. De ahí que se hiciera necesario que un tercero que se encargue de discernir esas dudas y evitar aquello de que “*la ignorancia de la Ley no exime de su cumplimiento,*” puede ocurrir que algún funcionario proclive a recibir regalos tenga dudas por ignorancia, de si los mismos superan los usos sociales, habituales o de cortesía, me acuerdo en estos momentos de la frase de Ovidio en su obra *ars amatoria*, “los regalos seducen a los hombres y a los dioses”, por ello, deberíamos evitar con las armas de la Ley, las tentativas en esta materia. Muy interesante y efectivo creo que sería ampliar las competencias de la Oficina de Conflicto de Intereses, dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, podría servir de eje canalizador para luchar contra la corrupción y a la vez velar por el cumplimiento de lo estipulado en las Leyes en aras al Buen Gobierno.

Por último, debo manifestar, la gran cantidad de normas administrativas autonómicas, que nada aportan a esta problemática, coincido con el concepto de regalo, fijado la sentencia del Tribunal Supremo 323/2013 de 23 de abril, en tanto en cuanto debe entenderse por regalo aquel valor material (económico) suficiente para descartar toda idea de afección, por ello propongo que debería haberse fijado en vía administrativa dicha cuantía, una solución razonable sería lo previsto en el Código de Conducta del Parlamento Europeo, del Parlamento de Cataluña y la Federación Española de Municipios y Provincias, es decir, un límite máximo de 150 euros, en las conclusiones plantearé mi propuesta de *lege ferenda*.

SEGUNDA PARTE:

CAPITULO SÉPTIMO: INTRODUCCIÓN AL DELITO DE COHECHO.

CAPITULO OCTAVO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

CAPITULO NOVENO: EL DELITO DEL COHECHO TRAS LA REFORMA.

CAPITULO DÉCIMO: INCIDENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL EN EL DELITO DE COHECHO.

CAPÍTULO SÉPTIMO: INTRODUCCIÓN AL DELITO DE COHECHO.

1. Planteamiento General.

Numerosos casos de corrupción han proliferado desde inicios del año 2000, propiciados entre otras razones por el boom inmobiliario, y que de forma considerable han repercutido en la opinión pública, teniendo especial importancia por la mediatización periodística de la que muchos de ellos han sido objeto, como consecuencia de que en la mayoría de los supuestos se trataba de políticos o funcionarios públicos y empresarios en ocasiones de bastante grado de conocimiento, por su constante exposición pública y relevancia en cuanto al cargo público que ocupaban.

La corrupción en el ámbito de las funciones públicas presenta un alto grado de impacto, no sólo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, sino también porque posee una gran capacidad para socavar las bases del sistema político-jurídico imperante, se enmarca en el intercambio de favores entre funcionarios y particulares¹⁶⁴.

Sin embargo, no debe creerse que se trate de un fenómeno presente sólo en el ámbito público. También en el sector privado existe corrupción, atendido el hecho de que ésta conduce a infringir deberes que pueden tener su fuente, tanto en disposiciones legales, como contractuales¹⁶⁵.

¹⁶⁴ COBO DEL ROSAL, M. “Revista de derecho público. Comentarios a la Legislación Penal” Revista de derecho penal. Madrid 1994, pág. 176.

¹⁶⁵ SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la corrupción*. Ed. Civitas. Madrid 1991, pág. 15. “Esto nos llevaría sin más a una conclusión incontestable que, sin embargo, en pocas ocasiones se liga al concepto de corrupción. Nos referimos a su existencia en el ámbito privado. El empleado que monta negocios paralelos a aquéllos en que trabaja por cuenta ajena, desviando así la potencial

El fenómeno de la corrupción, puede referirse tanto a la acción pública como a la actividad privada. Tan corrupto es un cohecho activo o pasivo, en provecho propio o ajeno, como la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades anónimas mediante operaciones de ingeniería financiera. También se define a la corrupción como el uso indebido de una posición oficial pública para obtener fines y ventajas privados¹⁶⁶.

La corrupción pública empieza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público, para gestionarlo de acuerdo a los intereses generales, no es utilizado correctamente sino que el gestor, defraudando la confianza de sus mandantes, desvía su ejercicio para obtener un enriquecimiento personal¹⁶⁷.

Con todo, no es difícil constatar que la corrupción en el ámbito privado no provoca tanta alarma como en el sector público, pero es cada vez más frecuente en ámbitos privados y entre particulares, más en estas últimas fechas donde nos bombardean desde los diferentes medios de comunicación con casos judiciales, como el CASO RATO¹⁶⁸, y las presuntas dádivas entre el Presidente de Bankia y ex vicepresidente del Gobierno de España y empresas vinculadas al propio Rodrigo Rato por contratos de publicidad entre otros. Si bien es cierto, es quizás esa la razón por la cual el legislador se ha preocupado más de la corrupción en el ámbito público, máxime porque hasta la reforma del Código Penal de 2010 el cohecho entre particulares era atípico, una de novedades más significativas de la LO 5/2010 de

clientela de éste, es un empleado corrupto. Igual sucede con quien facilita información a la competencia y obtiene por ello un beneficio personal.

¹⁶⁶ OLAIZOLA NOGALES, I. “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, en “corrupción y urbanismo, cuadernos penales José María Lidón, nº 5, Bilbao 2008, pág.123.

¹⁶⁷ NIETO MARTÍN, A. *Corrupción en la España Democrática*. Ed. Ariel. Barcelona 1997, pág.17.

¹⁶⁸ Noticia publicada en el periódico 20 minutos, el 22 de febrero de 2016. Consultado en: <http://www.20minutos.es/noticia/2679115/0/empresa-rodrigo-rato/recibio-dinero/contratos-bankia/>.

“Una empresa de Rodrigo Rato recibió dinero de contratos de publicidad de Bankia.”

reforma del Código Penal fue la introducción del artículo 286 bis, dicho precepto da cobijo a la corrupción entre particulares, que en resumidas cuentas se manifiesta a través de actuaciones tanto de agentes económicos que sobornan o intentan sobornar a los responsables en entidades privadas de la contratación de bienes o servicios profesionales para establecer vínculos o relaciones comerciales privilegiadas, como de aquellos encargados que, a su vez, por el mismo motivo, se dejan corromper y se muestran dispuestos a ser corrompidos ¹⁶⁹.

La corrupción atenta contra las bases del Estado democrático, vulnera el principio de igualdad constitucional y puede lesionar el orden socioeconómico cuando su magnitud es tal que altera la libre competencia del mercado ¹⁷⁰.

Dentro del complejo fenómeno de la corrupción en el sector público, el delito de cohecho aparece como una de sus manifestaciones más importantes. En efecto, cuando se habla de la corrupción, tradicionalmente, se piensa en el cohecho como uno de los delitos más paradigmáticos, junto con el tráfico de influencias ¹⁷¹.

Tanto es así que, incluso, en el Código Penal español de 1995, la única disposición que alude a la idea de corrupción salvo la que se refiere a la corrupción de menores e incapaces es el art. 423.1, que, precisamente, tipifica una figura de cohecho ¹⁷².

Esto se debe a que la tan famosa corrupción se ha convertido en el fenómeno generalizado, contagioso e invencible de nuestra época, un problema en el que ha caído la sociedad actual, generalmente por la falta de valores, dada la precaria

¹⁶⁹ BOIX REIG, J. *Derecho Penal, parte especial, volumen II*. Ed. Iustel. Madrid 2012, pág.545.

¹⁷⁰ CASTRO MORENO, A y OTERO GONZÁLEZ, P. *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Ed. Dykinson. Madrid 2016, pág.10.

¹⁷¹ DE TOLEDO Y UBIETO. O. *Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencias a los delitos de cohechos)*, VV.AA. El nuevo Código Penal: propósitos y fundamentos, libro homenaje al profesor Dr. Ángel Torio López. Ed. Comares. Granada 1999, pág. 868.

¹⁷² Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

formación ética que ofrece el sistema educacional, por el afán de dinero fácil, por la ley del menor esfuerzo, etc., es decir, por razones o causas que toman al dinero como la medida de todas las cosas, y que a la vez dan como resultado una inmoralidad administrativa, puesto que están vinculadas, esto es, la una es consecuencia de la otra, más allá del perjuicio económico contra la Administración Pública que supone la corrupción, se está poniendo en entredicho la propia legitimación de un Estado que aspira a recibir los apellidos de democrático de derecho¹⁷³.

Medir la corrupción es difícil, estamos ante actuaciones que se ocultan para evitar el castigo, por ello saber cuánta corrupción real hay en un determinado país, es casi imposible, existen aproximaciones que nos permiten catalogar a los países dentro de categorías¹⁷⁴.

El diccionario de la Real Academia Española, define a la corrupción, como la "acción y efecto de corromper o corromperse. Alteración, soborno o vicio en las cosas materiales". De éste concepto, sobre todo respecto a la primera parte ha surgido la frase sumamente común de "tan corrupto es el que da como el que recibe" y que incluso haciéndose eco de ello la ley sanciona con dureza a ambas partes¹⁷⁵.

Jurídicamente, podemos decir que la corrupción puede presentarse sin distinción, en todas las ramas de derecho; sin embargo éstos actos recaen en el ámbito penal, puesto que los tratadistas del derecho la han asimilado con los delitos contra la administración pública¹⁷⁶, dentro de los cuales se encuentra el cohecho, delito que está estrechamente ligado a la corrupción, ya que viene a ser una de sus representaciones, y del cual nos encargaremos en el desarrollo de esta propuesta de

¹⁷³ CORRECHER MIRA, J. *La eficacia interna de los instrumentos de evaluación internacional para la persecución y prevención del delito de cohecho: Corrupción pública, prueba y delito; cuestiones de libertad e intimidación*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág. 103-104.

¹⁷⁴ VILLORIA MENDIETA, M. *Principales rasgos y características de la corrupción en España. La Corrupción en España*. Ed. Atelier. Barcelona 2016, pág. 48.

¹⁷⁵ Real Academia de la Lengua Española. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>.

¹⁷⁶ CUADRADO RUIZ, M^a A. *Derecho Penal aplicable a la función pública*. Ed. Comares. Granada 2012, pág.34.

tesis doctoral. Incluso el mismo diccionario de la Real Academia Española, establece como una de las definiciones del término "corromper", el hecho de sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera¹⁷⁷.

Por otra parte, la corrupción como fenómeno existente en la sociedad, siempre ha sido objeto de preocupación, puesto que más que afectar a bienes jurídicos individuales, ataca a intereses colectivos y el sujeto pasivo es el Estado. La Corrupción es tan antigua como la vida en comunidad que ha llegado a ser consustancial al ser humano¹⁷⁸.

En el ámbito de la función pública, el concepto de acto corrupto se vincula a la utilización torcida del poder por parte de funcionarios y servidores públicos para finalidades de aprovechamiento personal o de terceros interesados, distintos al interés público legalmente establecido. La modalidad más frecuente en materia de contratación pública dentro del delito de cohecho, es el pago de una comisión, soborno o un regalo, al funcionario a cambio de la adjudicación de un contrato a una determinada empresa, pago que puede consistir en un porcentaje, que se pacta de forma previa a la adjudicación de una cantidad determinada de dinero, o alguna otra contraprestación¹⁷⁹. Desviación de poder y enriquecimiento particular son notas definitorias del fenómeno de la corrupción.¹⁸⁰

2. El Principio *ne bis in ídem* y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Debo exponer que una misma conducta que supere los usos sociales, habituales o de cortesía por parte de un responsable público, puede dar origen a una sanción administrativa de las contempladas en la Ley de Transparencia, Acceso a la Función

¹⁷⁷ Real Academia de la Lengua Española. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>.

¹⁷⁸ FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Ed. Ratio Legis. Salamanca 2000, pág. 20.

¹⁷⁹ JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*. Ed. Iustel. Madrid 2011, pág. 68.

¹⁸⁰ RIVERO ORTEGA, R. *La corrupción. Aspectos Jurídicos y Económicos*. Ratio Legis. Salamanca 2000, pág. 4.

Pública y Buen Gobierno, o de las Leyes Autonómicas y Locales mencionadas, o por el contrario, dilucidarse en la vía penal e interponer la correspondiente denuncia para que se investiguen los hechos por si pudieran ser constitutivos de un delito de cohecho, esta figura puede darse en cualquier de las modalidades delictivas del delito de cohecho.

Esta problemática puede dar lugar a la aplicación del viejo principio latino del *ne bis in ídem*, según el cual, nadie puede ser juzgado dos veces por lo mismo. Este principio impera en el derecho administrativo sancionador¹⁸¹. Es por ello que, a continuación voy a destacar algunas resoluciones al respecto con la finalidad de clarificar, que se debe hacer ante dos supuestos iguales por los mismos hechos, y que pueden ser objeto de denuncia en vía penal y en el ámbito administrativo.

Según establecía el art. 133 Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que estuvo vigente hasta el 2 de octubre de 2016, no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

En consecuencia, la Administración no podría ejercer su potestad sancionadora sobre aquellos hechos ilícitos que ya hubieran sido objeto de una condena penal impuesta por los órganos del orden jurisdiccional penal o de una sanción administrativa impuesta por otro órgano administrativo. Pero para que operara la prohibición debía existir una triple identidad¹⁸²; iguales hechos, el mismo infractor y por la misma causa (identidad de fundamento punitivo)¹⁸³.

¹⁸¹ JORDANO FRAGA, J. *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid 1997, pág.31.

¹⁸² LACRUZ LÓPEZ, J.M. y MELENDO PARDOS, M. *Tutela penal de las Administraciones Públicas*. Ed. Dykinson. Madrid 2013, pág. 70.

¹⁸³ Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>.

“Artículo 133 Concurrencia de sanciones

No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

En el mismo sentido operaba el art. 7 del Real Decreto de 4 de agosto de 1993¹⁸⁴, sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, preveía que, en caso de que unos mismos hechos puedan constituir delito además de infracción administrativa, la Administración tenía la obligación de comunicarlos al Ministerio Fiscal o a la Autoridad judicial, acordando la suspensión del procedimiento hasta que recaiga resolución judicial sobre el mismo.

Ambos preceptos, tanto lo previsto en el precepto 133 de la Ley de Procedimiento Administrativo 30/92, como lo estipulado en el artículo 7 del Reglamento de Procedimiento para la potestad sancionadora 1398/1993, han sido derogados por la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Consultado en: www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1993-20748.

“Artículo 7. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal.

1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.”

¹⁸⁵ Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10565.

“Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

2. Quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones:

a) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha venido a regular los principios donde se estipula a partir de ahora la potestad sancionadora de la Administración Pública, así pues, el artículo 31 del mencionado texto normativo contempla que no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento¹⁸⁶.

En caso de que exista identidad, la Administración deberá abstenerse de continuar el procedimiento administrativo y de sancionar la conducta. En este caso tiene la obligación de suspender el procedimiento y comunicar los hechos a la autoridad judicial. En caso contrario, esto es, en caso de que la Autoridad Judicial conozca del asunto antes de que lo haga la Administración, existiría la obligación por parte de ésta de respetar el planteamiento fáctico del órgano jurisdiccional, así como la cosa juzgada establecida por la resolución judicial. En definitiva, en casos

b) *Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.*

c) *Los artículos 4 a 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

d) *Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.*

e) *Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.*”

¹⁸⁶ Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566.

“*Artículo 31. Concurrencia de sanciones.*

1. *No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.*

2. *Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.*”

de colisión entre la actuación administrativa y la judicial rige el principio de subordinación de la primera a la segunda. De lo que se deriva que las Administraciones no pueden proceder en actuaciones sancionadoras cuando los hechos puedan constituir delitos tipificados en la materia penal. Existe una prioridad entre los hechos fijados por la sentencia penal sobre los fijados por la resolución administrativa¹⁸⁷.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que a continuación destacaré, mantiene que las autoridades administrativas no pueden, sancionar unos hechos que el Tribunal de lo penal ha declarado inexistentes o simplemente no probado. Sin embargo no procede lo contrario, es decir que unos hechos sancionables por un acto administrativo, aunque estén a posteriori confirmados por sentencia de la Jurisdicción Administrativa, vincule al Orden Penal, toda vez que según el Constitucional la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delitos según el Código Penal o las leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello.

Conductas tipificadas como constitutivas de un delito de cohecho, como son las conductas de corrupción de las autoridades y funcionarios públicos consistentes en la solicitud o recepción de dádivas a cambio de realizar actos contrarios a los deberes inherentes al cargo o función, la no realización, o bien el retraso injustificado, de actos que debieran ser realizados por la autoridad o funcionario público, el realizar un acto propio de su cargo, o recibir una dádiva en consideración al cargo o función del destinatario; el bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de los servicios públicos que los órganos e instituciones del Estado vienen obligados a dispensar a los ciudadanos. En este sentido, es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000¹⁸⁸.

Hay que recordar cómo el cohecho es un delito incluido en el Título del

¹⁸⁷ PRECIADO DOMÉNECH, C.H. *La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág. 56.

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000.

Código Penal dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Cuando se está castigando el delito de cohecho, el bien jurídico protegido es el correcto y eficaz funcionamiento de la Administración, por lo que no debe permitirse que dichos funcionarios utilicen la función pública que ejercen para la percepción ilegítima de cantidades de dinero de los particulares¹⁸⁹.

En consecuencia, el bien jurídico protegido es el mismo en ambos casos (pena y sanción disciplinaria), por cumplirse los requisitos para la aplicación al supuesto objeto del proceso del principio “*non bis in ídem*”. Dicha interpretación es concorde a la sostenida por el Tribunal Constitucional por todas STC 234/1991, que viene reiterando que para que la dualidad de sanciones (penal y administrativa) sea constitucionalmente admisible, es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar, o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.

En definitiva, de la interpretación jurisprudencial de la casuística que me planteo, se pone de relieve que para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección. La regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto a su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito según el Código Penal¹⁹⁰. La jurisprudencia del TC que he destacado, mantiene que rige el **principio de prevalencia penal** sobre el derecho sancionador administrativo.

Sin embargo, en algunos casos, cuando estamos ante un trabajador de la

¹⁸⁹ Vid. Ley Orgánica 1/2015 publicada en el BOE de 31 de marzo del presente año, que modifica la ley 1/ 2010 del Código Penal. Concretamente Título XIX Delitos Contra la Administración Pública, Capítulo V. Delito de Cohecho. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

¹⁹⁰ MORILLAS CUEVAS, L. *Sistema de Derecho Penal, Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. 3ª Edición. Ed. Dykinson. Madrid 2016, pág.163.

Administración, nuestro TC ha permitido imponer un doble sanción tanto penal como administrativa entendiendo que no se da en determinados casos el principio “*ne bis in ídem*”. Como Sentencias aplicables al caso tenemos la STC 234/1991 Sala Segunda de fecha 10/12/1991, Recurso de amparo 1473/1989 la cual nos remite a otras tantas de este Tribunal en dicho sentido¹⁹¹

“La Sentencia de 20 de diciembre de 2000 se remite a otra de fecha 12 de junio de 1998, que declara que tanto el delito castigado (delito de cohecho) como la infracción administrativa (que se remite a cualquier conducta constitutiva de delito doloso) vulneran el mismo interés jurídicamente protegido, esto es, el correcto funcionamiento de la Administración, por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el tipo penal.”

¹⁹¹ Sentencia Tribunal Constitucional 234/1991 Sala Segunda de fecha 10/12/1991, Recurso de amparo 1473/1989.

“Dicha sentencia viene a exponer que “no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio “ne bis in ídem” no tendría más alcance que el que el legislador quisiera darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.”

Tal y como añade la Sentencia “ Que la dualidad es cosa evidente, pues sólo cabe considerar que alguien es responsable de una conducta constitutiva de delito doloso cuando su presunción de inocencia ha sido destruida por una condena penal. También es evidente que esta segunda sanción no se impone en ejercicio del ius puniendi que el Estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta () dentro del territorio nacional, sino en uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora.”*

Así mismo, la existencia de una relación de sujeción especial no basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones, ya que dichas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y, por tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal.

El interés legítimo de la Administración en su conjunto es el de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 C.E.); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento e caz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se in ere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste. En consecuencia en determinadas conductas la irreprochabilidad penal de algunos funcionarios es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia al principio « ne bis in ídem ».

En consecuencia, para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón

La doctrina de la sentencia destacada se reitera en la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/94¹⁹², la cual se inserta en una corriente jurisprudencial, que arranca sobre todo de la Sentencia del mismo Tribunal Constitucional 61/90¹⁹³, y que establece que las llamadas relaciones de sujeción especial no comportan una negación de los derechos fundamentales, sino a lo sumo una relativización en su ejercicio. El problema radica, obviamente, en primer lugar, en el de por sí controvertido concepto de relación de sujeción especial y su encaje constitucional, así como su ámbito. Todos los autores que admiten esta categoría consideran que los funcionarios se hallan en una relación de este tipo.

Es importante indicar, que la vía penal siempre debe preponderar a la vía administrativa, estando esta condicionada a los hechos probados de la vía penal, y en consecuencia a la posible absolución del trabajador. En este sentido si se absuelve en vía penal al trabajador, la vía sancionadora administrativa quedará obviamente condicionada a este tipo de resolución. Por el contrario ante un caso de condena en vía penal, la posible sanción administrativa quedará condicionada no tanto a la relación de especial sujeción del trabajador, sino a que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.

El punto de partida de este sentir jurisprudencial son las Sentencias, entre

de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.”

¹⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional 270/94 de 17 de octubre.

“El interés legítimo de la Administración en su conjunto es, el de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 C.E.); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste.

Desde esta perspectiva, la norma que analizamos, en cuanto que aplicada al caso, es evidentemente compatible con el principio ne bis in ídem y por tanto su aplicación no ha lesionado el derecho fundamental del recurrente.”

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 61/90 de 29 de marzo.

otras muchas, del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 2005¹⁹⁴ y 16 de enero de 2003¹⁹⁵; y las del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1999¹⁹⁶, 17 de julio de 2001¹⁹⁷, 5 de junio de 2002¹⁹⁸, 6 de octubre de 2003¹⁹⁹ y 20 de julio de 2005²⁰⁰; de todas ellas se concluye, la facultad de un doble sistema de sanciones respecto de una misma actuación cuando los bienes jurídicos protegidos, la razón de sancionar, son diferentes y en concreto en algunas de ellas se tratan supuestos en los que dado que en las vías penal y administrativa se tutelan bienes distintos es factible, sin incurrir en el *ne bis in ídem*, sancionar desde ambos sistemas punitivos el mismo hecho.

En definitiva, de la interpretación jurisprudencial de la materia se pone de relieve, que para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección. La jurisprudencia del TC que he mencionado, mantiene que en la materia objeto de este trabajo, ante unos hechos susceptibles de ser objeto de denuncia en vía administrativa y por otra parte en el orden penal, rige el **principio de prevalencia penal** sobre el derecho sancionador administrativo.

¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 2005.

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2003.

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1999.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001.

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2002.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2003.

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005.

3. La Corrupción en la Antigua Roma.

El cohecho es un delito derivado históricamente de la institución romana *crimen repetundae*²⁰¹, donde su concepto se restringía al acto de aceptar el soborno, pretendiéndose combatir a la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, imperante y frecuente en épocas de inmoralidad generalizada en los puestos administrativos del imperio romano. Esta institución, mandaba en nombre del interés general, la repetición o restitución de lo que ilegalmente se hubieran hecho pagar o de lo que hubieran percibido los funcionarios romanos cuando desempeñaban cargos denominados honoríficos, para la realización o ejercicio de un acto relacionado con sus funciones.

La base para el nacimiento de ésta institución romana, fueron los abusos de ciertos funcionarios, comportamientos basados en el *do ut des*. Ya Cicerón hablaba de que la razón de Estado estaba por encima de la amistad, sobre todo de aquellos que gobernaban en lugares alejados, además del hecho de que conseguir una prueba de un acto concreto de corrupción era cada vez más difícil. Por éstas razones, se determinó que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento ilícito, se pida al funcionario la devolución de lo que había obtenido por lo que vendría a ser la venta de un acto de la administración pública²⁰². Las figuras delictivas que se pretendían combatir en ese entonces se las identificaba como corrupción y exacción, siendo la una, la venta de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido, y la otra una especie de extorsión; ahora conocidas como cohecho y concusión respectivamente²⁰³.

²⁰¹ Consultado en: <http://www.monografias.com/trabajos31/cohecho/cohecho.shtml>.

²⁰² MALAVÉ OSUNA, B. *Corrupción política y amistad en l Roma de Cicerón*. Ed. Edisofer. Madrid 2005, pág. 364.

²⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1982.

“El delito de cohecho, regulado, en sus diversas formas, en los artículo 385 y siguientes del Código Penal , fue ya conocido en el Derecho Romano con el nombre de "crimen repetundarum", y castigado en la Partida III, Título XXII, Leyes 24, 25 y 26, de las siete Partidas, en el Libro II, Título I, Leyes 7 y 8 de la Novísima Recopilación, en los artículos 453 a 457 y 460 y 461 del Código Penal de 1822, en los artículos 316 y siguientes del Código de 1850, en el artículo 473 del Código de 1928 y en los artículos 396 y siguientes del Código de 1932. Frente a otras legislaciones que siguen sistemas distintos, la española se caracteriza por el abandono de la bilateralidad y porque,

Durante algún tiempo, las estructuras del Estado romano se resistieron a esta corrupción sin sufrir grandes contratiempos. Era parte de un sistema social y político basado en el clientelismo, el abuso de poder, las mordidas y el enriquecimiento personal. La codicia de los funcionarios públicos no tenía límite y estos delitos fueron creciendo a ritmo de las conquistas. Pero llegó un momento en que el gobierno se hizo impracticable y el derecho romano tuvo que introducir cambios.

En el 123 a.C., se establecieron una serie de tribunales permanentes, llamados «*quaestiones perpetuae*»²⁰⁴ eran Tribunales penales públicos, creados para el conocimiento y sanción de las actuaciones ilícitas tipificadas como delitos públicos. Cada uno de los delitos públicos era atribuido al correspondiente tribunal al que se denominaba por el nombre del delito, que conocía con carácter específico. Al principio no tuvieron el éxito deseado, pero fueron importantes porque con ellos se definió legalmente el «*crimen repetundarum*»²⁰⁵, que hizo alusión a los delitos de corrupción, cohecho o tráfico de influencias.

Todos estos y otros delitos trajeron consigo nuevas leyes, que querían dar respuesta a los diferentes cambios políticos, económicos y morales que se iban produciendo. La «*Lex Acilia*» –que apareció al mismo tiempo que los «*quaestiones perpetuae*»–, subió la pena para los delitos de malversación de fondos y cohecho de

del cohecho cometido por funcionarios públicos y del perpetrado por particulares, se hacen dos títulos diferentes de imputación aunque se les pen igualmente y se les subordine al mismo "nomem iuris", es decir, que el cohecho pasivo y el activo o impropio, se definen y penen en preceptos distintos, sin que, a efectos de consumación, sea necesario que la solicitud del funcionario sea atendida ni que el intento de corrupción efectuada por el particular fructifique con aceptación del funcionario. En lo que respecta al cohecho activo, regulado en el artículo 391 del Código Penal, son requisitos del mismo: Primero. Un hecho de ofrecer o entregar a un funcionario público dádivas o presentes, o formularle, con aceptación o sin ella, ofrecimiento o promesa.-Segundo. Las dádivas o presentes, los ofrecimientos o promesas, deberán tender a corromper al funcionario con el fin de que éste realice un acto injusto, delictivo o no, o se abstenga de realizar un acto que debería practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo. Se trata pues de un delito contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar, el funcionario, por móviles ajenos a su misión pública como lo es el lucro ilícito, y, por su parte, el particular ataca al bien jurídico consistente en el respeto que se debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.”

²⁰⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág.260.

²⁰⁵ *Ibidem*.

la «*Lex Calpurnia*», estableciendo una multa del doble del valor del daño causado por el funcionario. Es una de las más conocidas, porque se ha conservado gran parte de su texto original²⁰⁶.

El contenido de todas estas leyes demuestra el grado de corrupción que se vivía en Roma. Con la llegada del Imperio en el 27 a.C., éste no solo no se redujo, sino que se incrementó. Los políticos siguieron sobornando a los funcionarios para conseguir puestos en la administración, mientras que a los ciudadanos se les asfixiaba cada vez con más impuestos y se veían obligados a pagar propinas a cambio de que se les agilizará algún trámite solicitado. A partir de Augusto, el erario público fue perdiendo importancia e independencia, al ser sustituido por la caja privada del emperador. Esto facilitó, sin duda, la corrupción, a la que se intentó poner remedio. Durante la época del emperador Adriano (24-76 d.C.), por ejemplo, se amplió «*crimen repetundarum*» a todos los actos de malversación realizados por los funcionarios públicos y los sancionó incluso con penas de muerte. Y junto a este crimen, aparecieron otros como la «*conscussio*» (concusión), una de las prácticas favoritas de los gobernadores provinciales, consistente en exigir a los ciudadanos una contribución no establecida por la ley o aumentar otra sí existente de manera desorbitada²⁰⁷.

El soborno, el tráfico de influencias y la extorsión reinaban en todo el imperio. Ni Roma ni ninguna de las provincias fue nunca excepción, y esto era parte de su sistema. De hecho, el gobierno de las provincias era considerado como una

²⁰⁶ Lex Calpurnia. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Lex_Calpurnia.

“La *lex Calpurnia* fue una ley romana establecida en 149 a. C. Creada como consecuencia del abuso del gobernador de la provincia Lusitania Servio Sulpicio Galba, que dictaminaba que las acusaciones por malversación de fondos contra los gobernadores serían presididas por un pretor peregrino y un jurado procedentes de la orden senatorial.

Este es el primer ejemplo de un tribunal permanente, que no imponía ninguna pena pública, pero sí la condena por daños y perjuicios. Debido a su ineficacia en términos preventivos (desde su instauración hasta 124 a. C. solo se fallaron procesos absolutorios acabó siendo sustituida por la *lex acilia repetundarum*.

Su nombre deriva de la *Gens Calpurnia*, familia impulsora de la legislación romana.

²⁰⁷ ALBURQUERQUE, J.M. “Observaciones sobre la concusión y la corrupción de los titulares y los responsables de la administración pública romana.” Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5453491>.

“empresa económica privada”, y el gobierno central dejaba hacer, con tal que pagaran periódicamente ciertas sumas de dinero o de bienes. El propio Cicerón no escapó a ello cuando fue funcionario público e incluso afirmó que el pillaje de las provincias era el “procedimiento senatorial para enriquecerse”. Mas el enriquecimiento de los funcionarios no solo lo realizaban mediante sobornos y propinas sino que también directamente de las arcas del estado, por medio de las dietas que absorbían la mayor parte de los fondos imperiales²⁰⁸.

En ocasiones se confundían ciertos comportamientos corruptos con el principio *do ut des* (doy para que me des), que imperaba en el ámbito natural de la amicitia²⁰⁹.

Tal fue el caso de Cicerón, que sin embargo fue posteriormente reintegrado entre los romanos. Acceder a la función pública era algo muy parecido a adquirir un título nobiliario, constituía parte importante del honor de los romanos, era una adquisición de por vida²¹⁰.

4. El Delito de Cohecho como uno de los principales problemas para los ciudadanos según el Centro de Investigaciones Sociológicas.

Muchos siglos después, la problemática de la corrupción sigue estando igual de latente, así pues, debo destacar algunos casos significativos, Pujol²¹¹, Millet²¹²,

²⁰⁸ Publicado en el periódico ABC el 7/12/14. Artículo llamado “Así se combatía la corrupción pública en la antigua Roma”. Consultado en: www.abc.es.

²⁰⁹ GONZÁLEZ SALINERO, R. y BRAVO, G. *La corrupción en el mundo romano. Actas del IV Coloquio de la Asociación Interdisciplinar de Estudios Romanos*. Ed Signifer Libros. Madrid 2008, pág. 13.

²¹⁰ Política y corrupción en la antigua Roma. Consultado en: www.hipernova.cl

²¹¹ El Caso Pujol hace referencia al caso judicial donde se investiga, a Jordi Pujol, ex Presidente de la Generalidad Catalana y otros miembros de su familia, entre otros delitos, por cohecho, tráfico de influencias, etc... Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Pujol.

²¹² El caso Millet es esencialmente un desfaldo realizado por Fèlix Millet i Tusell, Presidente del patronato de la Fundació Orfeo Català-Palau de la Música (que es una fundación erigida por el mismo Fèlix Millet en el año 1990), con la implicación de algunos de sus colaboradores, las ramificaciones del caso Millet han afectado a la extinta Convergència Democràtica de Catalunya, que habría sido receptora del pago de comisiones de Ferrovial a través del Palau de la Música a

Brugal²¹³, Pokemon²¹⁴, Campeón²¹⁵, Pallerols²¹⁶, caso Edu²¹⁷, y otros muchos, todos ellos de corrupción que asolan España, tramas que llenan los periódicos y gracias a las cuales sus responsables han conseguido de manera ilícita cientos de millones de euros. La corrupción no entiende ni de regiones ni de siglas políticas, el fenómeno de la corrupción, conforme al uso dado socialmente al término, puede referirse tanto a la acción pública como a la actividad privada²¹⁸.

Los escándalos se han producido en todos los rincones del país y en los diferentes partidos políticos. Donde ha habido poder ha habido corrupción. Los últimos y graves escándalos han calado como nunca en la ciudadanía y han colocado a la corrupción de manera destacada como la segunda preocupación de los españoles

cambio de la concesión de obras públicas, como la Ciudad de la Justicia o la inconclusa línea 9 del metro de Barcelona. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Millet.

²¹³ El Caso Brugal es un caso en el que se investigan delitos de soborno, extorsión y tráfico de influencias en la adjudicación de contratos públicos en concursos de gestión de los servicios de recogida de basuras en varias localidades gobernadas por el Partido Popular en la provincia de Alicante, España. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Brugal.

²¹⁴ El caso Pokemon es una investigación judicial desarrollada en Galicia desde septiembre de 2012 en relación con los diferentes episodios de presunta corrupción, y donde estaban inmersos numerosos políticos.

Han sido acusados más de un centenar de personas, entre ejecutivos de negocios, políticos y funcionarios, por lo que Pokémon es la mayor trama de corrupción descubierta en Galicia. Consultado en: https://gl.wikipedia.org/wiki/Operaci%C3%B3n_Pok%C3%A9mon.

²¹⁵ El Caso Campeón es una investigación judicial en España sobre la presunta concesión de subvenciones irregulares a cambio de comisiones a cargos públicos. Se inició con la *Operación Campeón* por parte de agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera (dependiente de la Agencia Estatal Tributaria). Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Campe%C3%B3n.

²¹⁶ El caso Pallerols fue un caso de corrupción ligada a la financiación ilegal del partido político Unión Democrática de Cataluña (UDC), sentenciado en 2013 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En el caso fueron condenados el empresario andorrano Fidel Pallerols y los excargos de UDC Lluís y Vicenç Gavalrà por el desvío de subvenciones de la Consejería de Trabajo de la Generalidad de Cataluña para la financiación del partido. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Pallerols.

²¹⁷ El caso Edu, también llamado fraude de los cursos de formación, es un presunto caso de corrupción vinculado a la Junta de Andalucía, en España y está pendiente de judicialización. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Edu.

²¹⁸ ZARZALEJOS, J.A. “Descripción del fenómeno de la corrupción”, VV.AA. “Corrupción y ética”. Cuadernos de Teología Deusto, número 9, 1996, pág. 11.

tan sólo por detrás del paro, tal y como refleja el último barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)²¹⁹.

La preocupación por la corrupción sigue siendo el segundo problema del país según los resultados del barómetro de diciembre de 2016, que el Centro de Investigaciones Sociológicas ha publicado, en este sentido la corrupción, paradójicamente, sigue siendo el segundo gran problema de los españoles, tal como lo indica un 36,7%, solo superada por el paro (74,7%). Los políticos, los partidos y la política son el tercero de los problemas que identifica la ciudadanía en un 22,1%²²⁰. Datos cuanto menos significativos, y merecedores de un reproche jurídico penal, como ratio que debe velar por el buen funcionamiento de la Administración, sólo una aplicación eficiente de las normas penales puede disminuir dicha problemática y mejorar estos indicadores.

CAPÍTULO OCTAVO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. La corrupción en la Administración Pública.

El bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho es el mismo, el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción, es decir, evitar que ejerciten sus funciones en atención a las recompensas solicitadas, entregadas u

²¹⁹Centro de Investigaciones Sociológicas. Barómetro septiembre 2016.Consultado en: <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/>.

“El Centro de Investigaciones Sociológicas es un Organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, adscrito al Ministerio de la Presidencia, que tiene por finalidad el estudio científico de la sociedad española”.

²²⁰ *Ibidem.*

ofrecidas, debe identificarse con la honradez e integridad de la condición de partícipe en el ejercicio de funciones públicas.²²¹

Lo que el derecho penal pretende proteger mediante la tipificación del delito de cohecho y de otros delitos del Título XIX del Código Penal es el correcto funcionamiento de la Administración Pública²²², tal y como viene definida en el artículo 103 de la Constitución Española:

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

La STS de 29 de octubre de 2001 (Rec. 1327/1993)²²³ decía que el bien jurídico es la probidad del funcionario público que permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos.

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho, según indicó el ATS de 27 de septiembre de 2007²²⁴, “es la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos únicamente al imperio de la ley. Es decir, el único determinante de la actuación del funcionario o autoridad debe ser la ley y no otros hechos o circunstancias que pueden condicionar o mediatizar su actuación, tales como las dádivas o regalos ofrecidos por particulares y admitidos.”

Según la STS de 31 de julio de 2006²²⁵, el bien jurídico protegido, es la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la

²²¹ ROMERO CASANOVA, C.M. *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Comares. Granada 2016, pág. 698.

²²² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, parte especial*. 20ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 841 y ss. CUADRADO RUIZ, Mª A. *Derecho Penal aplicado a la Función Pública*. Ed. Comares. Granada 2012, pág. 29.

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001 (Rec. 1327/1993).

²²⁴ ATS de 27 de septiembre de 2007.

²²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2006.

función pero con dos perspectivas. En el pasivo, el quebrantamiento del deber de probidad que pesa sobre el funcionario y de la confianza en él depositada; en el activo, el respeto que se debe a la función pública por quien no la está ejerciendo en el asunto de que se trate.

También se manifestó sobre el bien jurídico protegido la STS de 7 de octubre de 1993²²⁶, “la cual indicaba que en el delito de cohecho no sólo se trata 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 y, si esto se ha dicho del cohecho finalista que persigue la realización de un ulterior delictivo, pasando por las especies intermedias de omisión y mera ilicitud, con mayor razón ha de predicarse del cohecho pasivo en su modalidad más simple de aceptación de regalos, describiéndose la indicada ratio legis, que pretende rodear a la función de administrar la cosa pública con la integridad y respeto necesarios para no despertar recelos y suspicacias en los administrados.”

Según OLAIZOLA NOGALES, el bien jurídico protegido en el delito de Cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración Pública²²⁷, VALEIJE ÁLVAREZ, mantenía el deber de 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 públicos²²⁸.

En el delito de cohecho el interés tutelado se delimita desde el genérico del correcto funcionamiento de la Administración Pública para la prestación de servicios

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 7 de octubre de 1993.

²²⁷ OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de Cohecho*. Tirant lo Blanch. Valencia 1999, pág.111.

²²⁸ VALEIJE ALVAREZ, I. “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho” *Estudios Penales y Criminológicos*, número XVIII. Universidad de Santiago de Compostela 1995, pág. 359.

a los ciudadanos y la protección de los principios de objetividad e imparcialidad²²⁹, según la STS de 11 de julio de 2002²³⁰ (Rec. 4008/2000).

Se trata de evitar que los funcionarios públicos realicen actos de su competencia que sean constitutivos de delito o sean injustos. La referencia a dádivas, favores, retribuciones de cualquier clase, en supuestos en los que el Ordenamiento Jurídico no ha condicionado la actuación de la Administración a la presencia de tales contraprestaciones, genera el peligro de que la actuación del funcionario venga determinada por intereses particulares y no por el interés general definido por el Ordenamiento Jurídico²³¹.

En mi opinión, coincido con la doctrina mayoritaria en la defensa del correcto funcionamiento de la administración y especialmente del trabajo de aquellos que desempeñan funciones públicas, sólo una conducta ajena a intereses parciales y alejada de corruptelas puede beneficiar el desarrollo del interés general, y dar una imagen de confianza en el normal funcionamiento de la Administración.

²²⁹ MORILLAS CUEVAS, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª Edición. Ed. Dykinson. Madrid. 2016, pág. 1148.

¹²⁹ Sentencia Tribunal Supremo de 11 de julio de 2002 (Rec. 4008/2000)

²³¹ CORCOY BIDASOLO, M. *Derecho Penal parte especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011, pág. 721.

CAPÍTULO NOVENO: EL DELITO DE COHECHO TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL 2015.

1. Naturaleza del Delito.

El delito de cohecho es un delito de mera actividad, unilateral, aunque haya formas bilaterales (como acontece en el delito de cohecho pasivo con las conductas de «admitir» y «recibir» del funcionario, que se corresponden con la conducta del particular de «ofrecer» y «entregar» y en el delito de cohecho activo con las conductas de «ofrecer y entregar» y «aceptar la solicitud» del particular que se corresponden, con el «recibir» o «aceptar» o el «solicitar» del funcionario, en cuyos casos estamos ante un delito pluripersonal o de encuentro). Pero, incluso cuando haya formas bilaterales, la existencia de dos personas en la realización del acto de corrupción es irrelevante; de hecho, si se descubre la existencia del pacto, dará lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario. Tanto la doctrina como la Jurisprudencia coinciden en señalar que los delitos del funcionario y del particular son autónomos²³² y responden a intereses distintos²³³.

Basta que el particular ofrezca la dádiva o acepte la solicitud del funcionario, y que éste último la acepte o la solicite, para que cada uno de ellos responda por su respectiva tipicidad. Consecuencia de esta construcción es que el delito de cohecho no requiere la existencia de un pacto; es suficiente, para la tipicidad, el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas imputaciones contenidas en el delito de cohecho²³⁴.

Una modalidad delictiva muy frecuente en el delito de cohecho opera en la contratación pública, donde surgen dos sujetos que forman parte de la relación contractual pública; los entes contratantes y el contratista (persona física o

²³² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000.

²³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009.

²³⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Aranzadi.1999, pág. 193 y ss.

jurídica)²³⁵. Dicha particularidad puede verse reflejada ante la falta de publicidad en ocasiones de los contratos públicos, dicha cuestión tiene como finalidad brindar igualdad de oportunidades a las empresas para acudir a la licitación.²³⁶

Cuestión que no es baladí y que el Gobierno pienso debe cambiar en breve, sobre todo en lo que atañe a los contratos menores de obras o servicios y los negociados sin publicidad, para adaptarnos a la normativa Comunitaria, y conseguir una verdadera igualdad de trato en las licitaciones públicas, así como dotarla de mayor transparencia en la concurrencia de licitadores, lo que redundará en mi opinión, en una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 marzo de 1998²³⁷, denominó este delito como de peligro abstracto, en cuanto se protege la imagen del Estado de derecho, en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios públicos ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley. Y esta es evidente, prosigue esta sentencia de la que fue ponente Bacigalupo Zapater, que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas por los particulares que se benefician de ellas, pues se genera una impresión de venta de las mismas que pone en duda la seriedad del ejercicio de la función pública.

Con anterioridad a esta se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994²³⁸, de la que fue ponente el que fuera Fiscal General del

²³⁵ VILLALBA PÉREZ, F.L. *Nociones Básicas de Contratación Pública*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, pág. 27.

²³⁶ VILLALBA PÉREZ, F.L. *La Contratación de las Sociedades en manos de las Administraciones Públicas: Principios de Publicidad y Concurrencia. Fundamentos de su publicación*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2003, pág. 272.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998.

“El delito del art. 426 CP. protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley. Es evidente que esta imagen se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas por los particulares que se benefician de ellas, pues en tal caso se genera una impresión de venta de las mismas, que pone en duda la seriedad del ejercicio de la función pública.”

²³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994.

“El cohecho impropio, también denominado por algunos “no corruptor” - con evidente error de adjetivación pues toda conducta tendente a perturbar el correcto e íntegro ejercicio de su función

Estado Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, abundando en el tratamiento de los actos impropios de la deontología de los funcionarios públicos, por la lealtad debida a la Administración de Justicia de la que forman parte y por ejercer funciones a favor de la comunidad social que les retribuye, es por ello que, deben dar el máximo ejemplo de decoro e integridad.

por quien tiene encomendadas tareas públicas contiene en sí un elemento corruptor - es, sin duda la modalidad más leve de concusión o cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular - delictivo o simplemente injusto propio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos en atención al cargo o función que desempeña o para recompensar o conseguir la ejecución de actos debidos (y, por ende, justos) que, como tales, no tienen por qué ser remunerados por los particulares. Pero, en cualquier caso, se trata de actos impropios de la deontología de los funcionarios públicos que, tanto por la lealtad debida a la Administración pública de la que forman parte como por ejercer funciones en favor de la comunidad social que los retribuye, deben dar el máximo ejemplo de decoro e integridad. Por ello, esta figura presenta algunas notas propias o singulares que la caracterizan frente al cohecho propio. Primero, que no se exige del funcionario la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio del cargo, sino que basta con que el regalo sea ofrecido en consideración a su función; segundo, que por lo mismo esta figura pierde generalmente el carácter bilateral o bifronte que es parte del cohecho propio, en el que se sanciona tanto al sujeto activo como al pasivo, pues viene considerándose que en el tipo del Art. 390 la acción de quien ofrece el regalo es atípica y, por tanto, impune (Sentencia de 7 de octubre de 1.993, como más reciente); y tercero y último, que no es suficiente para la consumación del tipo con la solicitud u ofrecimiento de la dádiva, sino que es exigible su expresa aceptación sin perjuicio de que, como en todo delito de resultado, puedan presentarse formas imperfectas.

Desde el punto de vista del primero de los elementos citados, que constituye el núcleo de este recurso, el término "en consideración a su función" debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquella. Siendo esto así resulta evidente que desde el momento en que el Hecho probado de la Sentencia recurrida expresa que el acusado hizo ver enseguida "que por su cargo e influencia le sería factible encontrar trabajo a quien quisiera" y obtuvo por tal razón la entrega de las sumas dinerarias y objetos que el "factum" describe, así como de los corderos de la pequeña explotación de una de las personas a las que se dirigió, tales entregas de carácter gratuito y de evidente contenido patrimonial (por lo que constituían otros tantos regalos) le fueron hechas en atención a la posición de ventaja e influencias que él mismo hacía ver le proporcionaba su cargo policial, o lo que es lo mismo, le fueron ofrecidas en consideración a su función, pues de no desempeñar ésta sin duda las personas que realizaron tales entregas lucrativas no lo hubieran hecho. Por lo que la esencia de la antijuricidad del tipo penado, que es precisamente, como queda dicho, la obtención de una irregular ventaja económica utilizando o aprovechando la posición que la función pública desempeñada proporciona, se da en el hecho que se sanciona y no se ha producido por ello la indebida aplicación del Art. 390 C.P., que se denuncia."

Cuando el funcionario recibe una dádiva integrante de un cohecho, como no existe contraprestación alguna por parte de aquél, tampoco se ha realizado todavía un acto injusto, pero el funcionario pasa a ser desde ese momento un sujeto corruptible y sospechoso, en cuanto que con la aceptación del regalo se ha generado una relación de dependencia respecto de quien realizó el obsequio. De ahí que no exista un cohecho impropio cuando, por ejemplo, un bombero, que ha salvado heroicamente a unos niños de un incendio, recibe una generosa recompensa del padre de éstos, o cuando el regalo se entrega por los familiares del rehén al policía que, jugándose la vida, ha conseguido liberar al secuestrado.

Ciertamente que en estos dos casos el funcionario recibe el regalo “en consideración a su función”, pero con ello no se convierten en personas corruptibles y sospechosas, pues es prácticamente inimaginable que se repita un suceso en que los mismos niños o el mismo secuestrado se encuentren en la misma situación extrema que tenga que ser remediada por el mismo bombero o por el mismo policía²³⁹

1.1 Normas Penales en Blanco.

Importante es de resaltar, la aportación que el concepto de norma penal en blanco, podría haber contribuido a la problemática aquí analizada, en primer lugar debo exponer que la expresión Ley penal en blanco, se debe a BINDING, este autor la propuso por primera vez en 1872²⁴⁰, para hacer referencia a un particular grupo de normas que recogía el Código Penal en las que, aunque se preveía la sanción a aplicar, se asignaba a supuestos de infracción de disposiciones establecidas por autoridades administrativas²⁴¹. En Derecho penal, se conocen como leyes penales en blanco o leyes necesitadas de complemento a aquellos preceptos penales principales

²³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E. “El endiablado cohecho impropio, publicado en el periódico el mundo”, 5 de julio de 2010, pág. 23. Consultado en:

http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1043319.

²⁴⁰ BINDING, K. *Die Normen und ihre Ubertretung*, tomo I, 1ª Edición, Leipzig 1872, pág. 74.

²⁴¹ DOVAL PAIS, A. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999, pág.95.

que contienen la pena pero no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, puesto que el legislador se remite a otras disposiciones legales del mismo o inferior rango, un concepto amplio de leyes penales en blanco podría completar esta casuística²⁴².

La utilización de leyes penales en blanco puede suponer una vulneración del principio de legalidad en Derecho penal. El principio de legalidad penal conlleva cuatro exigencias; *lex scripta*, *lex certa*, *lex previa* y *lex stricta*. A saber, ley escrita, cierta, previa y estricta. Las dos primeras exigencias pueden verse afectadas por la existencia de las normas penales que hacen un reenvío a normas de rango menor, lo cual no significa que deba aceptarse o asumirse sin reserva o límite²⁴³, pues se pueden establecer límites y así lo ha declarado y exigido el Tribunal Constitucional en sentencias 127/1990²⁴⁴, y 62/1994²⁴⁵.

En sus resoluciones como he expuesto, el Tribunal Constitucional estableció las condiciones necesarias para que el uso de las leyes penales en blanco, en esta materia no afectara al principio de legalidad, por ello, no deben realizarse remisiones genéricas, sino expresas, la remisión ha de ser indispensable para poder comprender cuál es la concreta conducta y el núcleo de la conducta punible que es lo más importante, ha de estar fijado en el tipo penal.

Hemos pedido una oportunidad muy buena para avanzar aprovechando la Ley de Transparencia y definiendo los límites de los usos sociales, habituales y de cortesía y poder utilizar para una mejor y efectiva aplicación del derecho penal, el complemento de la Ley administrativa y aclarar las circunstancias, y por consiguiente trabajar en una verdadera tutela judicial efectiva que dejara sin efecto

²⁴² CUADRADO RUIZ, M.A. *La Comisión por omisión como problema dogmático*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, tomo 1997, págs. 387-456.
<http://hdl.handle.net/10481/5517>.

²⁴³ QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal Ambiental*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pág. 60.

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 127/90 de 5 de julio.

²⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1994 de 28 de febrero.

la discrecionalidad en la instrucción penal, lo que hubiera permitido diferenciar el concepto de regalo previsto en la LTBG, con el articulado en el Código penal, y más concretamente en su precepto 422, en muchas circunstancias coincidente, pero con efectos jurídicos muy diferentes, según se acuda por el denunciante ante la vía penal o en la administrativa.

Todavía tengo la esperanza de que el Reglamento que venga a desarrollar la Ley Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno Estatal, pueda pronunciarse y aportar soluciones a los conceptos no aclarados e indeterminados previstos en dicha normativa, y a su vez pueda aportar remedios en el ámbito penal.

2. Tipos de Cohechos.

2.1. Elementos comunes en las modalidades de cohecho pasivo.

Ya la regulación de los delitos de cohecho operada en la reforma del Código Penal de 2010 simplificó la regulación anterior, manteniendo la distinción, introducida por el Código Penal de 1944, entre el cohecho pasivo (funcionario público o autoridad recibe o acepta una dádiva o regalo) y el activo (se obliga a funcionario o autoridad a hacer u omitir un acto relacionado con sus deberes y funciones), de ahí que, la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 y publicada en el BOE de 31 de marzo del presente año, conserva en grandes líneas las reformas introducidas en 2010 y modifica algunas cuestiones que paso a analizar²⁴⁶:

1.- Los delitos de **cohecho pasivo** (arts. 419 a 423) comprenden, a su vez, cuatro tipos de cohecho²⁴⁷:

²⁴⁶ Vid. Ley Orgánica 1/2015 publicada en el BOE de 31 de marzo del presente año, que modifica la ley 1/ 2010 del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

²⁴⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Ed. Ederesa. Madrid 1996, pág. 51.

- el que tiene por objeto un acto contrario a los deberes inherentes al cargo (art. 419 o cohecho propio);

- el que tiene por objeto un acto propio del cargo (art. 420 o cohecho impropio);

- el que persigue la gratificación de un acto ya realizado (art. 421 o cohecho subsiguiente o de recompensa),

-la admisión de ventajas en consideración al cargo o función sin vinculación con el acto del cargo determinado o determinable (art. 422 o cohecho de facilitación).

2.2. Sujetos en el Delito de Cohecho tras la Reforma de 2015.

La Autoridad, el Funcionario Público y otros sujetos:

Sujeto activo del delito, pueden ser **autoridades o funcionarios públicos**, debiendo tener en cuenta, evidentemente, lo que, a efectos penales, considera el art. 24 CP 1995, como autoridad y funcionario público²⁴⁸.

En la delimitación del sujeto activo delito que analizamos puede surgir una dificultad. Los arts. 419, 420 y 421 están dedicados al delito de cohecho pasivo propio e, inmediatamente, a continuación, el art. 422, amplía el ámbito subjetivo de aplicación de los tipos anteriores a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.²⁴⁹

La interpretación dada al concepto jurídico-penal de funcionario, ha sido considerablemente ampliada por la doctrina y la jurisprudencia, y va más allá

²⁴⁸ BOIX REIG, J. *Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la administración pública*, en *corrupción pública: cuestiones de política criminal*. Ed. Iustel. Madrid 2014, pág.15.

²⁴⁹ Vid. Ley Orgánica 1/2015 publicada en el BOE de 31 de marzo del presente año, que modifica la ley 1/ 2010 del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

también de la interpretación conferida al concepto de funcionario público por el Derecho Administrativo, ya que la noción jurídico-penal apuesta por un “concepto funcional o material” que mira el interés de proteger el correcto funcionamiento de la Administración y de las funciones públicas²⁵⁰.

Esta mención en el artículo 24 del Código Penal, como indica QUINTERO OLIVARES²⁵¹, responde a la voluntad de otorgar específicamente a esos cargos públicos la consideración de autoridad, pues no siendo los Parlamentos o las Cámaras ni órgano colegiado ni tribunal era preciso reconocerles tal condición al ser evidente su coparticipación en el ejercicio de potestades soberanas.

Para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales, MUÑOZ CONDE²⁵², defiende que tiene que haberse dado una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una, a la disposición inmediata de la Ley.

Determina MUÑOZ CONDE²⁵³, que función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales.

Si tenemos en cuenta la literalidad y ubicación sistemática del art. 422, es obvio que sujeto activo del delito contemplado en el art. 426 sólo pueden ser las autoridades y funcionarios públicos y no los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera otras personas que participen en el ejercicio de funciones públicas puesto que, después, de este último precepto, no hay una norma que amplíe ámbito subjetivo de aplicación más allá, tal y como hace el art. 422 con respeto a los anteriores.

²⁵⁰ JAVATO MARTÍN, A.M. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, Revista Jurídica de Castilla y León, 23(enero 2011), pág. 154-155.

²⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 1995*. Ed. Aranzadi. Navarra 1996, pág. 290.

²⁵² MUÑOZ CONDE, F. “Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal: Especial consideración del concepto jurídico de funcionario público a efectos penales.” Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla 1997, pág. 15.

²⁵³ *Ibidem*.

Desde mi punto de vista, esta exclusión no se justifica. Si el bien jurídico protegido mediante la incriminación operada en el art. 426 es la integridad en el ejercicio de las funciones y cargos públicos y su *ratio essendi* pretende asegurar que las funciones y cargos públicos se desempeñen conforme lo determinado en las normas jurídicas que son de aplicación, sin otros condicionantes añadidos, a la aceptación de dádivas o regalos no tiene mucho sentido y escapa a toda lógica que las personas que no sean funcionarios administrativos en el sentido estricto del término y las que no estén constituidas en autoridad, aunque participen en el ejercicio de funciones públicas, puedan aceptar dádivas y regalos en consideración al cargo que eventualmente desempeñan jurado, árbitro, perito o participación de otra forma en el ejercicio de funciones públicas, siendo ese comportamiento penalmente irrelevante.

Por «**jurados**» debe entenderse los existentes en el ámbito laboral y administrativo (así como, los «jurados de empresa» o los miembros de los «jurados de expropiación» o los jurados previstos en la legislación de contratos del Estado, etc.). Debe tenerse presente que los miembros de un jurado penal tienen la consideración de funcionario público a efectos penales, incluso de autoridad, al ejercer jurisdicción de conformidad con lo establecido en el art. 24.1 CP y ser nombrados por autoridad competente art. 2 Jurado LO 5/1995, de 22 de mayo²⁵⁴, del Jurado (en adelante LOJ) y art. 24.2 CP²⁵⁵. Igualmente, conforme al art. 24.1 CP,

²⁵⁴Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>.

“Artículo 2. Composición del Tribunal del Jurado.

1. El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá.

Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será un Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, respectivamente.

2. Al juicio del Jurado asistirán, además, dos jurados suplentes, a los que les será aplicable lo previsto en los artículos 6 y 7.”

²⁵⁵Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

“Artículo 24.

tienen jurisdicción **los árbitros** de la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre²⁵⁶), al decidir asuntos sometidos a su enjuiciamiento, por lo que parece que el precepto se refiere a otro tipo de árbitros en el ámbito administrativo.

Los peritos, son una figura establecida en las leyes procesales, particularmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La reforma de 2015, incluye dos figuras nuevas y de reciente protagonismo jurídico como son los mediadores y los administradores concursales.

Los mediadores, con la entrada en vigor de la Ley 5/12 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁵⁷, se establece a esta figura la finalidad de ayudar a encontrar una solución dialogada y voluntaria entre dos partes objeto de conflicto, esta intervención no puede estar exenta de ser merecedora de reproche penal en caso de que una de las partes pueda intentar por ejemplo mediante dádiva algún beneficio de la función de éste en provecho propio.

Algo similar ocurre con **los administradores concursales**²⁵⁸, cuyo margen de maniobra ante un concurso de acreedores o la liquidación de una sociedad bajo su administración es muy discrecional y puede ser objeto de tentativa de dádiva de terceros para acordar decisiones beneficiosas, destaco como ejemplo, la disputa mediática y judicial que han tenido los Administradores concursales de la promotora **AIFOS**, la mayor promotora inmobiliaria de Andalucía hasta el año 2007 y una de

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

²⁵⁶ Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje. Consultado en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-28027>

²⁵⁷ Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Consultado en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-13647.

²⁵⁸ Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Consultado en:

www.bing.com/search?q=Reforma+ley+concursal&form=IE10TR&src=IE10TR&pc=MAARJS.

las más importantes de España en su época, en la liquidación de los activos, prueba manifiesta es la conflictiva venta de uno de los mayores exponentes de la corrupción en la Costa del Sol, como ha sido el Hotel Guadalpín Banús, epicentro de la mayor trama de corrupción en España, conocida como CASO MALAYA y de reciente pronunciamiento judicial por parte del Tribunal Supremo, con su anterior propietario, lo que ha provocado la decisión por parte de los Administradores Concursales de apartar a este, de la gestión de la sociedad.²⁵⁹

El art. 423 reproduce el anterior, pero debe resaltarse que introduce, además, expresamente a los administradores e interventores designados judicialmente entre las personas asimiladas legalmente a los funcionarios públicos, por lo que se amplía el círculo de sujetos responsables, aunque se mantiene el último inciso abierto extensible a «cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública», que amplía el concepto penal de funcionario público del art. 24 CP. Asimismo, sistemáticamente se sitúa *ex novo* detrás de todos los artículos referidos a los cohechos pasivos, incluido el cohecho subsiguiente²⁶⁰. En la regulación hasta ahora vigente, el art. 422 se situaba delante del anterior art. 425.1 y podía interpretarse que se excluía de su ámbito de aplicación el cohecho pasivo de recompensa del anterior art. 425.1 CP. Al expresar, además, «lo dispuesto en los artículos precedentes (...)», se mejora la seguridad jurídica y la técnica legislativa, tal como recomendó el equipo de evaluación de GRECO en su Informe²⁶¹.

²⁵⁹ Noticia publicada el 6 de marzo de 2014 en el periódico la opinión de Málaga. “*El juez aparta a Ruiz Casado de Aifos por su ingobernable situación. Asegura que el dueño "hace y deshace" sin tener en cuenta a los administradores concursales.*” Consultado en: <http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2014/03/06/juez-aparta-ruiz-casado-aifos/658859.html>.

²⁶⁰ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

²⁶¹ INFORME GRECO. Organismo creado en 1998 en el seno del Consejo de Europa para la implantación del Convenio Penal sobre la Corrupción, ratificado por España el 28 de abril de 2010. Consultado en: http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Sobre-el-Portal/Novedades-de-transparencia/Informe-GRECO-2016.html.

Funcionarios de la Unión Europea:

Característica esencial del proceso globalizador es la intensificación de la dependencia mutua de los Estados más allá de sus fronteras nacionales. En este modelo de interdependencia desaparecen las fronteras físicas entre los países, e incluso las políticas, dicha apertura de las fronteras también afecta a la corrupción que adquiere en esta nueva era el calificativo de transnacional. El artículo 427 con la Reforma de 2015²⁶², cambian los apartados 1, 2, y 3, del artículo que se convierten en apartado a), b) y c), con respecto a la anterior reforma de 2010 con el siguiente tenor literal:

Apartado a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

Apartado b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

Apartado c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una Organización Internacional Pública.

Este supuesto da respuesta a la exigencia del Convenio Estrasburgo 15-5-2003, Convenio penal sobre corrupción de la Unión Europea, que establece la necesidad de que cada Estado parte de la Unión Europea adopte una serie de medidas, tanto legislativas como de otra índole, para hacer frente a la corrupción no sólo a nivel interno de cada Estado, sino también en relación con la Unión Europea y sus Estados miembros. Por esta razón, se tipifican los delitos de cohecho en los que

²⁶² Vid. Ley Orgánica 1/2015 publicada en el BOE de 31 de marzo del presente año, que modifica la ley 1/ 2010 del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

estén imputados o afectados los funcionarios de la Unión Europea y los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión²⁶³.

A tales efectos, se considerarán como funcionarios de la Unión Europea:

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

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

- los miembros de organismos creados conforme a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, incluyendo al personal de esos organismos en la medida en la que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el régimen aplicable u otros agentes de la Unión Europea no les afecte.

Según lo establecido en el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea, Rgto. Núm. 31 (CEE) 11 (CEE) se consideran funcionarios de las Comunidades Europeas las personas que hayan sido nombradas, en las condiciones previstas en el Estatuto²⁶⁴, para un puesto de trabajo permanente en una de las instituciones de las Comunidades, mediante un acto escrito de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos de dicha institución. Abarca también a las personas nombradas por los organismos comunitarios a las que sea de aplicación el presente Estatuto en virtud de los actos comunitarios que los creen. Por lo que se refiere a los otros

²⁶³ Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-4192.

²⁶⁴ REGLAMENTO nº 31 (CEE) y nº 11 (CEE), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-X-1962-60014>.

agentes de la Unión Europea, se trata de agentes temporales o contractuales al servicio de la Unión Europea.

Si relacionamos la figura de los funcionarios de los países miembros de la Unión Europea, con la Ley de Transparencia, debo manifestar que nada se recoge sobre esta cuestión, ni aparecen como obligados en la delimitación y alcance de los sujetos afectados por la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, cuestión que hubiera sido necesario incluir en la citada Ley.

2.3. Clases de Cohecho Pasivo.

2.3.1. Cohecho Pasivo Propio.

El art. 419 regula una modalidad de cohecho pasivo propio que, de algún modo, viene a agrupar los anteriores arts. 419, 420 y 421 CP 1995, aunque con matizaciones o diferencias importantes. Es la conducta de cohecho más grave cometida por funcionario público, exige que el sujeto que solicite o reciba una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o acepte ofrecimiento o promesa de otra persona para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, sea una autoridad o un funcionario público «a efectos penales» (art. 24 CP), por lo que se trata de un delito especial propio, al no tener correspondencia con un tipo común subyacente²⁶⁵.

Ahora bien, el tipo exige además que la acción u omisión sean propias «del cargo del funcionario», lo que se interpreta por la doctrina mayoritaria como que sean de la competencia genérica del funcionario, aunque no le hayan sido específicamente adjudicadas en el reparto interno de funciones dentro de la Administración, y el Código se cuida en detallar que la conducta sigue siendo

²⁶⁵ MORILLAS CUEVAS, L. “*Sistema de Derecho Penal parte especial*”. 2ª Edición. Ed. Dykinson. Madrid 2016, pág. 1152.

delictiva aunque la contraprestación se perciba a través de un tercero, que actúe de manera interpuesta entre el autor del hecho y el particular que la entrega²⁶⁶.

El tipo puede ser realizado «por sí o por persona interpuesta». Cabe la participación de un *extraneus* así, el inductor, el intermediario o persona interpuesta, y quienes realizan toda clase de actos de participación en el delito de cohecho en cuyo caso es de aplicación el art. 65.3 CP y podrán los jueces imponer la pena inferior en grado STS de 10 de junio de 2005 (Rec. 2535/2003)]²⁶⁷.

Pero no son partícipes de este delito ni de los de los arts. 420 a 422, los particulares a los que se refieren los arts. 424 y 425, pues en ellos ya se tipifica su conducta como autores (cohecho activo).

Son conductas típicas. «solicitar» o «recibir» dádiva, favor o retribución de cualquier clase, así como «aceptar» ofrecimiento o promesa²⁶⁸ «en provecho propio o de un tercero», por un acto a realizar o ya realizado²⁶⁹.

No tiene por qué coincidir el receptor con el beneficiario, normalmente persona del entorno del funcionario o con la que éste mantenga determinada relación de tipo particular, aunque no puede descartarse un tercero que no pertenezca a su entorno, la solicitud puede ir referida también a un ofrecimiento o a la promesa de una recompensa futura.²⁷⁰

²⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, C. *Derecho Penal, parte especial*. Ed. Colex. Madrid 2010, pág.618-619.

²⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 (Rec. 2535/2003).

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009, caso Urquía.

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014, caso Cardona.

²⁷⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La Corrupción a Examen*. Ed. Aranzadi. Navarra 2012, pág. 229.

Asimismo, se exige en dicha conducta típica, que el instrumento del delito sea para realizar un acto propio del ejercicio de su cargo²⁷¹, es decir, un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar.

Es decir, debe ser, en principio, el motor o causa de la actuación contraria a los deberes inherentes al cargo, que es la finalidad o contrapartida (se contempla el cohecho antecedente, siempre que se haya pactado la dádiva, favor o retribución de cualquier clase con la finalidad de la ejecución de un acto contrario a los deberes inherentes al cargo). No se exige que el acto sea delictivo o injusto y resulta indiferente que la dádiva se entregue antes o después de la realización del acto, pero ahora se contempla, asimismo, el cohecho subsiguiente, en que la dádiva, favor o retribución de cualquier clase se entregaría como recompensa de un acto anterior sin un previo pacto, comportamiento subsumible en el art. 421 CP, en relación con el art. 419, en relación de causa-efecto, respecto de la misma, la STS de 14 de noviembre de 2003 (Rec. 1094/2002) mantuvo la condena a un inspector de Hacienda que solicitó y obtuvo 60 millones de pesetas a cambio de falsificar actas de inspección de determinada empresa y así ocultar el fraude tributario²⁷².

El acto u omisión²⁷³ o retraso injustificado deben ser determinados o determinables. La dádiva, favor, retribución o promesa, no se ofrece para comprar el favor general del funcionario, sino por un acto concreto.

Pero el presente delito de cohecho se consume por solicitar, recibir o aceptar, se trata de un delito de mera actividad, aunque el acto, omisión o retraso injustificado por cuya ejecución se lleve a cabo dicha conducta no se cometa finalmente; de cometerse, se castigará como un concurso de delitos, por así establecerlo expresamente el precepto *in fine* al decir, «Sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o

²⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 1212.

²⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2003 (Rec. 1094/2002).

²⁷³ *Vid* al respecto, CUADRADO RUIZ, M^a A. “La comisión por omisión como problema dogmático” 1997, págs. 387-456. <http://hdl.handle.net/10481/5517>.

promesa, si fuera constitutivo de delito». De ello deriva la naturaleza «unilateral» del delito de cohecho²⁷⁴.

Es irrelevante si se cumple o no el ofrecimiento o promesa. Como se ha dicho, la finalidad del instrumento es la comisión de un acto contrario a los deberes del cargo, u omisión o retraso injustificado (cohecho antecedente), pues si se solicita o recibe la dádiva como recompensa por el acto delictivo ya realizado es de aplicación el art. 421 (cohecho subsiguiente).

La conducta típica de recibir o solicitar dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptar ofrecimiento o promesa es triple:

-Para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, sin que se exija ahora que sea delictivo ni injusto, por lo que parece que existen argumentos a favor de la incriminación en este precepto de las decisiones de naturaleza política o «transfuguismo» (así, votar a favor o en contra de una moción de censura, cambiar de partido político, a cambio de una ventaja).

-Para no realizar el que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, que es la modalidad omisiva, que se tipificaba en el anterior art. 421 CP, aunque con pena solo de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Y para retrasar injustificadamente el que debería practicar, que constituye una modalidad típica *ex novo* en el actual art. 419, de modo que se amplían los comportamientos típicos.

Respecto del tipo subjetivo, el presente delito de cohecho solo puede cometerse dolosamente, por dolo directo o dolo eventual. El sujeto debe conocer todos los elementos integrantes del tipo objetivo. El funcionario debe ser consciente

²⁷⁴ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La corrupción a examen*. Ed. Aranzadi. Navarra 20012, pág.229.

del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o promesa y querer actuar a pesar de ello²⁷⁵.

La alocución «en provecho propio o de un tercero» constituye un elemento subjetivo del injusto. En el supuesto de que el funcionario se dejase corromper, en la creencia errónea de que el acto que se comprometía a realizar sería conforme a los deberes de su cargo, no es de aplicación este delito al faltar el dolo, pero sí el tipo del art. 420, que constituye un tipo básico o de recogida del cohecho pasivo (cohecho impropio).

Penalidad.

Las penas de prisión son las mismas para las tres modalidades típicas recogidas en el precepto e introducidas con la reforma del Código Penal de 2010, que incrementó el límite mínimo de la pena de privación de libertad, pasando de tres a seis años, en el anterior art. 419 ese preceptuaba dos años, con lo que se impide, en principio, la suspensión de la ejecución de la pena o la sustitución de la pena de prisión contemplada en el art. 88 CP. La multa se establece en 12 a 24 meses, con lo que deja de ser proporcional al valor de la dádiva. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público con la Reforma de 2015 se aumenta la mínima que pasa de 9 a 12 años, en el 2010 era 7 a 12 y además introduce una modificación importante en cuanto incluye como pena unido a la suspensión de empleo y sueldo, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo de 9 a 12 años²⁷⁶, lo cual tiene sus efectos de cara a la concurrencia a unos comicios electorales públicos, como posteriormente en otro capítulo explicaré.

²⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 876.

²⁷⁶ Vid. Ley Orgánica 1/2015 publicada en el BOE de 31 de marzo del presente año, que modifica la ley 1/2010 del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

2.3.2. Cohecho Pasivo Impropio.

El art. 420 regula un delito de cohecho pasivo impropio y cohecho antecedente, según la doctrina mayoritaria, pues se pacta una dádiva con la finalidad de realizar el funcionario en el futuro un acto propio del cargo, siendo indiferente si la dádiva, favor o retribución de cualquier clase se efectúa antes o después de dicho acto, pero no un cohecho subsiguiente, consistente en que la dádiva se dé como recompensa de un acto injusto ya realizado sin previo pacto, lo que se castiga ahora en el art. 421 en relación con el art. 420.

Es de menor gravedad que el art. 419, pero guarda similitud con éste por contener elementos comunes, como las modalidades típicas de solicitar y recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o de aceptar ofrecimiento o promesa, y el elemento subjetivo del injusto de «en provecho propio o de un tercero», así como que el sujeto debe ser un funcionario público o autoridad, que puede actuar, igualmente, por sí o por persona interpuesta, dicha persona interpuesta cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en la acción delictiva es partícipe en el delito de cohecho. En este, la pretensión de la autoridad o funcionario es para cumplir con su obligación, que el particular puede pensar que es eludible o dilatable mediante injustificadas trabas administrativas o alegación de exceso de trabajo.²⁷⁷

Se distingue del art. 419 y ello explica su menor gravedad en que el instrumento del delito (solicitar, recibir dádivas o promesas) debe tener como motivo o causa determinante la ejecución de un «acto propio del cargo», determinado o determinable, es decir, dentro de la competencia genérica del funcionario. No obstante, se consuma con solicitar o recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase es un delito de mera actividad aunque el acto propio del cargo no se realice, entendiéndose por acto propio del cargo todo acto (actuaciones administrativas tanto de naturaleza reglada como discrecional) conforme a Derecho²⁷⁸.

²⁷⁷ LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de derecho penal. Parte Especial*. Ed. Dykinson, Madrid 2011, pág. 319-320.

²⁷⁸ *Ibidem*.

Es el delito más conocido por la gran cantidad de casos de corrupción que azotan a este país y sobre todo tratarse de casos muy mediáticos por ser sujetos muchos de ellos importantes cargos públicos de este país.

En la reforma de 2010 se suprimió toda referencia al «acto no prohibido legalmente» que se contenía en el anterior art. 426 y había obligado a la doctrina, ante la menor pena del anterior art. 426 respecto del anterior art. 425, a efectuar una distinción conceptual entre «acto propio del cargo». Así, se entendía que por «acto propio del cargo» es un acto para el que el empleado público es generalmente competente²⁷⁹, el Tribunal Supremo no demanda que el funcionario sea específicamente competente para realizar el acto objeto del soborno, sino únicamente que esté facilitado por su adscripción²⁸⁰, por ejemplo al servicio u organismo competente para ello²⁸¹.

Según OLAIZOLA²⁸², es suficiente para que un acto sea considerado en el ejercicio del cargo a efectos del delito de cohecho con que haya una competencia genérica del funcionario respecto del mismo.

Y por «acto no prohibido legalmente», los actos reglados mantenía que tan grave o más puede ser la infracción de un acto discrecional que la de un acto reglado, proponiendo que «acto propio del cargo» es cualquier acto que pertenezca al ámbito de sus funciones del funcionario y que «acto no prohibido legalmente» es todo acto que lleve a cabo el funcionario sin pertenecer al ámbito de sus funciones²⁸³.

²⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 10ª edición. Ed. Aranzadi. Navarra 2016, pág. 1728.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011.

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012.

²⁸² OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 273.

²⁸³ *Ibidem*.

La STS de 7 de diciembre de 2005 (Rec. 1869/2004²⁸⁴) mantuvo la condena por el anterior art. 425.1 CP efectuada a un concejal por solicitar una dádiva a cambio de hacer efectiva su renuncia. Asimismo, la STS de 8 de junio de 2006 (Rec. 1312/2005²⁸⁵) condenó a un oficial de la Administración de Justicia que solicitó a determinados procuradores la entrega de dinero si les llevaba formalmente el exhorto a su domicilio o despacho, al encuadrarse la tramitación de exhortos dentro de las funciones de su cargo de oficial.

Penalidad.

Con la Reforma operada en 2015, las penas de prisión y multa se mantienen pero se amplía la inhabilitación especial para empleo o cargo público aumentando la mínima que pasa de 5 a 9 años y se introduce a su vez también la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 5 a 9 años. Cuestión que será tratada posteriormente dado las incidencias que tiene dicha penalidad a tenor de la Reforma de la Ley de Régimen Electoral General y sus incidencias en el delito de cohecho²⁸⁶

2.3.3. Cohecho Pasivo Subsiguiente o de Recompensa.

El art. 421 castiga de manera autónoma los cohechos pasivos subsiguientes o de recompensa relativos al art. 419 y al art. 420, imponiendo las mismas penas establecidas respectivamente en los mismos para los cohechos pasivos antecedentes.

Así, recibir el funcionario público dádiva, favor o retribución de cualquier clase tras haber efectuado un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o haber omitido o retrasado el que debía practicar.

²⁸⁴ Sentencia Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005 (Rec. 1869/2004).

²⁸⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 8 de junio de 2006 (Rec. 1312/2005).

²⁸⁶ Vid. Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

El cohecho subsiguiente se caracteriza por que existe una desvinculación entre la recepción de la dádiva, favor o retribución al funcionario y el acto oficial efectuado por el mismo, con anterioridad a dicha recepción, sin que la misma haya sido acordada de antemano por un acuerdo previo. La conducta típica consiste en recibir una ventaja con posterioridad a la toma de decisión, es decir, una vez adoptado el acto del cargo. Se recompensa al funcionario sin que haya mediado una solicitud o acuerdo previo. Dicho precepto es de difícil justificación, por cuanto la objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa en el momento en que se realizó el acto no quedan materialmente afectadas²⁸⁷.

Un sector de la doctrina entiende que debería destipificarse el cohecho subsiguiente, por no afectar el bien jurídico protegido. No obstante, lo que parece haber querido evitar el legislador al mantener el cohecho subsiguiente es la impunidad, o la imposición de una sanción poco grave, en aquellos casos en los que no logra probarse que hubo un acuerdo previo, pero sí que el funcionario recibió una ventaja después de la efectiva adopción del acto (RODRÍGUEZ PUERTA²⁸⁸). El mencionado Informe de evaluación de GRECO²⁸⁹, señala que en la tipificación de los cohechos subsiguientes «el Código penal español va más allá de lo exigido por el Convenio».

El precepto es, además, de redacción imperfecta según el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de 2008, pero la remisión a los arts. 419 y 420 (en sus respectivos casos) deben entenderse en el sentido de que deben darse los demás elementos típicos, respectivamente, de dichos preceptos. Así, «por sí o por persona interpuesta», «en provecho propio o de tercero», etc.

²⁸⁷ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La Corrupción a Examen*. Ed. Aranzadi. Navarra 2012, pág. 232.

²⁸⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999. La misma, “La responsabilidad del particular en el delito de cohecho” (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998), en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, año 1999, N° 1, pág. 183-207.

²⁸⁹ INFORME GRECO. Organismo creado en 1998 en el seno del Consejo de Europa para la implantación del Convenio Penal sobre la Corrupción, ratificado por España el 28 de abril de 2010. Consultado en: http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Sobre-el-Portal/Novedades-de-transparencia/Informe-GRECO-2016.html.

Penalidad.

Se castiga con las penas de tres años a seis años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 12 años; en cambio, recibir dádiva, favor o retribución tras haber efectuado un acto propio del cargo, se castiga con las penas de dos a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público.

2.4. Cohecho Activo

Como el cohecho pasivo, el delito de cohecho activo propio (arts. 424 y 425) busca evitar la ilegalidad o parcialidad venal del funcionario, mediante el respeto que debe el particular al normal y correcto funcionamiento de la función pública. Para describir el cohecho activo se utiliza específicamente la expresión “corromper o intentar corromper”²⁹⁰.

La finalidad general de objetividad de la Administración pública hace que también se castigue a los particulares que corrompan o intenten corromper a las autoridades y funcionarios. Se parte siempre, en la Ley Penal del principio administrativo según el cual ningún funcionario público puede recibir emolumentos por el cumplimiento de la función pública, al ser una de las notas características de la función pública que el abono de sus servicios corra a cargo a los presupuestos generales del Estado.

La comisión puede realizarse de modo activo (realización del acto) u omisivo, bien lo sea de modo definitivo (no realización del acto debido) o temporal (retrasando o suspendiendo el acto debido.)²⁹¹

²⁹⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J. *La respuesta a la Corrupción Pública*. Ed. Comares. Granada 2004, pág. 53.

²⁹¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *Op. Cit.* Pág. 235.

En el cohecho activo propio se castigan aquellas conductas del particular que constituyen una amenaza no irrelevante para la confianza de los ciudadanos en un ejercicio no venal de la función pública, STS de 11 de mayo de 1994 (Rec. 1327/1993)²⁹².

El art. 424 CP acoge el llamado cohecho activo, porque castiga al particular no funcionario en el ejercicio de sus funciones que atenta contra el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública, la legalidad o imparcialidad venal del funcionario, describe las acciones típicas con los verbos ofrecer o entregar dádiva o retribución de cualquier clase²⁹³.

Desde fuera, y se refiere simétricamente a los arts. 419 A 423, es decir; el particular ofrece o entrega una dádiva, favor o retribución de cualquier clase al funcionario público, o persona que participe en el ejercicio de la función pública, para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, para que no realice o retrase injustificadamente el que debiera practicar, o en consideración al cargo o función.

Al particular se le imponen las mismas penas que las previstas para los funcionarios y asimilados; también se le impone la misma pena que al funcionario en el caso de que atienda la solicitud de éste entregando la dádiva o retribución a diferencia del anterior art. 423.2, que en tal caso preveía la imposición de la pena inferior en grado a las previstas para los funcionarios (penas de prisión y multa) y a diferencia del Anteproyecto de 2008, lo cual es discutible, pues, por razones de política criminal, parece que debería ser menor la pena del particular que atiende a la solicitud del funcionario sin haberla inducido, dado que puede temer que el funcionario le perjudique de no acceder a su solicitud, posibilitando un mayor descubrimiento de la corrupción funcional siempre difícil de probar²⁹⁴.

²⁹² Sentencia Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994 (Rec. 1327/1993).

²⁹³ ROMEO CASANOVA, C.M. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Comares. Granada 2016, pág. 705.

²⁹⁴ *Ibidem*.

Todo ello sin perjuicio de la eximente del art. 426 actual, en caso de haber accedido ocasionalmente el particular a la solicitud de dádiva por el funcionario, para el caso de denunciar el particular al funcionario antes de la apertura del procedimiento y siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

Los delitos de **cohecho activo** (arts. 424 y 425) tipifican la conducta del particular que ofrece o entrega dádiva o retribución de cualquier clase al funcionario para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, o acepta la solicitud del funcionario; se incluye el cohecho en causa criminal a favor de reo efectuado por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable, por análoga relación de afectividad o de algún ascendiente, descendiente o hermano²⁹⁵.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia españolas defendieron el carácter bilateral del delito de cohecho, al considerar necesario, para la comisión del delito, el acuerdo entre quien hace el ofrecimiento y quien recibe la dádiva. Sin embargo, actualmente consideran que no es necesario pacto para apreciarlo:

Con el Código Penal de 1944²⁹⁶, la conducta típica básica del cohecho cambió sustancialmente al incluir en el cohecho pasivo la acción consistente en «solicitar» por parte del funcionario, y en el cohecho activo la de «intentar corromper» como forma de delito consumado. En el Código de 1995, el delito de cohecho pasivo viene integrado por tres conductas claramente diferenciadas, solicitud, aceptación y recepción de la dádiva por parte del funcionario y el cohecho activo a su vez por otras tres: corromper, intentar corromper y aceptar la solicitud del funcionario. La

²⁹⁵ Vid. Ley Orgánica 1/2015 publicada en el BOE de 31 de marzo del presente año, que modifica la ley 1/2010 del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

²⁹⁶ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>.

diferencia entre ambas especies de delito se mantiene en la reforma de 2010, los delitos de cohecho pasivo se regulan en los arts. 419 a 423 y los de cohecho activo en los arts. 424 y 425.

El delito de cohecho es un delito de consumación anticipada, unilateral, el legislador especifica más claramente las conductas constitutivas de cohecho activo, sustituyendo las problemáticas expresiones “corromper o intentar corromper” por las de “ofrecer o entregar²⁹⁷. Pero, incluso cuando haya formas bilaterales, la existencia de dos personas en la realización del acto de corrupción es irrelevante; de hecho, si se descubre la existencia del pacto, dará lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario.

Basta que el particular ofrezca la dádiva o acepte la solicitud del funcionario, y que el funcionario la acepte o la solicite, para que cada uno de ellos responda por su respectiva tipicidad. Consecuencia de esta construcción es que el delito de cohecho no requiere la existencia de un pacto; basta, para la tipicidad, el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas incriminaciones contenidas en el delito de cohecho.

Con la reforma de 2010, las distintas modalidades de **cohecho pasivo propio** se reunieron en una única forma delictiva en el art. 419. Estableciendo el castigo con la misma pena todos aquellos comportamientos que materialmente presentan un injusto similar en los que la ventaja solicitada, recibida u ofrecida resulta ser la contrapartida de un acto ilícito, contrario a los deberes inherentes al cargo, con independencia de que la situación ilícita sea consecuencia de una acción o una abstención del funcionario. Se preserva, no obstante, la legalidad e imparcialidad de los actos administrativos que no tengan por causa la venalidad del funcionario²⁹⁸.

²⁹⁷ CORRAL ESCÁRIZ, V. *La Lucha contra la corrupción urbanística en España*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014, pág. 167.

²⁹⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.

2.4.1. Cohecho activo más benigno

El tipo regulado en el Art. 425 es el llamado por la doctrina cohecho activo más benigno. Se trata de un **tipo privilegiado** porque se castiga menos a su autor que en las modalidades de cohecho activo del precepto anterior. Sin embargo, el círculo de posibles autores queda restringido al cónyuge del reo, u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afines, siempre que exista una causa criminal y el soborno se efectúe «en favor del reo». En realidad, se trata de un **delito especial**. La razón de dicha atenuación radica en una menor culpabilidad del autor por una menor exigibilidad de la conducta debida o conforme a Derecho, o a una excusa parcial absolutoria. Impone al sobornador una pena de prisión de 6 meses a un año, una pena sensiblemente atenuada en atención a la situación de no exigibilidad de otra conducta distinta en las que se encuentran las personas que si actúan²⁹⁹.

Penalidad.

Con la Reforma del Código Penal de 2015, el artículo 424, en su apartado 3, modifica la penalidad prevista indicando que *“si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por la Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que represente la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años”*, con esta reciente reforma aumentan la mínima prevista en la anterior reforma de 2010 que pasa de 3 años a 5 años y la máxima de 7 años a 10 años³⁰⁰.

²⁹⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20 edición . Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 881.

A modo de ejemplo, resaltar la STS de 4 de febrero de 2003 (Rec. 2664/2001)³⁰¹ mantuvo la condena del Tribunal del jurado a quien remuneraba mensualmente a un guardia civil para que le diera informaciones sobre denuncias relativas a la propiedad intelectual, lo que constituye un acto injusto al ser secretas las informaciones que conozca por razón u ocasión de su cargo, conforme al art. 5.5 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Tras el acuerdo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994³⁰² en que se modificó la línea jurisprudencial anterior, la STS de 11 de mayo de 1994 (Rec. 1327/1993).³⁰³

El Proyecto de reforma del CP de 2009 no tipificaba en el art. 424.1 la conducta del particular consistente en ofrecer o entregar dádiva o retribución al funcionario en consideración a su cargo o función; se introdujo dicha tipificación en fase de enmiendas y apareció, en el Dictamen de la Comisión de Justicia, lo incluyó en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. La STS de 7 de noviembre de 1997 (Rec. 2596/1995)³⁰⁴, afirmó la atipicidad de la conducta de

³⁰⁰ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

³⁰¹ Sentencia Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2003 (Rec. 2664/2001)

³⁰² Sentencia Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994.

“SSTS de 31 de mayo de 1991 y de 22 de diciembre de 1989, p. Montero Fernández-Cid.”

³⁰³ Sentencia Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994 (Rec. 1327/1993).

“Confirmó la SAP Palma de Mallorca, Secc. 1.ª, de 19 de febrero de 1993, en que se condenó (por el art. 391 en relación con el art. 390 CP 1973, actualmente art. 424 CP, a unos particulares que ofrecieron 100 millones de pesetas a un concejal del Ayuntamiento de Calviá (Mallorca) para que cambiara de un grupo político a otro (caso conocido de transfuguismo político), a lo que no accedió dicho concejal, quien denunció dichos hechos. En estos casos estamos ante una amenaza no irrelevante para la confianza de los ciudadanos en un ejercicio no venal de la función pública.”

³⁰⁴ Sentencia Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997 (Rec. 2596/1995.)

“(art. 391 con relación al art. 390 CP 1973) con anterioridad a la vigencia de la LO 9/1991, de 22 de marzo, que introdujo el término «dádiva» junto con el de «regalo» en el art. 390 y sanciona en este delito con las penas de arresto mayor y multa, en lugar de suspensión y multa; además, afirma expresamente que «en el Código Penal y a la vista de la redacción de los arts. 423 y 426 CP 1995, no hay razón para excluir del ámbito de aquel, la conducta del particular que corrompe o intenta corromper al funcionario público mediante la entrega de una dádiva, en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido»”

quien ofrece dádiva a un funcionario en consideración a su función. (*Vide* también la STS de 3 de febrero de 1994 (Rec. 657/1993³⁰⁵).

En la doctrina no existía acuerdo al respecto. FEIJOO SÁNCHEZ³⁰⁶, entre otros, se pronuncia a favor de la aplicación del art. 423 CP 1995 (cohecho activo) a las modalidades de cohecho impropio de los arts. 425 Y 426 CP 1995, en una interpretación teleológica con relación al bien jurídico protegido, mientras que otro sector doctrinal se opone (MORALES PRATS³⁰⁷ y RODRÍGUEZ PUERTA³⁰⁸,) utilizando el argumento literal y sistemático de que el art. 423.1 CP 1995 castiga con las mismas penas de prisión y multa que a los funcionarios, lo que lógicamente debe referirse a los preceptos anteriores: arts. 419, 420 y 421 CP 1995, pero no a los posteriores como son los arts. 425 y 426 CP 1995.

Asimismo, debe destacarse que tras la Reforma LO 5/2010 ya no figuraba el inciso final del art. 424.1 al que se refería el Proyecto de reforma del Código Penal de 2009 estableciendo que «sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder (al particular) como inductor al delito eventualmente cometido por éstos (los funcionarios)». La razón puede ser que bastan las reglas generales de la participación y del concurso, por lo que es redundante dicho inciso. El cohecho activo regulado en el art. 424 CP es un delito de mera actividad, de consumación anticipada, STS de 19 de julio de 2001 (Rec. 1052/2000)³⁰⁹, y es independiente respecto a la consumación o no del delito de cohecho pasivo y viceversa que pueda cometer el funcionario; es decir, puede consumarse el delito de cohecho pasivo sin consumarse el activo.

³⁰⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1994 (Rec. 657/1993.)

“*Que aplicó asimismo el art. 391 en relación con el art. 390 CP 1973. condenando al particular, gerente de una empresa suministradora por pagar comisiones de un 10% al administrador de un centro penitenciario en consideración a su función.*”

³⁰⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. *Memento práctico Francis Lefebvre Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2015.

³⁰⁷ MORALES PRATS, F. *En Quintero Olivares. (Dir.) Comentarios a la parte Especial de Derecho Penal*. 10ª Edición. Ed. Aranzadi. Navarra 2016, pág.1744.

³⁰⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. *Ibidem*.

³⁰⁹ Sentencia Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001 (Rec. 1052/2000).

Así, se consuma solo el delito de cohecho pasivo del funcionario por el mero solicitar una dádiva a un particular, si éste no admite la solicitud. Y se consuma solo el cohecho activo del particular cuando éste ofrece una dádiva o retribución de cualquier clase sin que el funcionario la acepte. Tampoco es necesario para la consumación que se realice la entrega de la dádiva o retribución de cualquier clase, basta su ofrecimiento. Para la consumación del delito de cohecho activo la oferta debe llegar al funcionario y, además, ha de ser comprensible desde un punto de vista objetivo. Por ello, cabrá apreciar tentativa en aquellos casos en los que la oferta no llega al funcionario o no es objetivamente comprensible³¹⁰.

2.4.2. Cohecho activo en relación con las personas jurídicas.

La legislación vigente ha introducido la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por parte de sus representantes legales y administradores de hecho o de Derecho (CP art.31 bis). Esta responsabilidad se plantea también en relación con el delito de cohecho, razón por la cual, se establecen las sanciones correspondientes a estas infracciones cuando la responsable sea una persona jurídica (CP art.427.2)³¹¹:

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

artículo 427 bis, con la siguiente redacción:

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

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

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

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

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

También se prevé, dentro del catálogo general de penas aplicables a las personas jurídicas (CP art.33.7³¹²), y para todas las modalidades del delito de cohecho³¹³, la aplicación de algunas de ellas en función de la concurrencia de los requisitos establecidos en CP art.66 bis³¹⁴:

³¹² Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

“Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.*
 - b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
 - c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
 - d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
 - e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
 - f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
 - g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*
- La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.*
- La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”*

³¹³ QUINTERO OLIVARES, G. *Compendio de la parte especial del derecho penal*. Ed Aranzadi. Navarra 2016, pág. 415.

³¹⁴ *Vid.* Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

“el artículo 66 bis, que queda redactada como sigue:

2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- Necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- Las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores.
- El puesto que la persona física u órgano que incumplió el deber de control ocupaba en la estructura de la persona jurídica.

En la medida en la que concurran estos requisitos, las penas que podrán imponerse son (CP art.33.7 b a g):

a) Disolución de la persona jurídica, lo que implica la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y la capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o de llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

b) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de 5 años.

c) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de 5 años.

d) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.”

temporal o definitiva; en el caso de que sea temporal el plazo no podrá exceder de 15 años.

e) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años.

f) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de 5 años.

Significativo es el hecho de que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma e independiente de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito de cohecho, de modo que una vía de escape para la mercantil puede ser su desvinculación en caso de ser cometido dicho ilícito por un trabajador de la misma, en este sentido considero que existen dos intereses contrapuestos, a diferencia de lo que ocurría antes de entrada en vigor de la Reforma de 2015, ya que empresa y trabajador no compartirán sus defensas como venía ocurriendo, sino que cada uno defenderá sus propios intereses.

2.5. Cohecho entre particulares

Históricamente las ciencias sociales y las legislaciones han centrado su atención sobre la corrupción como fenómeno ligado al ámbito de lo público, pero también puede sucederse en el ámbito privado.

Aunque este delito no se encuentra en el Título XIX, ni se trata de un delito relativo a la Administración Pública, la vinculación del concepto de regalo, en ambos cohechos hace que se considere oportuno traerlo a colación y reseñarlo.

El tratamiento penal de la corrupción privada es muy reciente con la modificación que tuvo lugar en el año 2010, y con la inclusión del precepto 286, con

la finalidad de castigar la denominada corrupción entre particulares, pero tras cinco años de historia, esta figura delictiva es objeto de reforma, de modo que se modifica el artículo 286 bis y se introducen otros dos preceptos en la materia, los artículos 286 ter y quáter³¹⁵, además cambia la denominación de la sección y, por ende, ahora pasan a llamarse corrupción en los negocios³¹⁶.

³¹⁵ Vid. Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

“Artículo 286 ter.

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años”

“Artículo 286 quater.

1. Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,*
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,*
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o*
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.*

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o*

En general, se parte de la idea de que en los actos de corrupción privada hay un riesgo en perjuicio para la empresa, dado que una de las partes de la transacción se ve inclinada favorecer a un proveedor o prestador de servicios inferior, a contratar a un empleado menos cualificado o a uno cumplir la diligencia debida en la prestación del servicio. Consiste en que el representante, a la hora de cerrar un contrato de nombre y representación de su principal, acuerda con la contraparte que ésta le entregue en privado una parte del dinero que tendrá que abonar su principal, normalmente en efectivo o por ejemplo a través de una sociedad fantasma extranjera³¹⁷.

Si intentamos comparar corrupción pública con la privada, mediante la sanción penal de la corrupción privada se equipara dicha corrupción con la que se desarrolla en el ámbito público y eso no es correcto. El castigo de tales hechos no puede asimilarse al cohecho de los funcionarios públicos por dos razones, los funcionarios tienen deberes con la colectividad que no alcanzan a los integrantes de empresas privadas y el castigo de la corrupción privada se tiñe de matices morales.

De tal modo, que no cabe confrontar ambas formas, porque la corrupción en el ámbito privado distorsiona el funcionamiento de un mercado legítimo, mientras que la corrupción en el ámbito público crea un mercado de cosas que nunca deberían ser vendidas. Esto es, una corrupción (la privada) es una anomalía o difusión de un mercado lícito, mientras que otra (la pública) supone un mercado ilícito en su propia esencia y en toda su extensión³¹⁸.

b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.”

³¹⁶ PUENTE ALBA, L.M. *Corrupción en los negocios, en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 914.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A. *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Ed. Aranzadi. Navarra 2016, pág. 93.

Quienes ocupan cargos públicos tienen deberes que son cualitativamente diferentes de los que afectan a los empleados de las empresas privadas. En una democracia, los primeros han sido directamente elegidos por el pueblo o nombrados por quienes fueron elegidos popularmente. En cualquier caso, sirven un interés público, aceptar un soborno es violar esa confianza popular y un inherente deber de servicio a la colectividad, de modo que cuando un funcionario público se corrompe socava un interés general. Los sobornos en el ámbito privado reflejan una dinámica muy diferente, los empleados de una entidad privada que aceptan sobornos también vulneran una confianza, la que han puesto en ellos sus superiores, clientes o accionistas, pero no violan una confianza de la sociedad en general (que si se deposita en los funcionarios públicos precisamente porque es la colectividad la que ha decidido directa o indirectamente, su nombramiento)³¹⁹.

Por otra parte, los procesos de toma de decisión son diferentes. En el ámbito privado, esos procesos no se rigen por el Derecho público, al contrario de lo que sucede con los funcionarios públicos. Ello supone que los empleados de una empresa privada en lo relativo a los factores que influyen en su toma de decisiones, no tienen obligaciones hacia el público en general. Tampoco los clientes que compran bienes de una empresa privada tienen derecho a esperar que la empresa tome sus decisiones de una manera determinada; sino que basta con que la empresa no adultere los productos que está vendiendo y cumple las leyes relativas a la seguridad y salud pública (eso es lo que los clientes pueden legítimamente esperar de una empresa). Ni siquiera los accionistas de la empresa tienen derecho a imponer que tome sus decisiones de una manera determinada, a menos que los procedimientos al efecto hayan sido especificados³²⁰.

El delito se consuma cuando se lleva a cabo cualquiera de las conductas previstas en el tipo. Con carácter general, la conducta de ambos sujetos intervinientes será merecedora de sanción penal, sin embargo, es posible que el hecho resulte punible únicamente para uno de los sujetos participantes, cuando tras

³¹⁹ *Ibidem.*

³²⁰ *Ibidem.*

una oferta o solicitud, ésta sea rechazada. En ambos casos (acuerdo o intento de acuerdo), la pena asignada es la misma (delito de emprendimiento).

Las penas que corresponden al tipo básico resultan excesivamente severas y el marco penal abstracto mínimo y máximo, desproporcionado. Convendría que los tribunales fijaran criterios anclados en la idea de lesividad, que permitieran ponderar la gravedad de las diversas acciones con cabida en el delito³²¹.

Penalidad.

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente.

2.6. El Artículo 20.7 del Código Penal y el Error de Prohibición, en el Delito de Cohecho.

Para que se materialice una condena por cohecho, debe existir evidentemente dolo, es decir, una conciencia actual de los elementos del tipo en el momento del hecho y del conocimiento de la antijuricidad³²², puede ocurrir que el cargo público considere que el regalo está dentro de los usos sociales, habituales o de cortesía, o lo considere socialmente adecuado y que por lo tanto el regalo tenga cabida en el desempeño de su función pública, he de recordar que el artículo Artículo 20,

³²¹ MORALES PRATS, F. Y MORÓN LERMA, E. *Corrupción entre particulares (comentario al art.286 bis del C.P)* en la Corrupción a Examen. Ed. Aranzadi. Navarra 2012, pág. 127.

³²² OLAIZOLA NOGALES, I. *El error de prohibición, especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. Ed. La Ley. Madrid 2007, pág. 35.

apartado 7, preceptúa que están exentos de responsabilidad criminal, “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”³²³

La Sentencia del Tribunal Supremo 277/2004³²⁴, de 5 de marzo, establecía que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales y puedan verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, quienes los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible³²⁵. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles y que no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada³²⁶.

Puede creer dicho cargo público que el regalo recibido en consideración al cargo, está dentro del ejercicio legítimo de su oficio, y entender erróneamente que está actuando dentro de la legalidad, actúa en cumplimiento de un deber quien realiza una conducta típica para cumplir con una obligación por el ordenamiento jurídico³²⁷.

Como indicaba en el capítulo primero del presente trabajo la *ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento*.

³²³ Vid. Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

³²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 277/2004 de 5 de marzo.

³²⁵ MAZA MARTÍN, J.M. *Circunstancias que excluyen o modifican la Responsabilidad Criminal*. Ed. La Ley. Madrid 2007, pág. 194.

³²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1810/2002 de 5 de noviembre.

³²⁷ MAQUEDA ABREU, M.L. *El derecho Penal en casos. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016, pág. 156.

Igualmente puede ocurrir que la ausencia del conocimiento de la antijuricidad por parte del funcionario público, pudiera impedir la responsabilidad penal, si bien, dicho conocimiento puede faltar porque el sujeto ha incurrido en un error de prohibición consistente en el desconocimiento inevitable o evitable, de la ilicitud penal de la conducta, lo que trae aparejado la creencia de que la conducta no es punitiva³²⁸, el autor cree obrar lícitamente, bien porque yerra sobre la prohibición contenida en la norma, error de prohibición directo³²⁹, bien porque su error recae sobre una causa de justificación, error de prohibición indirecto³³⁰.

El error de prohibición es una cuestión de imprudencia del derecho³³¹, la relevancia cualitativa de dicha circunstancia estriba en la índole vencible o invencible del mismo, tanto si se trata de error de prohibición como error de tipo, la naturaleza del insuperable o vencible del error por parte del sujeto que lo padece determina un efecto diferente, si el error es invencible puede excluir la responsabilidad penal, pues estaríamos ante un supuesto de un funcionario público que acredita que estaba en el firme convencimiento de que su actuación era ajustada a derecho, y le podría surgir la duda de la exclusión de la penalidad y su conducta estaría exenta, por otra parte si el error fuera vencible, es decir, el sujeto no actúa sin culpabilidad, puesto que podría haber conocido la prohibición, dicha actuación del

³²⁸ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

“Artículo 14

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

³²⁹ MAQUEDA ABREU, M.L. *Op. Cit.* Pág.213.

³³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2005.

³³¹ NIETO MARTÍN, A. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición.* Ed. Atelier. Barcelona 1999, pág.112.

funcionario sería castigada en su caso como imprudente, sería atenuada su culpabilidad con la pena inferior en uno o dos grados³³².

2.7. Causas de justificación y el Decomiso en el Delito de Cohecho tras la Reforma de 2015.

Dicha modificación tiene su justificación en el hecho de que el delito no resulte provechoso, ya la Fiscalía General del Estado redactó una circular la número 4/2010, de 23 de diciembre³³³, la investigación patrimonial en el proceso penal, tiene especial importancia, porque se hace necesaria para asegurar el pago de las responsabilidades pecuniarias, que incluyen la responsabilidad civil- *ex delicto*- derivada de la infracción penal, las multas y costas procesales, y por otra parte, se pueden localizar movimientos patrimoniales, que pueden aportar elementos probatorios de la realización de infracciones, así como localizar bienes relacionados con la actividad delictiva, con la finalidad de proceder a su incautación.

La Directiva 2014/42/UE³³⁴, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la unión europea, fue objeto de adaptación a nuestra normativa a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que modifica el Código Penal, en la Ley 41/2015, de 5 de octubre que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

³³² POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de derecho penal, parte general*. Ed. Tecnos. Madrid 2016, pág. 200.

³³³ Circular 4/2010 de 23 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal. Consultado en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones!/ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFszcDBzdPYOdTD08jIMtjPULsh0V Ace5-oI!/?numElementosPorPagina=20&paginaDestino=3.

³³⁴ Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Consultado en: <https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf>

Así pues, en la Ley 1/2015, de 30 de marzo, se realiza una nueva regulación del decomiso, justificado en la modificación del artículo 127 del Código Penal³³⁵,

³³⁵ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

“Artículo 127 bis.

1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

a) Delitos de trata de seres humanos.

b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.

d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.

e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.

f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

g) Delitos de corrupción en los negocios.

h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.

i) Delitos de blanqueo de capitales.

j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.

k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.

l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.

n) Delitos de falsificación de moneda.

o) Delitos de cohecho.

p) Delitos de malversación.

q) Delitos de terrorismo.

r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1. ° La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2. ° La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3. ° La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada

tras la adaptación del artículo 6 de la directiva europea mencionada, en el modificado y mencionado anteriormente artículo 127 del Código Penal. También la Ley 41/2015, de 5 octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³³⁶,

Artículo 127 septies.

Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición

Artículo 127 octies.

1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.”

³³⁶ Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10726.

“Artículo 803 ter a). Resolución judicial de llamada al proceso.

1. El juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia de parte, la intervención en el proceso penal de aquellas personas que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que pueda derivarse razonablemente:

a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o

b) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo.

2. Se podrá prescindir de la intervención de los terceros afectados en el procedimiento cuando:

a) no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, o

b) existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, o que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.

3. Contra la resolución por la que el juez declare improcedente la intervención del tercero en el procedimiento podrá interponerse recurso de apelación.

4. Si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya hubiera sido acordada.

5. En el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416

4. La incomparecencia del afectado por el decomiso no impedirá la continuación del juicio.

Artículo 803 ter d). Incomparecencia del tercero afectado por el decomiso.

1. La incomparecencia del tercero afectado por el decomiso que fue citado de conformidad con lo dispuesto en esta ley tendrá como efecto su declaración en rebeldía. La rebeldía del tercero afectado se regirá por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al demandado rebelde, incluidas las previstas para las notificaciones, los recursos frente a la sentencia y la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde, si bien, en caso de rescisión de la sentencia, la misma se limitará a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica. En tal caso, se remitirá certificación al tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, si es distinto al que hubiera dictado la sentencia reincidente y, a continuación, se seguirán las reglas siguientes:

a) Se otorgará al tercero un plazo de diez días para presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso, con proposición de prueba, en relación con los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte.

b) Presentado el escrito en plazo, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante auto y, con arreglo a las normas generales, se señalará fecha para la vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afcción de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal.

c) Frente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en esta ley.

Si no se presenta escrito de contestación a la demanda en plazo o el tercero no comparece en la vista debidamente representado se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados.

2. Los mismos derechos previstos en el apartado anterior se reconocen al tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia.

Artículo 803 ter e). Objeto.

1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p.

2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos:

a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.

b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.

3. En el caso de reserva de la acción por el fiscal, el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme

Artículo 803 ter u). Presentación de nueva solicitud de decomiso.

El Ministerio Fiscal podrá solicitar al juez o tribunal que dicte una nueva orden de decomiso cuando:

a) se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el procedimiento de decomiso, y

b) no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos.»

Once. Se introduce un nuevo artículo 846 ter con el siguiente contenido:

«1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia

hemos de indicar que el artículo 8 de la Directiva Europea, tuvo reflejo en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la incorporación en el libro IV, de un nuevo Título III ter, con la rúbrica “de la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”, creando dos capítulos, el capítulo I “de la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso”, artículos 803. a) y d) y el capítulo II “del procedimiento de decomiso autónomo”, artículos 803.Ter.e) y u).

La Directiva 2014/42/UE de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, contemplaba en su artículo 10 que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, con objeto de garantizar la administración adecuada de los bienes embargados previamente con el objetivo de un futuro decomiso, es por ello que el Gobierno de España creó mediante el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre la oficina de Gestión y recuperación activos³³⁷, La nueva regulación del decomiso y la puesta en marcha de

Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia.

2. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.”

3. Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.”

³³⁷ Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Consultado en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11427.

“Artículo 1. Objeto y naturaleza.

Este real decreto tiene por objeto regular el régimen de funcionamiento de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, que se configura como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia, al que corresponden las competencias de localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y de cualesquiera otras que se le atribuyan, en los términos previstos en la legislación penal y procesal.

La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos actuará cuando se lo encomiende el juez o tribunal competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina.

la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos facilitarán en cierta medida una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia económica, normalmente una criminalidad de delincuentes poderosos, que aparece especialmente organizada y que tanto daño ocasiona al Estado democrático de derecho y debe destacarse la función de asesoramiento técnico a los juzgados, tribunales y fiscalías que lo soliciten en materia de ejecución de embargos y decomisos³³⁸.

El alargamiento de los plazos de inhabilitación puede contribuir también a una ampliación de los plazos de prescripción de todas las modalidades de cohecho pasivo propio antecedente y subsiguiente, debemos destacar que el artículo 131 del Código Penal³³⁹, preceptúa que cuando la pena máxima señalada sea por la ley sea de inhabilitación por más de diez años el delito prescribe a los quince años (supuesto del artículo 419 C.P.) Y a los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea de prisión o inhabilitación por más de cinco años y no exceda de diez.

La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos procederá, igualmente, a la localización de activos a instancia del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o en cualesquiera otras actuaciones en los términos previstos en las leyes penales o procesales.”

³³⁸ JAEN VALLEJO, M. Y PERRINO PÉREZ, A.L. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Ed. Dykinson. Madrid 2016, pág. 163.

³³⁹ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

Artículo 131.

1. Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.

A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

2. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

4. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.”

Con la imposición de esta modalidad de inhabilitación especial para sufragio pasivo, estaríamos por tanto alargando los plazos de prescripción y salvaguardando que una presunta actuación perseguible por cometer alguno de las modalidades delictivas previstas en el cohecho quedara impune por la prescripción de la acción.

2.8. Concreción de la pena en el Delito de Cohecho.

Entiendo llegado este momento y tras la reciente reforma, que se hace necesario para no quebrantar el derecho a una resolución judicial fundada en derecho, que tanto la pena de suspensión de empleo o cargo público, así como la de inhabilitación especial para sufragio pasivo determinen obligatoriamente los cargos a los que afectan la condena, sin que se pueda suponer que se tratarían de los que desempeñaban antes de la condena.

Una de las circunstancias y casuísticas que nos podemos encontrar y que viene siendo frecuente en la práctica jurídica, es el principio de concreción de la pena, expresamente el artículo 18.2 LOPJ establece que “las sentencias se ejecutarán en sus propios términos.”³⁴⁰.

A título meramente informativo recordamos que, según el artículo 66 del TRLEBEP³⁴¹, establece que “la pena de inhabilitación absoluta impuesta por la comisión de un delito, ya sea de carácter principal o accesorio, produce la pérdida de

³⁴⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

³⁴¹ Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Consultado en: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/10/31/pdfs/BOE-A-2015-11719.pdf>.
“Artículo 66. Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.
La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto a todos los empleos o cargos que tuviere.
La pena principal o accesoria de inhabilitación especial cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto de aquellos empleos o cargos especificados en la sentencia.”

la condición de funcionario respecto de todos los empleos o cargos públicos que tuviera el condenado, desde que la sentencia es firme. Así mismo, el precepto añade, que la pena principal o accesoria de inhabilitación especial produce la pérdida de la condición de funcionario, igualmente desde que la sentencia sea firme, pero únicamente de los empleos o cargos especificados en la sentencia, si es que el condenado tiene otros trabajos.” Esta consecuencia se dispone también para los funcionarios de la Administración del Estado, en el artículo 37.1.d de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado³⁴², donde se establece que “la condición de funcionario se pierde en virtud de alguna de las causas siguientes: ... d) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.”.

De la misma manera, se dispone para los funcionarios de carrera de la Administración Local en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local³⁴³. El Texto Refundido establece como causa

³⁴² Decreto 315/1964 de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Consultado en: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1964-2140>.

“Artículo 37.

1. La condición de funcionario se pierde en virtud de alguna de las causas siguientes:

a) Renuncia.

b) Pérdida de la nacionalidad española.

c) Sanción disciplinaria de separación del servicio.

d) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.

2. La relación funcional cesa también en virtud de jubilación forzosa o voluntaria.”

“La condición de funcionario se pierde en virtud de alguna de las causas siguientes: ... d) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.”

³⁴³ Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Consultado en:

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-9865>.

“Art. 138.

1. La condición de funcionario de carrera de la Administración local se pierde en virtud de alguna de las causas siguientes:

a) Renuncia.

b) Pérdida de la nacionalidad española.

c) Sanción disciplinaria de separación del servicio.

d) Por imposición de la pena de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial.

e) Por jubilación forzosa o voluntaria.

2. La renuncia a la condición de funcionario no inhabilita para nuevo ingreso al servicio de la Administración local.

3. En el caso de recuperación de la nacionalidad española se podrá solicitar la rehabilitación de la cualidad de funcionario de la Administración local.

de la pérdida de la condición de funcionario, entre otras, la imposición de la pena de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial, que tendrá el carácter de definitivo, sin perjuicio de los supuestos de rehabilitación.

La inhabilitación especial del artículo 42 del Código Penal³⁴⁴, se define como pena principal grave si su duración, es de entre cinco y veinte años y como pena menos grave si superando los tres meses no llega a los citados cinco años, puede imponerse también como pena accesoria, como indica el artículo 56³⁴⁵, siempre que los empleos, cargos o derechos objeto de la inhabilitación tengan relación con el delito cometido, debiendo el tribunal determinar expresamente esta vinculación. Pena de contenido muy diverso, según el delito de que se trate, permite inhabilitar para el ejercicio de empleo o cargo público, incluyéndose los honores que les sean anejos así como incapacitar para su obtención, o la de otros análogos, durante la condena o para el de otros derechos propios de cualquier particular.

El artículo 45 del CP dice textualmente que, "la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de

4. La pérdida de la condición de funcionario, prevista en los apartados c) y d) del número 1 tiene carácter definitivo, sin perjuicio de los supuestos de rehabilitación.

5. La relación funcional cesa durante el tiempo de la condena a la pena de suspensión de cargo público."

³⁴⁴ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

"Artículo 42 La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación."

³⁴⁵ *Ibidem*.

"Artículo 56

1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1. ° Suspensión de empleo o cargo público.

2. ° Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3. ° Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código."

concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena"³⁴⁶.

Es cierto, sin embargo, que como tiene declarado la STS de 25 de septiembre de 2009³⁴⁷, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 en relación con el artículo 41 del CP, la inhabilitación, por ser especial, ha de circunscribirse a determinado empleo y éste no puede ser otro que aquél en cuyo ejercicio se ha cometido el delito, u otro de igual naturaleza, ya que la pena viene impuesta específicamente en dicho tipo penal.

Sobre el artículo 56 CP, la doctrina del TS (STS de 3 de febrero de 2003³⁴⁸; ATS de 22 de junio de 2001³⁴⁹), tiene señalado que:

La Sala Segunda del TS ha dicho que, dado su carácter restrictivo, aunque no quepa extender los efectos de la inhabilitación a otras profesiones, sino solamente a las análogas, por lo que hace referencia al objeto estricto de la inhabilitación, ha de precisarse, tratándose del empleo o cargo público o profesión u oficio, que éste se proyecta no sólo al puesto o servicio específico desempeñado en el momento de la comisión de los hechos, sino a la profesión o cargo como tal, así como a la

³⁴⁶ *Ibidem*.

“Artículo 45

La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.”

³⁴⁷ Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 25 de septiembre de 2009.

³⁴⁸ Sentencia Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2003.

“el artículo 56 del Código Penal de 1995 establecía la exigencia para la imposición de ciertas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. Pero este requisito se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, y no a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Por tanto, cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio, como en este caso, la pena accesoria a imponer es la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo”.

³⁴⁹ *Ibidem*.

capacidad para obtener puestos análogos (STS de 17 de mayo de 2012³⁵⁰), que confirma la imposición de esta pena accesoria.

Ahora bien, más allá de la observancia del principio de legalidad penal y de la prohibición de analogía en el ámbito penal respecto a los cargos o funciones para las que se declara la pena principal o accesoria de inhabilitación especial, hay que estar y pasar por lo que disponga la legislación de la función pública, que es la que regula el acceso y pérdida de la condición de funcionario de carrera, siendo en este punto claro la regulación del TRLEBEP, en cuyo artículo 66, como destacaba anteriormente se establecían las circunstancias y efectos de la inhabilitación.

A este respecto el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en su Sentencia de 1 de julio de 2011,³⁵¹ defiende la necesidad de concretar debidamente y de manera motivada en la

³⁵⁰ Sentencia Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012.

³⁵¹ Sentencia Tribunal Supremo Sala 2, de 1 de julio de 2011.

“A la vista del estudio de la citada Sentencia, puede llegarse a la conclusión de que lo que el más Alto Tribunal ha querido decir es que, en materia de condenas de inhabilitación con carácter genérico respecto del desempeño de cualquier empleo o cargo público, debe realizarse una mayor definición del alcance de la sanción penal impuesta, ya que el artículo 45 del CP exige una mejor concreción no sólo expresa sino también suficientemente motivada. De ahí que en la sentencia del TS se estima la necesidad de concretar la pena de inhabilitación impuesta al condenado que, de acuerdo con la doctrina ya existente al respecto y atendido el ámbito de actuación administrativa en la que el delito fue cometido, llega a la conclusión de que la los Tribunales deben concretar la pena de inhabilitación especial. Como puede verse, lo que pretende el TS es centrar las sanciones penales en el ámbito administrativo donde se produjeron los hechos punibles, dejando otros campos de "empleo o cargo público" libre para que el condenado tenga, constitucionalmente, la libertad de poder acudir como cualquier otro ciudadano.

La inhabilitación especial, de conformidad con el artículo 42 del CP, significa para el funcionario la privación del cargo público concreto a través del cual y en cuyo ejercicio delinquiró; es decir, del cargo que ostentaba y del que se sirvió instrumentalmente para delinquir. La pena de inhabilitación especial se orienta principalmente a apartar y privar temporalmente al funcionario del cargo sobre que recayere, en cuanto determinante del ejercicio de las funciones públicas que le posibilitaron la comisión del delito; de ahí que en congruencia con este objetivo el Código Penal, a través de la inhabilitación especial, incapacite simultáneamente al funcionario para obtener y desempeñar cargos análogos por sus funciones a aquel de que se le priva expresamente en la condena penal.

En consecuencia, la pena de inhabilitación especial no tiene por qué afectar a otro posible cargo que el funcionario tuviese, respecto del que podía encontrarse en situación de excedencia voluntaria, por ejemplo, y ello siempre que las funciones específicas del mismo no sean análogas; o incluso tampoco tiene por qué afectar a otro cargo público al que pudiera haber accedido el funcionario con posterioridad a la comisión del delito, siempre que no se puedan ejercitar a través de él funciones análogas a las del cargo de que ha sido expresamente privado por sentencia firme.

sentencia el alcance de la pena de inhabilitación especial, por lo que debemos entender inicialmente que la inhabilitación se circunscribe a lo expresamente dictado en la misma.

Por otra parte debo destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ha insistido en la necesidad de motivar la pena concreta (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre F. 3³⁵²; 43/1997, de 10 de marzo F. 6³⁵³), y aunque no existe derecho fundamental a una determinada extensión, cabe al menos una motivación breve y concisa, incluso por remisión (SSTC 13/1987, de 5 de febrero³⁵⁴ y 108/2001, de 23 de abril³⁵⁵). Específicamente, se ha señalado que también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene conferidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en aquel derecho, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión, (SSTC 20/2003, de 10 de febrero, F. 6³⁵⁶; 136/2003, de 30 de junio, F. 3³⁵⁷; y 170/2004, de 18 de octubre, F. 2³⁵⁸, entre otras). Este deber de motivar las sentencias fluye también del artículo 120.3 CE, e integra el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, y resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, pues ahí se conecta el derecho a la tutela efectiva, directamente, con el derecho a la libertad personal, entre otras, STC 76/2007 de 16 de abril³⁵⁹.

La incapacidad para obtener otros cargos análogos durante el tiempo de la condena, se ha de interpretar en relación con las funciones propias del concreto cargo público de que haya sido privado el funcionario por condena a pena de inhabilitación especial; por consiguiente, pueden existir situaciones en que el funcionario pueda tras la condena continuar ostentando otro cargo distinto en la misma o en otra Administración Pública. En la inhabilitación especial para cargo público, la privación es siempre singular («del cargo sobre que recayere»), sin perjuicio de que la incapacidad se extienda a cualesquiera otros análogos al cargo de que el funcionario ha sido privado.”

³⁵² Sentencia Tribunal Constitucional 193/1996, de 26 de noviembre F. 3.

³⁵³ Sentencia Tribunal Constitucional 43/1997, de 10 de marzo F. 6.

³⁵⁴ Sentencia Tribunal Constitucional 13/1987, de 5 de febrero.

³⁵⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 108/2001, de 23 de abril.

³⁵⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 20/2003, de 10 de febrero. F.6.

³⁵⁷ Sentencia Tribunal Constitucional 136/2003, de 30 de junio. F.3.

³⁵⁸ Sentencia Tribunal Constitucional 170/2004, de 18 de octubre. F.2.

³⁵⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 76/2007, de 16 de abril.

De modo añadido, se ha señalado que las razones que se exterioricen en punto a motivar la individualización judicial de la pena, han de resultar razonablemente congruentes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exige el precepto aplicable para la individualización de la pena (STC 148/2005, de 6 de junio³⁶⁰). Pese a no existir un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, sí resulta exigible que se localice un razonamiento, por breve o conciso que sea, que permita aquilatar la razonabilidad de la decisión a la luz de los preceptos aplicables (SSTC 163/2003, de 30 de junio³⁶¹).

Esta necesidad de motivación de la "determinación concreta de la pena" (ATC 264/2007, de 25 de mayo³⁶²), adquiere especial trascendencia si se contempla la individualización judicial, como ha señalado el Tribunal Supremo, "como la tercera función autónoma del Juez penal representando el cénit de su actuación".

Es por lo que interpreto que si la Sentencia no establece para que tipo de inhabilitación especial de empleo se condena a un trabajador, en principio el juez *a quo* debe establecer la concreción de esa inhabilitación en el campo donde se ha cometido el injusto penal, como funcionario público, por lo que siguiendo, como decimos, esta interpretación, se le inhabilitará para empleo público funcional, pero dejando otros empleos que nada tengan que ver.

Resaltando que debe indicarse expresamente que empleo se trata, y no dejar lugar a las interpretaciones, a los hechos me remito y pongo como ejemplo lo ocurrido, con el diputado y parlamentario vasco Iker Casanova, el cual pudo ser candidato por un error en la concreción de la pena de empleo o cargo público.³⁶³

³⁶⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 148/2005, de 6 de junio.

³⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional 163/2003, de 30 de junio.

³⁶² Auto Tribunal Constitucional 264/2007, de 25 de mayo.

³⁶³ Publicado en diario el mundo, el 12 de junio de 2015. Consultado en: www.elmundo.es/pais-vasco/2015/06/12/5579e3fce2704e84238b458e.html

“La pervivencia en el tiempo de la pena [de inhabilitación] no significa que sea susceptible de afectar al cargo público electivo que el reo obtuvo con posterioridad a su licenciamiento [escaño en el Parlamentario vasco del que tomó posesión el 2 de septiembre de 2014], pues la sentencia no concreta en su parte dispositiva a qué concreto empleo o cargo público se refiere la inhabilitación», dice la resolución de la Fiscalía General.

Igualmente destaco, la condena por cohecho pasivo a la que era teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella Doña Isabel García Marcos, donde al no concretarse de forma clara los cargos a los que afectaba la inhabilitación, se pidió en tiempo y forma aclaración al Tribunal Supremo, dicho Tribunal precisó que la inhabilitación de la mencionada García Marcos sólo afectaba a los cargos de naturaleza electiva y ámbito local, lo que le permitió seguir ocupando su empleo público como inspectora médica hasta su entrada en prisión tras la ejecución de la Sentencia confirmada en el Tribunal Supremo, por el famoso caso Malaya³⁶⁴.

Finalmente resalto que, si no se han pasado los plazos que se recogen en los artículos 214 y 215 de la LEC (Ley 1/2000)³⁶⁵, en virtud del artículo 4 de la citada

«La concreción del empleo o cargo público», prosigue, «es de todo punto necesaria para esclarecer los términos del cumplimiento de la pena de inhabilitación especial, pues de no hacerse adquiere la misma amplitud con el principio de proporcionalidad y con el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos reconocidos en la Constitución, que sólo se puede restringir en los casos taxativamente determinados en el fallo judicial».

El Código Penal, recuerda la Secretaría Técnica establece que «en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación». Y que hay abundante jurisprudencia del Supremo exigiendo que se haga esa concreción.

Pero ese requisito no lo cumple ni la condena a 11 años de la Audiencia ni la posterior del Supremo rebajando la pena a siete años y medio «sin modificar los hechos ni concretar el empleo o cargo al que habría de afectar la pena privativa de derechos.»

³⁶⁴ Noticia publicada en el diario sur de 22 de enero de 2016. Consultado en: <http://www.diariosur.es/marbella-estepona/201601/22/marcos-condicion-funcionaria-20160122133143.html>.

“Isabel García Marcos podrá seguir trabajando como funcionaria de la Junta de Andalucía. La Consejería de Hacienda ha dictado una orden que revoca otra anterior dictada en octubre del año pasado por la que se acordaba la pérdida de su condición de funcionaria de la Administración andaluza tras la sentencia dictada en julio por el Tribunal Supremo en la que la condenaba a tres años y medio de cárcel, multa de 700.000 euros y siete años y medio de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un delito continuado de cohecho pasivo. La Junta rectifica ahora, tras tener en cuenta que el Supremo, en un auto aclaratorio dictado en noviembre del año pasado, precisó que la inhabilitación a la que fue condenada Isabel García Marcos y otros concejales afecta a los que tengan naturaleza electiva y ámbito local.”

³⁶⁵ Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Consultado en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

“Artículo 4. Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

Artículo 214. Invariabilidad de las resoluciones. Aclaración y corrección.

Ley, que establece la aplicación con carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el orden penal y en virtud del artículo 267 Ley Orgánica del Poder Judicial³⁶⁶, se puede solicitar del Tribunal, la aclaración y corrección o subsanación y

-
1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.
 2. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio, por el Tribunal o Secretario judicial, según corresponda, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por quien hubiera dictado la resolución de que se trate dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.
 3. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones de los Tribunales y Secretarios Judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.
 4. No cabrá recurso alguno contra la resolución que decida sobre la aclaración o corrección, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución a la que se refiera la solicitud o actuación de oficio

Artículo 215. Subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos.

1. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior.
2. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Secretario judicial de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.
3. Si el tribunal advirtiese en sentencias o autos que dictara las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicta, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.
4. Del mismo modo al establecido en los apartados anteriores se procederá por el Secretario judicial cuando se precise subsanar o completar los decretos que hubiere dictado.
5. No cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del Tribunal o Secretario judicial. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla.”

³⁶⁶ Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial. Consultado en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

“Artículo 267.

1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.
2. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio

complemento de la Sentencia incompleta. Transcurridos dos días sin ejercitar dicha posibilidad, deviene firme y no se puede modificar lo contenido en la resolución judicial, de ahí que si no se establece y concreta los cargos afectos, no pueden aplicarse a posteriori.

Pienso que dicha interpretación es la correcta y la que más se ajusta al principio de concreción de la pena y a una verdadera tutela judicial efectiva, las partes tienen la posibilidad de hacer valer su derecho a la aclaración, rectificación y complemento de sentencias en el plazo indicado, pasado este, decae el derecho y la indeterminación de un empleo en un suspensión de cargo público, debe fijarse, de lo contrario operaría la interpretación más favorable de cara a los derechos fundamentales del afectado por dicha resolución judicial.

Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

3. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

4. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecido en el apartado anterior.

5. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.

6. Si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.

7. Del mismo modo al establecido en los apartados anteriores se procederá por el Secretario Judicial cuando se precise aclarar, rectificar, subsanar o completar los decretos que hubiere dictado.

8. No cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del Tribunal o del Secretario Judicial.

9. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla.”

2.9. Excusa absolutoria específica en el delito de cohecho.

El artículo 426 se mantiene en los mismos términos en la reforma de 2015, que en la anterior de 2010, contiene una excusa absolutoria que tiende a ofrecer la impunidad al corruptor obligado, no a quien corrompe de modo ocasional³⁶⁷, así pues “quedará exento por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.”³⁶⁸

Dicha excusa absolutoria, tendrá eficacia como consecuencia jurídica en la no imposición de la pena del delito de cohecho cometido por un particular cuando éste haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente por parte de un funcionario y denuncie los hechos en un plazo determinado³⁶⁹.

³⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 1224.

³⁶⁸ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

³⁶⁹ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

artículo 427 bis, con la siguiente redacción:

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

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

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

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

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

2 meses desde la fecha de la solicitud de la dádiva y antes de que se produzca la apertura del procedimiento penal, es el plazo estipulado para poder actuar al respecto.

El requisito de la ocasionalidad supone que el implicado no había participado con anterioridad de la dinámica delictiva de cohecho; no se da, por ejemplo, este requisito si el sujeto había recibido un pago periódico de dinero en concepto de dádiva y sólo a partir de un determinado momento decide denunciar³⁷⁰. (AP Burgos 11-3-04, EDJ 202223).

Por lo que se refiere a la denuncia, no se exige que sea formalizada, sino que basta con la puesta en conocimiento de los hechos ante la autoridad que tenga el deber de su averiguación. En la medida en la que no se exige a todo ciudadano que sepa qué es o quién es una autoridad, basta con que se trate de una persona que ostente poder o mando, lo que incluye, por ejemplo, al jefe de una oficina municipal³⁷¹. (AP Madrid 2-3-06, EDJ 57210)

Defiendo que dicho artículo es de gran utilidad, pero a la figura del particular que pone en conocimiento dichos hechos, sería conveniente darle un tratamiento de testigo protegido, ya que las represalias que puede sufrir por denunciar la situación, son incalculables, no debemos olvidar que desde que se denuncian los hechos hasta que se juzgan en la mayoría de los casos pasan muchos años y en ocasiones, la lentitud de la Justicia unido a la desprotección jurídica, puede hacer dudar al particular, de cara a la colaboración con la Administración de Justicia.

³⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de marzo de 2004.

³⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2006.

CAPÍTULO NOVENO. INCIDENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL EN EL DELITO DE COHECHO.

Una de las aportaciones de la Reforma del Código Penal de 2015 en la penalidad del Delito de Cohecho, ha sido la inclusión de la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y sus incidencias, para analizar dicha afección, debo remitirme a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General modificada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero³⁷², en esta normativa se establece que en su artículo 3 que carecen de derecho de sufragio:

“Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.”

El artículo 6.2 de la mencionada ley preceptúa que son Inelegibles:

- a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena.
- b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.

La reforma que operó en el 2011 en la citada Ley de Régimen Electoral introdujo un nuevo apartado 4 dentro del artículo 6 que establece lo siguiente³⁷³:

³⁷² Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General modificada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-1639.

³⁷³ *Ibidem* Artículo 6.4.

“Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de incompatibilidad se registrarán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral. “Es causa de inelegibilidad la condena por sentencia aunque no sea firme en los delitos contra la Administración Pública (artículos 404 a 445 del Código Penal), entre los que se encuentra el delito de Cohecho, los condenados a suspensión para el empleo o cargo público, pero también a pena de inhabilitación

“Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de incompatibilidad se registrarán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral.”

Es causa de inelegibilidad la condena por sentencia aunque no sea firme en los delitos contra la Administración Pública (artículos 404 a 445 del Código Penal), entre los que se encuentra el delito de Cohecho, los condenados a suspensión para el empleo o cargo público, pero también a pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, es por lo que, es lógico que una hipotética condena por un delito de cohecho del artículo 419 o 420 del Código Penal lleve inmersa tanto la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo como la suspensión de empleo y sueldo, de lo contrario no podríamos encontrar con circunstancias como las acaecidas en el municipio de Alhaurín el Grande en Málaga, donde su Alcalde y el Concejal de Urbanismo fueron condenados por la Audiencia Provincial de Málaga y ratificado por el Tribunal Supremo Sentencia 684/2013 de 3 septiembre de 2013³⁷⁴, donde cumplida la suspensión de empleo y sueldo por el tiempo de la condena, que fue diez meses, el Alcalde y el Concejal de Urbanismo, se incorporaron a su cargo, y

para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, es por lo que, es lógico que una hipotética condena por un delito de cohecho del artículo 419 o 420 del Código Penal lleve inmersa tanto la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y para el empleo y sueldo.

³⁷⁴ Tribunal Supremo Sentencia 684/2013 de 3 septiembre de 2013.

“En un asunto de corrupción denominado Caso Troya por un delito de cohecho a la pena de multa de 200.000 euros y suspensión de empleo y sueldo por 1 año, esta condena fue penada según lo preceptuado en el Código Penal de 1995, por ser los hechos anteriores a la reforma de 2010. Pues bien, una vez firme la sentencia el Alcalde y su Concejal cumplen su suspensión de un año de empleo y cargo público, el regidor mientras cumple la pena nombra Alcaldesa Accidental a la Primera Teniente de Alcalde y cumplido el plazo indicado se incorpora a su puesto, se presenta a los comicios de 2015 y en la actualidad ha sido elegido nuevamente Alcalde de su municipio. Si el artículo 3 de la Ley de régimen electoral recoge que carecen de sufragio los condenados a la privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento, con la inclusión de esta pena en el artículo 419 y como posteriormente indicaremos en el artículo 420 tras la reforma de 2015, se elimina la posibilidad de que ocurran circunstancias como la mencionada en el municipio de Málaga indicado, pero es más, la introducción del apartado 4 del artículo 6 de la Ley de Régimen Electoral General, refuerza más la introducción de la pena de derecho de sufragio pasivo en el delito de cohecho, por tanto en cuanto, las causas de inelegibilidad lo serán de incompatibilidad, de ahí que un condenado a suspensión de empleo y sueldo y a inhabilitación para derecho de sufragio pasivo si es inelegible para cargo público también será incompatible con su puesto, evitando el ejemplo anteriormente descrito y que permanezca en su puesto hasta que la sentencia sea firme.”

a los pocos meses, el Alcalde fue candidato a las elecciones municipales de 2015, ganando las mismas y siendo elegido nuevamente Alcalde-Presidente.

Esta previsión es una excepción a lo previsto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁷⁵ y en el artículo 3.1 del Código Penal³⁷⁶, según los cuales solo se pueden ejecutar las sentencias condenatorias firmes.

Esto como he indicado choca de forma clara con lo previsto en el artículo 6.2 de la Loreg, ya que no hay que esperar la firmeza de la sentencia para empezar a ejecutarla pena impuesta. Es evidente la incompatibilidad entre el delito de cohecho y el desempeño de un cargo público, es significativo destacar que el endurecimiento de la respuesta penal frente a la conductas más graves de cohecho pasivo cometidas por un funcionario o persona asimilada se complementa con la previsión especial en

³⁷⁵ Real decreto de 14 de Septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consultado en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.

“Artículo 988.

Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o el Tribunal que la hubiera dictado.

Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario, desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.

Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley.”

³⁷⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

“Artículo 3.

1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.”

materia de libertad condicional, así pues el artículo 90.4 del Código Penal³⁷⁷, preceptúa que podrá denegarse aquella cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración

En otro orden, nos podemos encontrar con instrucciones judiciales muy complejas y lentas, empezadas con anterioridad al año 2011, que fue cuando la Ley Orgánica de Régimen Electoral General introdujo el cambio que estamos criticando y analizando. Por lo tanto, la normativa de aplicación sería en virtud del artículo 9.3 de la Constitución Española, la más favorable, es decir la no inclusión de la pérdida inmediata del cargo por sentencia condenatoria no firme por delito de cohecho, esta cuestión está generando muchas dudas jurídicas a pesar de que la Jurisprudencia Constitucional es muy clara.

Aunque no hay aquí ningún margen legítimo de interpretación a mi juicio, justifico mi defensa, como precedentemente he manifestado en la consolidada jurisprudencia constitucional que establece, que en todo caso debe prevalecer la interpretación de las normas más favorable a los derechos fundamentales y a su efectividad, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional STC 116/2008, de 13 de octubre³⁷⁸.

³⁷⁷ Vid. Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

“Artículo 90.4

4. El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

³⁷⁸ Sentencia Tribunal Constitucional 116/2008, de 13 de octubre.

“Ciertamente, el art. 223.1 LOPJ, en la redacción originaria aplicable al caso, no establecía un concreto plazo para el ejercicio de la facultad de recusar hoy fijado en diez días por lo que el criterio del órgano judicial de que la recusación hubo de formularse el mismo día en el que se obtuvo conocimiento de la identidad los Magistrados intervinientes, no es una aplicación contra legem del precepto. Pero, como recordábamos en el ATC 26/2007, de 5 de febrero (FJ 1), el acto procesal de la recusación “tiene una finalidad autónoma, vinculada a la garantía de imparcialidad del juzgador ... Ello tiene especial relevancia en consideración al principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos constitucionales

Como quiera que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho fundamental, la protección del mismo es máxima, de manera que ante toda duda interpretativa es necesario mantener una garantía total con el ejercicio del derecho, o lo que es lo mismo, que las normas que fijan límites al contenido material del derecho, como son las causas de inelegibilidad o incompatibilidad, en tanto en cuanto son excepciones o al menos desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido. En esta cuestión profundizaré en las conclusiones.

sin perjuicio de que en este caso la imparcialidad opere como una garantía del proceso que, como reiteradamente hemos indicado, obliga a que, entre las diversas interpretaciones posibles, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, debamos optar por aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado (SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 5; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4; y 26/2006, de 30 de enero, FJ 9)”.

TOMA DE POSTURA

He de destacar, que la Reforma del Código Penal de 2015 no ha sido muy considerable, ya que la anterior modificación de 2010, fue de profundo calado, incrementó notablemente las penas, simplificó su regulación y el cohecho pasivo propio se agrupó con sus distintas modalidades en un solo artículo, introdujo modalidades como el retraso malicioso de los actos administrativos, y nuevas figuras como el cohecho entre particulares. Es por ello que la modificación reciente como he destacado en este capítulo mantiene esos cambios normativos y sólo en algunos artículos aumenta las penas de suspensión de empleo y sueldo, acrecentando la mínima y a tenor de la modificación de la Ley de Régimen Electoral General de 2011 introduce como pena también la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.

Ello tiene su explicación, motivada según mi punto de vista en el hecho de evitar que una persona condenada en el ejercicio de funciones públicas pueda ser de nuevo elegida, paso a detallarlo.

Puede ocurrir que un cargo público, sea condenado por cohecho a inhabilitación especial para empleo o cargo público, y si como sucede en la mayoría de los casos, la sentencia no establece qué tipo de empleo o cargo público afecta a la persona condenada, la falta de concreción de la pena, y una aplicación estricta del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que las sentencias deben interpretarse en su sentido término, unido a la numerosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, STS 1 de julio de 2011 y del Tribunal Constitucional SSTC 163/2003, de 30 de junio, destacada en este capítulo, provocaría que dicha condena fuese inejecutable, es más, el afectado en cuestión podría volver a presentarse a unos comicios, bien sean locales, autonómicos o generales, cito nuevamente el ejemplo del diputado de EH Bildu, Iker Casanova, que en la actualidad es diputado en el Parlamento Vasco, por no concretar la sentencia que lo condenaba a suspensión de empleo o cargo público, el cargo que afectaba,

pero a mayor abundamiento, puede ocurrir que la sentencia establezca inhabilitación para el cargo de concejal de un ayuntamiento y no por ejemplo, para ser elegido diputado autonómico, senador, diputado nacional, de ahí que, un condenado en sentencia firme como concejal puede seguir desempeñando cargos públicos, muy acertado me parece la inclusión en el delito del cohecho, de aplicar la pena de inhabilitación para sufragio pasivo, la cual viene a solventar la casuística anteriormente descrita, ya que ante una falta de concreción de pena o una inhabilitación para un cargo sin especificar, la nueva inhabilitación introducida en la reforma del Código Penal de 2015 para sufragio pasivo, cierra las puertas a que pueda un condenado por cohecho presentarse a cualquier cargo público de carácter político.

Indicar particularmente y de modo muy personal, que algunos parámetros incluidos en la Ley de Régimen Electoral General, concretamente en su artículo 6.2 y 6.4, pueden ser objeto vulneración de derechos fundamentales, ya que la sentencia en primera instancia no firme por un delito contra la Administración Pública, como por ejemplo el cohecho, es causa para perder automáticamente el cargo. Varias preguntas me hago, ¿qué pasa si en segunda instancia es absuelto?, ¿quién repara el perjuicio causado? Pienso que tal y como están estipulados, los citados artículos de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General vulneran flagrantemente el artículo 24 de la Constitución.

1.- “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

2.- “Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.” La Ley

regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Pero también el artículo 9.3 de la Constitución Española, que impone *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*, la interpretación del mencionado artículo colisiona con la aplicación propia de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General ya que pueden darse varias casuísticas.

Que un condenado por un delito de cohecho en primera instancia, pierda de forma automática su cargo y posteriormente se resuelva a su favor el recurso de apelación, acordando la absolución al respecto, de ahí que el perjuicio es irreparable y choca frontalmente con el principio de presunción de inocencia hasta que haya una sentencia firme, y con los artículos 3.1 del Código Penal y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Otro supuesto meritorio de señalar sería el hipotético caso de unas diligencias previas iniciadas antes del año 2011, que fue cuando la Ley Orgánica de Régimen Electoral General introdujo el cambio que estamos analizando, pero juzgadas en años posteriores. Por lo tanto, la normativa de aplicación definiendo debería ser en virtud del artículo 9.3 de la Constitución Española, la más favorable, es decir la no inclusión de la pérdida inmediata del cargo como consecuencia de una sentencia condenatoria no firme por un delito de cohecho, esta cuestión no es pacífica y puede ocurrir que a pesar de ser posterior la entrada en vigor de la norma electoral pueda perder el cargo electivo. Este asunto lo trataré más detenidamente en las conclusiones.

Debo también destacar la aparición de nuevas figuras en el tráfico jurídico como los administradores concursales y los mediadores, como sujetos responsables del delito de cohecho, que hasta la reforma del Código Penal del año 2015, su conducta era discutible dentro de esta modalidad delictiva, pero su implicación en asuntos públicos en los últimos años no es ajena a tentativas de cohecho, de ahí su

inclusión como responsables por un anormal funcionamiento en el desempeño de sus funciones dentro de su papel en la vida jurídica.

Y es muy acertada su inclusión, porque a nadie se le escapa dada la gran cantidad de concursos de acreedores que viene sufriendo nuestro país desde el año 2007 hasta la actualidad, con empresas muy importantes en cuanto a activos de bienes en circunstancias de insolvencia, con administradores concursales designados de forma un poco ortodoxa por los Magistrados, en tanto en cuanto, que existe mucha discrecionalidad en los nombramientos, pero especialmente con una gran libertad a la hora de tasar inmuebles y proceder posteriormente a la venta, de ahí que muchos empresarios con empresas concursadas hayan denunciado a los administradores por vender presuntamente muy por debajo de mercado significativos bienes a otras empresas y ello da lugar a especulaciones en cuanto a los motivos de vender a tan bajo precio, con la excusa de la necesaria liquidez para la empresa.

En términos parecidos ocurre con los mediadores, procedimiento por el cual de una forma sencilla y sin formalismos, las partes implicadas buscan una solución a un conflicto a través de un mediador imparcial y sin capacidad para tomar decisiones, pero cuando el asunto es de gran calado y se ha aceptado la mediación, el margen de maniobra de este último es muy importante, y aparecen inquietudes en cuanto a si puede ser objeto de tentativa de soborno, es por ello, que su reflejo en dicho artículo como responsable, me parece bastante justificado.

Por último, ante la indefinición y falta de concreción de las circunstancias concretas, podría y tendría sentido, excusarse el funcionario ante la recepción de un regalo, en que estaba actuando dentro de los parámetros del ejercicio legítimo de su cargo previsto en el artículo 20.7 del Código Penal, a mayor abundamiento, nos podemos encontrar que un responsable público reciba una dádiva y crea que su actuación es correcta, justificada, o en su caso, en virtud del artículo 14 del Código

penal, piense que se encuentra ante un error de prohibición, *ignorantia legis neminen excusat*.

Una solución hubiera sido aclarar la indefinición del concepto de regalo, habiéndolo completando con la definición de usos sociales, habituales o de cortesía, tal y como debería haber establecido la Ley de Transparencia, para ello se podría haber utilizado la figura de las normas penales en blanco, que son aquellas cuya disposición viene consignada en otra norma de carácter no penal, sea del mismo rango legislativo o de rango inferior, en estos casos, la norma penal establece la sanción y hace una remisión explícita o implícita a otra norma (no penal) que completa a la norma penal, podría haber sido útil dicha figura y evitar el arbitrio del instructor en estos casos, cuestión que ha sido tratada, no en profundidad, pero si con mayor eficacia que en el presente supuesto, con la tipificación del delito de financiación de partidos políticos y la aplicación de la Ley de Financiación de los mismos, que resaltaré en las conclusiones de este trabajo.

Para concluir, debo manifestar, que las dudas jurídicas sobre si unos mismos hechos puedan ser catalogados como un presunto cohecho y un incumplimiento de los principios recogidos en la Ley de Transparencia, puede conllevar lo que destacaba como, “*ne bis in ídem*”, coincido con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y considero que debe prevalecer la aplicación del derecho penal sobre el procedimiento administrativo sancionador aplicable, pero no debemos olvidar, que tal y como la Ley de Transparencia, preceptúa la limitación de los regalos, entiendo que la figura del cohecho pasivo impropio por razón del cargo prevista en dicho texto normativo, pierde parte de su eficacia, y surgen principios básicos del derecho que se pueden alegar ante una conducta que al no estar clara, puede ser objeto de investigación tanto en vía penal como administrativa, me viene a colación el principio de intervención mínima en materia punitiva, el cual determina la utilización del Código Penal como última ratio del ordenamiento jurídico y su aplicación está reservada para incumplimientos graves de la Ley.

TERCERA PARTE:

CAPITULO DÉCIMO: COHECHO PASIVO IMPROPIO POR RAZÓN DEL CARGO. SIMILITUDES CON LA LEY DE TRANSPARENCIA.

CAPITULO UNDÉCIMO: EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL.

CAPITULO DUODÉCIMO: INICIATIVAS INTERNACIONALES Y EUROPEAS EN RELACIÓN CON LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.

CAPÍTULO DÉCIMO: COHECHO PASIVO IMPROPIO EN ATENCIÓN AL CARGO. SIMILITUDES CON LA LEY DE TRANSPARENCIA.

5. Cohecho Pasivo Impropio por razón del cargo.

1. Breve referencia y evolución histórica sobre el delito de cohecho por razón del cargo.

He querido dedicar un capítulo específico al delito de cohecho pasivo impropio por razón del cargo, por ser dentro las modalidades delictivas del ilícito indicado, la que más se parece y confunde con lo preceptuado en la LTBG. Dicha casuística ha sido objeto de una evolución histórica, como reseñaré.

Con la Reforma de 2010, el art. 422 regulador del llamado cohecho pasivo impropio por razón del cargo o de facilitación, vino a sustituir al anterior art. 426, salvo en la redacción del inciso segundo, «para la consecución de un acto no prohibido legalmente», que desaparecía. Ahora el precepto castiga al funcionario con las penas de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público por tiempo de uno a tres años, a diferencia del anterior art. 426, que castigaba el mismo comportamiento típico con la pena de multa de tres a seis meses. Es evidente el incremento punitivo que supuso la reforma de 2010, recomendado entre otros aspectos en el Informe de evaluación de GRECO³⁷⁹.

³⁷⁹ Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa. Consultado en: www.coe.int › Human Rights and Rule of Law.

Pero debe recordarse que el art. 390 CP 1973 ya castigaba dicho comportamiento típico con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pudiera ser inferior a 100.000 pesetas³⁸⁰.

El comportamiento típico, del artículo 422 del Código Penal, hace referencia a la admisión de dádiva o regalo por parte del funcionario público a efectos penales que le sean ofrecidos en consideración a su cargo o función, es decir, en atención no a un acto concreto de su cargo, sino a la generalidad de actos propios de su función. No tienen, pues, contrapartida en la realización de un acto concreto. La expresa utilización del término «dádiva», añadido al vocablo «regalo», es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. Idea presente en algunos de los pronunciamientos del Supremo, como la ya mencionada STS de 13 de junio de 2008 (Rec. 2162/2007³⁸¹) en la que se afirma que, mediante la incriminación de esa conducta, se protege el funcionamiento del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública de los funcionarios que ejercen sus funciones sometidos al imperio de la Ley.

A través de este precepto se pretende reprimir los obsequios hechos al funcionario público, no como premio explícito a un acto anterior al cargo, sino en general como forma de captar su complacencia o para predisponer su ánimo a favor del donante en el ejercicio futuro de su profesión. Se requiere la existencia de una conexión causal entre el cargo o función que se desempeña y la admisión del regalo, resaltable es la STS de 3 de febrero de 1994 (Rec. 657/1993)³⁸², en la cual, se condenaba al administrador de un centro penitenciario por admitir comisiones en consideración a su función, o la STS de 21 de enero de 1994 (Rec. 2581/1992)³⁸³, que decía que el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el

³⁸⁰ Vid. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.

³⁸¹ Sentencia Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008 (Rec. 2162/2007).

³⁸² Sentencia Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1994 (Rec. 657/1993).

³⁸³ Sentencia Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994 (Rec. 2581/1992).

sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario, esto es, que solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga, le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito.

La STS de 13 de junio de 2008 (Rec. 2162/2007)³⁸⁴, además de exigir la concurrencia de tres elementos; el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; la aceptación por éste de dádivas o regalos, y una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, mantuvo la condena por este precepto a dos guardias civiles que no abonaban las consumiciones ni los servicios sexuales de las mujeres que trabajaban en un club en atención a su condición de guardia civiles. En el mismo sentido se pronunció el STS de 17 de mayo de 2010 (Rec. 2172/2009)³⁸⁵, que revocó el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de agosto de 2009 caso *trajes de Camps* como más adelante analizaré.

Si la dádiva o regalo es de entidad menor, cabe afirmar la atipicidad por los principios de insignificancia o de adecuación social. Ello sucede cuando la dádiva es de un valor tal que en modo alguno está en situación de influir en el ejercicio de la función pública, constituye un mero regalo de cortesía por lo que se limita a representar un comportamiento no sujeto a reprobación social³⁸⁶, extremos que serán analizados en el capítulo siguiente.

En el presente precepto se añade «en provecho propio o de un tercero», así como «por sí o por persona interpuesta». Dichos elementos ya eran exigidos por doctrina y jurisprudencia respecto del anterior art. 426, pero se mejora la anterior redacción. No se utilizan en el presente art. 422 los términos «favor o retribución de cualquier clase», sino que se mantienen los mismos términos del anterior art. 426.

³⁸⁴ Sentencia Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008 (Rec. 2162/2007.)

³⁸⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010 (Rec. 2172/2009.)

³⁸⁶ PRECIADO DOMÉNECH, C.H. *La Corrupción Pública en la Reforma del Código Penal de 2015*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág. 142.

En términos rigurosos el cohecho pasivo impropio, desde la reforma de la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, se regulaba dicha modalidad delictiva en el siguiente sentido, “*la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente*”³⁸⁷.” Nuestro Código Penal de 1822, siguiendo hasta cierto punto las huellas del código Penal francés de 1810³⁸⁸, dedicó un capítulo a «los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público» y otro a «las extorsiones y estafas cometidas por los funcionarios públicos».

La configuración del cohecho del código Penal de 1822 no fue alterada con la reforma de 1850, pero sí con el Código Penal de 1870, cuyos términos fueron reproducidos, casi literalmente, por el código Penal, texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973; de 14 de septiembre (CP 1973)³⁸⁹, si bien debemos tener en cuenta en este telegráfico apunte normativo histórico que, con referencia al cohecho pasivo impropio, fue con la reforma que sufrió el código de 23 de diciembre de 1944 cuando, a la mera aceptación de regalos presentados en consideración al oficio, se añadió o «para la consecución de un acto justo», antecedente del actual “para la consecución de un acto no prohibido legalmente». El Código Penal de 1928, con respecto a los regalos en consideración al oficio, restringía el delito a los supuestos en que «el valor intrínseco realizable desvirtuare el carácter de ofrenda honorífica a los servicios de índole general» prestados por el funcionario³⁹⁰. Con lo cual, el texto punitivo de la dictadura del General Primo de Rivera, introducía una limitación relacionada con el valor intrínseco de la dádiva; se podía pensar que si éste era

³⁸⁷ Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal y se introduce en él un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias. Consultado en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-7735

“Artículo 390.

El funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas.”

³⁸⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal. Parte Especial*. 10ª Edición. Ed. Dykinson. Madrid 1987, pág.1167.

³⁸⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Ibidem*.

³⁹⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Ibidem*.

excesivo, el regalo se daba por motivos distintos a los relacionados de alguna forma con honores y protocolos.

Entrando en materia, debo resaltar que la ya expuesta Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994³⁹¹, establece que el cohecho impropio, también denominado por algunos "no corruptor" con evidente error de adjetivación, pues toda conducta tendente a perturbar el correcto e íntegro ejercicio de su función por quien tiene encomendadas tareas públicas contiene en sí un elemento corruptor es, sin duda la modalidad más leve de cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular delictivo o simplemente injusto propio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos en atención al cargo o función que desempeña o para recompensar o conseguir la ejecución de actos debidos (y, por ende, justos) que, como tales, no tienen por qué ser remunerados por los particulares. Pero, en cualquier caso, se trata de actos impropios de la deontología de los funcionarios públicos que, tanto por la lealtad debida a la Administración pública de la que forman parte, como por ejercer funciones en favor de la comunidad social que los retribuye, deben dar el máximo ejemplo de decoro e integridad.

Por ello, esta figura presenta algunas notas propias o singulares que la caracterizan frente al cohecho propio. Primero, que no se exige del funcionario la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio del cargo, sino que basta con que el regalo sea ofrecido en consideración a su función; segundo, que por lo mismo esta figura pierde generalmente el carácter bilateral o bifronte que es parte del cohecho propio, en el que se sanciona tanto al sujeto activo como al pasivo, pues viene considerándose que en el tipo del antiguo Art. 390 la acción de quien ofrece el regalo es atípica y, por tanto y tercero y último, que no es suficiente para la consumación del tipo con la solicitud u ofrecimiento de la dádiva, sino que es

³⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994.

exigible su expresa aceptación sin perjuicio de que, como en todo delito de resultado, puedan presentarse formas imperfectas³⁹².

Con respecto al término *en consideración a la función* dentro del delito de cohecho pasivo impropio en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 febrero de 1994³⁹³, donde expresamente se establece que el término «en consideración a su función» “debe interpretarse en el sentido de que por la posición que el cargo público que desempeñaba le otorgaba le ha sido ofrecido la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no hubiese hecho el ofrecimiento, nada impide la existencia del regalo o dádiva, al no exigir el tipo penal que aquellos tengan que suponer un gasto para la persona que hace la entrega.”

En el mismo sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1995³⁹⁴, coincidiendo igualmente con la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1998³⁹⁵, donde se establece que “la conducta del cohecho pasivo impropio exige castigar al particular que trata de corromper la integridad del funcionario ofreciéndole dádivas o presentes al margen y como incentivo añadido a su retribución oficial, poniendo en peligro su imparcialidad u objetividad. Es necesario por tanto, un propósito o dolo específico que matiza e impulsa la acción de la entrega y que no es otra que la de corromper o intentar corromper”.

Cuando la entrega no tenga este propósito, el acto será impune, esta intencionalidad existe siempre que el regalo o dádiva alcance una elevada suma de dinero. El hecho es punible, tanto si la iniciativa corruptora tiene su origen en el particular, como si éste, según se dice en el actual artículo 423.2, atiende o se deja llevar por las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos. Es incuestionable que la entrega al funcionario de una considerable suma de dinero en

³⁹² Vid. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.

³⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994.

³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1995.

³⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1998.

recompensa por haber realizado un acto que inicialmente no ha podido ser calificado como delictivo o injusto.” Teniendo en cuenta la variedad de acciones delictivas autónomas que engloba la figura penal del cohecho (activo, pasivo; propio, impropio), la citada STS de 16 de diciembre de 1998, muy acertadamente dice, que la posible heterogeneidad de las diversas figuras del cohecho es más aparente que real, en cuanto el bien jurídico que tratan de proteger sus diferentes modalidades delictivas, es perfectamente unificable.³⁹⁶

El Supremo, establece que, todas las actividades que revelen la corrupción de los funcionarios públicos, ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado³⁹⁷.

2. Conexión causal.

En el delito de cohecho pasivo impropio es necesaria la conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, así lo establecía la citada STS de 13 de junio de 2008)³⁹⁸, la necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente era la STS 30/1994 de 21 de enero³⁹⁹, cuando precisa que "...el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla. No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos

³⁹⁶ *Ibidem.*

³⁹⁷ *Ibidem.*

³⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008.

³⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 30/1994 de 21 de enero.

de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales.

Hemos de destacar que antes de la reforma del Código Penal operada en 1944, la única conducta tipificada era la aceptación de regalos presentados «en consideración al oficio»; después de la modificación operada en el Texto punitivo, el tipo se completó con el añadido para la consecución de un acto justo⁴⁰⁰.

La constatación de este dato normativo histórico es revelador, por un lado, de la duplicidad de los nexos causales y, por otro, de que la expresión «en consideración a la función» debe ser entendida con absoluta independencia de los actos que el funcionario o autoridad pueda o no pueda realizar a tenor de las competencias que le correspondan.

2.1. En consideración a la función

Es conveniente insistir en que no se exige del funcionario o autoridad la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio de su cargo, sino que basta que el regalo sea ofrecido en consideración de su función, como ya indicábamos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994⁴⁰¹, “la necesidad de este enlace causal entre la entrega del obsequio y el carácter público del receptor se expresa con elocuencia cuando se precisa que el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva el objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha

⁴⁰⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal parte especial*, 10ª edición. Op. Cit., pág.1168.

⁴⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994.

función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiese dirigido e él ofertándole.”

Que la dádiva o regalo deba ser ofrecido en consideración a la función de la autoridad o funcionario no implica, para nosotros, que el término función deba ser entendido como esfera competencial concreta y específica asignada al cargo o puesto de trabajo desempeñado dentro de la organización administrativa, de tal forma que si las pretensiones del donante excediesen de las competencias del receptor por ejemplo, se ofrece la dádiva porque se piensa que el destinatario puede ejecutar determinado acto sin que realmente sea competente para ello, la acción resultaría impune. No pienso que esta interpretación sea correcta con respecto a la primera modalidad de cohecho pasivo impropio, a que, si así fuese, se estarían mezclando componentes de ésta con los de la segunda modalidad, donde no podemos olvidar que la finalidad del regalo es precisamente la consecución de un acto no prohibido; otra cosa es que, como veremos enseguida, tampoco para la apreciación del segundo nexo causal sea necesario que el acto no prohibido a ejecutar sea competencia del que recibe dádiva o regalo. Sí, evidentemente, el regalo se presenta y acepta no en consideración a la función desempeñada por la autoridad o funcionario, sino en virtud, por ejemplo, de relaciones familiares o amistosas, la acción quedaría fuera del perímetro típico del art. 426 CP 1995, como voy a exponer en otro capítulo.

Ahora bien, en el escrutinio de las acciones que surgen en la práctica, ¿cómo distinguir, por ejemplo, si el regalo se ha hecho por meras relaciones amistosas y no en consideración a la función?, solo en el análisis del caso concreto va a ser posible establecer unas diferenciaciones en las que serán determinantes, por ejemplo, la existencia de relaciones personales previas entre el particular y la autoridad o funcionario o los posibles intereses del primero relacionados con el ámbito administrativo donde desempeña su función el segundo⁴⁰².

⁴⁰² ARRIBAS LOPEZ, E. “Sobre del denominado delito de cohecho pasivo impropio.” Publicado por editorial la Ley, 6 de noviembre de 2009, pág. 4 a 8. Consultado en: www.diariolaley.es

Interesante es la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección octava de 1 octubre de 2012⁴⁰³, donde se condenaba por cohecho pasivo impropio al ex alcalde de Manilva D. Pedro Tirado Segura, dicha resolución fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, el cual se pronunció en sentencia número 944/2013 de 11 de diciembre de 2013⁴⁰⁴, desestimando el recurso interpuesto por el ex alcalde y confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Tirado fue acusado inicialmente de cohecho y prevaricación y se le pedían dos años de cárcel y tres millones de multa, el fiscal cambió de criterio y entendió que recibió sobornos de una promotora inmobiliaria no para aprobar ningún acto injusto, sino simplemente para dar luz verde a un convenio urbanístico perfectamente legal. La Sala señaló que no se acreditó que Tirado fuese presionado por los otros acusados para suscribir dicho convenio, pero sí declaró probado que el ex alcalde, su cuñado y el empresario Kujala coincidieron en Madrid para ver un partido de fútbol, pagando la factura del hotel la sociedad Royal Marbella States, "en atención al cargo que ostentaba" de alcalde de Manilva en esos momentos.

2.2. Para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Es el otro posible nexo causal, que la dádiva o regalo se entregue, no ya por mera consideración a la función desempeñada, sino para la consecución de un acto, esto es, para que se desarrolle una determinada actividad. Decía la STS de 7 de octubre de 1993⁴⁰⁵, “la entrega del regalo, a diferencia del cohecho pasivo propio, se realiza para conseguir un acto, tanto si dicho acto, lo ha de realizar el funcionario a quien se efectúe la entrega, como si ha de llevarlo a cabo otro funcionario. Al funcionario, pues, se le entrega el regalo para que consiga que se ejecute el acto pretendido por la persona que lo da, independientemente de a quién corresponda su ejecución. En consecuencia, pueden no coincidir las personas que lo recibe y el que lo ejecuta”.

⁴⁰³ Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 1 de octubre de 2012.

⁴⁰⁴ Sentencia Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013.

⁴⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1993.

En el ámbito del cohecho pasivo impropio, este criterio de la irrelevancia del dato de que no correspondiese al funcionario la ejecución del acto también se referenciaba en la STS 13 de enero de 1999⁴⁰⁶, “dentro de la categoría de actos no prohibidos cabe perfectamente, por ejemplo, que el funcionario o autoridad estuviese obligado, por el mismo desempeño de su cargo o función, a realizar el que se trate, de tal forma que, incluso se hubiese ejecutado igual si no hubiese mediado la dádiva o regalo. Por lo tanto, para la afirmación del tipo y a tenor de lo que acabamos de indicar, poco tiene que ver si el acto cuya consecución se pretende con la entrega de la dádiva o regalo entra dentro del concreto ámbito competencial y funcional de la autoridad o funcionario que lo recibe. En la práctica, habrá ocasiones en que la actividad administrativa pretendida sea propia del que recibe el obsequio y otras en las que no y por distribución competencial corresponda por ejemplo, a funcionarios que jerárquicamente estén situados por debajo de él.”

Si el acto cuya ejecución se pretende con la entrega de la dádiva o regalo entra en la órbita de competencias del que lo recibe, pienso que también es diferente la clase de acto, reglado o discrecional, a ejecutar; basta para estar en presencia de la figura de cohecho pasivo impropio, “que se trate de un acto no prohibido legalmente” porque lógicamente, si lo fuera, entraríamos ya en el terrero del cohecho propio.

Penalidad y Prescripción tanto en vía Penal como Administrativa.

Con respecto a la penalidad contemplada en el presente supuesto hemos de indicar, que las penas previstas son las de prisión de 6 meses a 1 año, y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años⁴⁰⁷. Con la regulación de los plazos establecidos en el artículo 131 del Código Penal, queda el plazo de prescripción previsto de esta modalidad delictiva en 5 años⁴⁰⁸. Muy diferente es lo que establece la Ley de Transparencia, donde en supuesto de hecho casi idéntico del que pena el

⁴⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1999.

⁴⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, parte especial*. 20 Edición. Op. Cit., pág.877.

⁴⁰⁸ GONZALEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª Edición. Ed.Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pág. 1171.

presente artículo, dispone un plazo de prescripción para las infracciones leves de un año, en los casos en los que se incumplan los principios previstos en el artículo 26.2.b de dicha norma, pero más llamativo aún, es la penalidad prevista, que en estos supuestos puede resolverse con una amonestación, es conveniente manifestar la diferencia de ambas conductas semejantes, en cuanto a los autores y el objeto de la misma y la variación de la prescripción dependiendo si decides denunciar en vía penal o en la administrativa, cuestión que reflejaré en las conclusiones.⁴⁰⁹.

CAPÍTULO UNDÉCIMO: EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL.

1. La Adecuación Social.

1.1. La adecuación social según la doctrina Española.

Ciertamente, a veces, pienso, que hay fronteras muy borrosas entre el derecho a la recriminación política o ética y las conductas tipificadas penal o administrativamente. Y el que alguien acabe con una sentencia absolutoria por falta de pruebas o se le archive un expediente sancionador, por ejemplo por prescripción, no debe impedir en una sociedad sana, un ejercicio de defensa de los valores morales y políticos. La crítica política es un elemento insoslayable en una democracia construida sobre el juego de la alternancia en el poder y de la nítida separación entre gobierno y oposición.

Lo que a continuación detallaré, es el debate sobre los regalos a autoridades y funcionarios, o lo que es lo mismo, sobre donde se acaba la

⁴⁰⁹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Exposición de motivos de la citada Ley. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>.

cortesía aceptable y en qué momento se inicia el cohecho; es decir, el que, en apariencia, no espera contrapartida alguna, sin perjuicio de lo establecido con el Código Penal. Porque, ¿hasta dónde llega ese concepto indeterminado del uso social, habitual o cortesía? ¿Una caja de bombones al personal eficiente de un servicio de seguridad Social es admisible y no lo es un jamón a un catedrático comprensivo? ¿Unas flores a una alcaldesa que toma posesión es obsequio permisible, pero no lo es, el mismo ramo enviado a una responsable policial de la lucha antidroga.? El tema, considero, estriba en adivinar la intencionalidad de quien realiza el envío del regalo. Y si se busca dejar constancia de gratitud por una labor bien hecha o si por el contrario se pretende o se busca un trato especial en el futuro.

Dado que la intencionalidad es muy difícil de detectar a priori, la seguridad jurídica aconsejaría que donantes y donatarios potenciales, es decir, todo el mundo, tuviera claro qué regalos, serían considerados merecedores de reproche penal y cuáles no superarían ese límite, esa debería ser la solución y abogo por esa salida jurídica.

Ni rosas, ni plumas, ni chocolate, ni jabugos, ni relojes caros o baratos, ni bolsos, ni trajes, ni pisos, ni coches. Esta pienso puede ser una interpretación, resumida en que la mayor gratitud ante un buen trabajo profesional está en la palabra, o quizás en una carta privada o publicada en la prensa, o más bien en el boca a boca, porque, además, la licitud del comportamiento que se quiere premiar con un presente no exime, de un posible delito de cohecho.

Es cierto, considero, que hay regalos de tan escaso valor material que no puede esperarse de los mismos una contrapartida, se me ocurre un libro de bolsillo. Pero, en ocasiones, lo que puede pretenderse no es solo mostrar reconocimiento sino ganar confianza, proximidad con el gestor público de cara al futuro. Y aquí volvemos a topamos con la intencionalidad de la acción.

Peor es la cosa, si cabe, si hablamos de obsequios en el Poder Judicial. El artículo 395.1 de su Ley Orgánica, en aras de preservar máximo el principio de independencia, prohíbe incluso a Jueces y Magistrados dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos; algo que el artículo 418.3 reputa falta grave. No obstante, todos sabemos que hay jueces estelares o no tanto que felicitan a políticos o firman manifiesto en su contra, o que no tienen empacho en recibir, estando en activos, honores y reconocimientos de gobernantes. Mal asunto porque si miedo dan las dádiva del particular, más temor infunden los agasajos de un responsable público, con el poder que impera la actuación de un Magistrado. Claro que si un juez es homenajeado por un dirigente autonómico o municipal siempre podrá decir que lo acepta en su condición de ciudadano modélico⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

“Artículo 395.

No podrán los Jueces o Magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, y les estará prohibido:

1. ° *Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicos que no tengan carácter judicial, excepto aquéllas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial.*

2. ° *Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal. Esto no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos*

Artículo 418.

Son faltas graves:

1. *La falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se le dirija o con publicidad.*

2. *Interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez o magistrado.*

3. *Dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de juez, o sirviéndose de esta condición.*

4. *Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción.*

5. *El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial.*

6. *La utilización en las resoluciones judiciales de expresiones innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico. En este caso, el Consejo General del Poder Judicial solo procederá previo testimonio deducido o comunicación remitida por el tribunal superior respecto de quien dictó la resolución, y que conozca de la misma en vía de recurso.*

La mayoría de los autores que posteriormente citaré, coinciden en señalar que no todos los regalos son iguales. Un bolígrafo, no tiene gran valor a estos efectos, pero trajes de 12.000 euros, sí. El límite de los correctos no está escrito en ninguna parte; cualquier regalo desborda la ética pública, pero sólo los que tienen valor económico pueden dar lugar a un delito. Un billete de lotería, argumenta, puede estar dentro de lo socialmente tolerado, pero no una suma en metálico, da igual que sean 1.000 euros o 40.000, de nuevo he de repetir que, quizás lo más importante no es la cantidad o valor del regalo, sino la intencionalidad con la que se ofrece o entrega.

7. Dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden.

8. Revelar el juez o magistrado y fuera de los cauces de información judicial establecidos, hechos o datos de los que conozcan en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del artículo 417 de esta ley.

9. El abandono del servicio o la ausencia injustificada y continuada por más de tres días naturales y menos de siete de la sede del órgano judicial en que el juez o magistrado se halle destinado.

10. El incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados, cuando no constituya falta muy grave.

11. El retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el juez o magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave.

12. El incumplimiento o desatención reiterada a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Salas de Gobierno, o la obstaculización de sus funciones inspectoras.

13. El incumplimiento de la obligación de elaborar alarde o relación de asuntos pendientes en el supuesto establecido en el apartado 3 artículo 317 de esta ley.

14. El ejercicio de cualquier actividad de las consideradas compatibilizables a que se refiere el artículo 389.5.º de esta ley, sin obtener cuando esté prevista la pertinente autorización o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados.

15. La abstención injustificada, cuando así sea declarada por la Sala de Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221.3 de esta ley.

16. Adoptar decisiones que, con manifiesto abuso procesal, generen ficticios incrementos del volumen de trabajo en relación con los sistemas de medición fijados por el Consejo General del Poder Judicial.

17. Obstaculizar las labores de inspección.

18. La comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionado anteriormente por resolución firme por otras dos leves sin que hubieran sido canceladas o procedido la cancelación de las correspondientes anotaciones, conforme a lo establecido en el artículo 427.”

Según INÉS OLAIZOLA⁴¹¹, lo importante no es la cuantía de la dádiva, sino el hecho de que se entregue para que un funcionario público cometa un delito. Por eso es irrelevante, subraya, cuando el regalo se entrega a alguien por, un acto propio de su cargo. No es necesario que la dádiva y el acto oficial estén en relación de equivalencia o de proporcionalidad, es suficiente con que objetivamente, desde el punto de vista del hombre medio ideal sea apto para motivar al funcionario. Se excluyen por tanto los pequeños regalos normales, según las reglas de la educación o de la cortesía, no solo porque el donante no busca que el funcionario realice un determinado acto oficial, sino porque además se trata de obsequios que no tienen capacidad objetiva de corromper al responsable público, no cualquier obsequio va a ser adecuado para constituir una dádiva, sólo los capaces objetivamente de motivar al servidor público a actuar, argumenta OLAIZOLA⁴¹².

En el caso de los famosos trajes del Ex presidente de la Generalidad Valenciana, Francisco Camps, sentencias que voy a tratar a continuación, se razona, que hay que demostrar que dichas prendas se recibieron a cambio de un compromiso para favorecer a alguien, bien se trate de una persona física, de una empresa o de un partido. Demostrar la conexión no es lo más difícil. Es cuestión de indagar.

Cualquier regalo desborda la ética pública, asegura RODRÍGUEZ PUERTA⁴¹³, la recepción de regalos está prohibida bajo determinadas circunstancias. Si el regalo se entrega en consideración a la función que desempeña quien lo recibe, la regulación española del cohecho es muy compleja, poco clara y hace muy difícil la tarea de los tribunales.

Para VALEIJE ALVAREZ⁴¹⁴, cualquier regalo, puede tratar de predisponer una decisión. En su opinión, la principal circunstancia para establecer que existe cohecho sería que, quien realiza el regalo tenga intereses que dependen de las

⁴¹¹ OLAIZOLA NOGALES, I. *El Delito de Cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999, pág. 345.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Pena del Soborno de Funcionarios*. Op. Cit., pág 180.

⁴¹⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento Penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*. Ed. Edersa. Madrid 1996, pág. 144-145.

competencias del funcionario público. El mero hecho de aceptar dádivas de quien solicita licencias o contratos ya es sospechoso y pone en entredicho la ética de quien lo hace. El que acepta regalos de los administrados, difícilmente permanece imparcial el día que tiene que tomar una decisión al respecto sobre un tema inherente a su función pública.

Según BLANCO CORDERO⁴¹⁵, la asistencia a espectáculos (tales como eventos deportivos y culturales) es por lo general una “dádiva o regalo” (no se hace referencia, como en otros delitos de cohecho, a la retribución de cualquier especie). Ambos conceptos dádiva o regalo son muy amplios y abarcan todas las prestaciones a las que el funcionario público no tiene derecho legal y que mejoran de manera objetiva su situación económica, jurídica o incluso personal. Es suficiente una mejora personal, no siendo necesario que el aceptante obtenga con ella un beneficio económico. La doctrina intenta realizar una interpretación restrictiva de estos términos, exigiendo que la dádiva o regalo presenten una capacidad o adecuación para doblegar la voluntad imparcial de futuro del funcionario con relación a su función pública.

Por el contrario, como he señalado en la Jurisprudencia citada en capítulos anteriores, entiende que la expresa utilización del término “dádiva”, añadido al vocablo “regalo”, evidencia el deseo legislativo de despejar cualquier duda sobre lo innecesario de un significado retributivo por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se obsequia al funcionario receptor. Pues bien, la asistencia a eventos (tales como eventos deportivos y culturales) es por lo general una “ventaja” en el sentido de estos delitos».

Y el mismo autor *expone*, que se ha de elevar el listón de la adecuación social. Ya basta de oír a representantes políticos decir que los bolsos de marca o los relojes de alta gama son regalos socialmente adecuados. Precisamente el descrédito de lo público en la sociedad reduce el círculo de las invitaciones y regalos que ésta

⁴¹⁵ BLANCO CORDERO, I. *Hospitalidad e invitaciones a empleados públicos y privados: riesgo penal y cumplimiento normativo empresarial, en Corrupción Pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015, pág 75.

considera apropiados. Y ello conduce también a subir el límite cuantitativo de cara a la aplicación del criterio interpretativo de la insignificancia. No es fácil dar una cifra, pero una horquilla entre 50 y 100 euros puede servir de referencia⁴¹⁶.

Coincido con lo defendido por este autor, en tanto en cuanto, se hace necesario limitar y aportar una cantidad, puede ser un punto de partida necesario, además armonizado y en términos parecidos con lo defendido por otras iniciativas públicas.

ARRIBAS LÓPEZ⁴¹⁷, considera que debiera definirse el delito bajo criterios cuantitativos; con respecto a las dádivas o regalos, resultaría necesaria la modificación normativa del tipo del cohecho pasivo impropio para limitar la incriminación a las conductas que desborden los márgenes de lo socialmente adecuado. Dentro de las acciones no admitidas por los usos y costumbres sociales, sería procedente diferenciar, en orden a su respectiva gravedad, entre delitos y faltas utilizando un criterio cuantitativo de valoración de la dádiva o regalo. Evidentemente, si se propugna que en el futuro la Ley debería fijar un límite cuantitativo es por no existir el mismo en la normativa actual, extremos con los que me identifiqué y que serán tratados en las Conclusiones.

Para GIMBERNAT ORDEIG, dentro de los “usos sociales” hay que incluir, por ejemplo, y por la permanencia que tales costumbres tuvieron en su día, el aguinaldo con el que se obsequiaba a los carteros en las fiestas navideñas. Y, en la actualidad, deberían considerarse también dentro de las “normas de cortesía”, los eventuales regalos a autoridades y funcionarios de ramos de flores, cajas de bombones, etc.... Por lo que se refiere al concepto jurídico indeterminado de “usos sociales”, y tal como ha fijado el TS con otros conceptos de esa clase la “especial gravedad” de la estafa la ha establecido el TS en más de 36.000 euros; en otro orden, la “notoria importancia” en el tráfico de cocaína se ha determinado en 750

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ ARRIBAS LÓPEZ, E. “Sobre el denominado delito de cohecho pasivo impropio.”(Diario la Ley 19352/ 2009) Madrid 6 de Noviembre de 2009, pág. 8.
Consultado en: www.diariolaley.es.

gramos, un avance podría ser y que no están incluido dentro de los “usos sociales,” limitar los obsequios que tengan un valor superior al menos a los 600 euros⁴¹⁸.

MARAÑA SÁNCHEZ⁴¹⁹, en su conocida serie de artículos en clave constitucional, dedica uno al tema titulado “*Regalos no, gracias*” expone sus «ideas a favor de la tolerancia cero respecto a los regalos de empresas y particulares, casi siempre interesados, a empleados públicos y a políticos, con poder de influencia en las decisiones de la administración pública o que toman las decisiones, sean muchos o pocos los casos, por la innecesariedad e injustificabilidad del regalo sin más, y porque el regalo no es la vía más apropiada para que los ciudadanos tengan confianza en sus servidores públicos.

No se trata, a mi juicio, como propone el coordinador del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (RSC)⁴²⁰, de regular el importe máximo que las empresas pueden gastar en regalos para autoridades públicas, con el fin de evitar conflictos de intereses. Entiendo que no se trata de una cuestión de cantidades sino de conceptos claros y de respeto a la CE, de lo que hablaré más tarde.

En definitiva, opina MARAÑA SÁNCHEZ, no hay regalos sin más y que lo cortés sí quita a veces lo valiente. En este tema la experiencia enseña que la prevención es también muy importante y así nos lo recuerda el aforismo de que

⁴¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E. “El endiablado cohecho impropio”, publicado en el periódico el mundo, 5 de julio de 2010, p. 23. Consultado en:

http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1043319.

⁴¹⁹ MARAÑA SANCHEZ, J. “Regalos no, gracias,” el Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, número 24, Madrid Quincena del 30 Dic. 2009 al 14 Ene. 2010, pág. 3637 y ss.

⁴²⁰ Observatorio Responsabilidad Social Corporativa. Consultado en:

<http://observatoriorsc.org/inicio/quienes-somos/>.

“El Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (Observatorio de RSC), es una organización sin ánimo de lucro que nace en el año 2004 de la mano de varias organizaciones de la sociedad civil con el objetivo de trabajar en el impulso de la correcta aplicación de la responsabilidad social corporativa (RSC). Desde sus inicios funciona como una plataforma para la cooperación e investigación para potenciar la RSC en las empresas, de sensibilización y de seguimiento de las políticas públicas y sus aplicaciones prácticas. Los socios del Observatorio de RSC son organizaciones de la sociedad civil con un amplio respaldo social que trabajan por la transformación social: ONG, asociaciones de consumo y sindicatos. Todas ellas trabajan en diferentes ámbitos de la responsabilidad social y legitiman con su apoyo la necesidad de esta plataforma para el impulso de la RSC en la sociedad.”

“más vale prevenir que curar”, porque “de aquellos lodos estos pozos”. Como en otras muchas cosas en la vida uno sabe dónde comienza, pero no dónde puede acabar ⁴²¹.

VÁZQUEZ-PORTOMENE⁴²², determina la distinción entre regalos socialmente inadecuados, por implicar el enriquecimiento del funcionario (una pulsera de oro, un lujoso maletín de piel o la invitación para asistir a un congreso en el extranjero), y pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual (una caja de bombones entregada al médico de cabecera con motivo de su onomástica o el pen drive con que se obsequia a quienes intervienen en una reunión) no permite seleccionar, con la necesaria seguridad jurídica, el ámbito de lo penalmente relevante.

El criterio de la condición económica del regalo puede servir de base para elaborar un catálogo de directrices o pautas de actuación destinadas a los empleados públicos⁴²³, en general, tal y como ha sucedido en países como Portugal⁴²⁴ y Suecia, pero no permite dar cuenta ni mucho menos de todos los supuestos controvertidos.

Por otra parte, dar concreción a los usos sociales en materia de regalos a los funcionarios a partir de su puesta en relación con la cuantía de aquellos no se compeadece bien con la denominada teoría cualitativa de la dádiva suscrita por la reforma penal del año 2010 y que cuenta, además, con el respaldo de los arts. 2 y 3 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3

⁴²¹ MARAÑA SANCHEZ, J. “Regalos no, gracias”, el consultor de los Ayuntamientos, número 24, 2009, pág. 3637 y ss.

⁴²² VÁZQUEZ PORTOMENE SEIJAS, F. “Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época. Número 6. Universidad de Educación a Distancia, pág. 161.

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ La iniciativa portuguesa reviste especial interés, considerando que el Código penal de dicho país otorga carta de naturaleza a la teoría de la adecuación social como elemento de restricción de la tipicidad en el delito de admisión indebida de ventajas (art. 372. 2) (vid. supra apartado II). La guía sueca lleva por título «Directrices en materia de soborno y conflictos de intereses» y fue publicada por el Ministerio Sueco de Finanzas y la Asociación Sueca de Autoridades Locales y Regiones, el 14 de julio de 2006. En la doctrina española, Gimbernat Ordeig considera que la entrega de obsequios cuyo valor supere los 600 euros nunca debe quedar cubierta por la cláusula de los «usos sociales». Vid. (nº 8), p. 2.

del Tratado de la Unión Europea⁴²⁵, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, ni serviría para precluir interpretaciones extensivas del tipo en contra del reo, pensando en casos como el del trabajador de un centro asistencial de la tercera edad que acepta lo que le ha dejado en herencia la anciana a la que ha estado asistiendo durante años.

La valoración social nunca podrá ofrecer, en suma, una respuesta unívoca sobre la proporcionalidad del regalo, que deberá hacerse depender, entre otros extremos, de las relaciones financieras típicas del ramo de la Administración al que pertenezca el funcionario y de su propio rango jerárquico.

También interesante es la opinión de RAMOS MORAGUES⁴²⁶, y ello debido, fundamentalmente, a la indeterminación que presentan los términos empleados en el precepto, que suscitan una cuestión evidente, qué hay que entender por regalos, favores o servicios en condiciones ventajosas que no excedan de los usos habituales, sociales y de cortesía, ¿la entrega de un juego de bolígrafos como signo de agradecimiento?, ¿el regalo de un libro a cambio de los servicios prestados?, o simplemente, ¿disfrutar de una invitación o descuento para cenar en el restaurante del que es propietario el ciudadano al que se le ha atendido tan eficientemente?.

Ante la generalidad de los términos en que se pronuncia el precepto, y sobre todo, teniendo en cuenta los tiempos que corren, donde cualquier detalle por insignificante que este sea, puede generar suspicacias entre la ciudadanía sobre la integridad de los empleados públicos, ya de por sí bastante desacreditada inmerecidamente en la mayoría de los casos, está justificada la opinión doctrinal

⁴²⁵ Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Consultado: En Diario Oficial de la Unión Europea Número C. 195, de 25/06/1997.

⁴²⁶ RAMOS MORAGUES, F. *El personal laboral de las Administraciones Públicas*. Ed. La Ley. Madrid 2011, pág. 485.

que considera más apropiado haber optado por la prohibición de aceptar cualquier dádiva, opinión que tiene aplicación para evitar la discrecionalidad de este asunto⁴²⁷.

Dentro de los usos sociales han de considerarse los regalos de tipo protocolario, que de forma similar a la practicada por los propios Ayuntamientos, es habitual en empresas y particulares. Generalmente este tipo de atenciones suelen ser objetos de pequeño valor, normalmente personalizados con el logo de quien hace el obsequio, y son los elementos conocidos como *merchandising*. No obstante, en ocasiones se reservan ciertos presentes de mayor valor y representación para atención protocolaria de autoridades.

Así, por ejemplo, cuando se recibe una visita de S.M. el Rey o de un Alto Cargo es usual hacer entrega de libros encuadernados en piel, reproducciones de planos u obras de arte, e incluso originales de éstas. En estos casos la Autoridad que intervenga en funciones representativas, debe aceptar el regalo por cuestión protocolaria, si bien en la actualidad no se lo quedan para uso personal sino lo entregan al Patrimonio del Estado o a algún organismo público. Por ejemplo, en el Escuadrón de Caballería de la Guardia Civil de Valdemoro puede contemplarse en una urna la montura del caballo que en 2007 regaló Gadafi al Presidente del Gobierno español⁴²⁸, caballo que descansaba en las cuadras del mismo Escuadrón. Dado que ni Patrimonio Nacional, ni Presidencia del Gobierno contaban con cuadras y el Presidente no consideró quedarse el obsequio, el caballo pasó a dichas dependencias, con sus llamativos adornos⁴²⁹.

Debo concluir indicando que parece lógico concretar que actualmente está claro que la dádiva, regalo, favor o retribución no ha de tener necesariamente carácter patrimonial, lo relevante es que sean objetivamente adecuados para determinar la actuación del funcionario. Debe considerarse penalmente irrelevante la

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ Gadafi regaló un caballo de raza árabe a José María Aznar apareció en la edición impresa del periódico el país. Domingo, 27 de febrero de 2011, Consultado en:
http://elpais.com/diario/2011/02/27/domingo/1298782355_740215.html

⁴²⁹ *Ibidem*.

concesión u oferta de presentes o ventajas de escaso valor o adecuadas socialmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 41/97 de 5 de marzo, consideró socialmente adecuada la aceptación por el encargado del cementerio de unas propinas entregadas por personas a cuyo familiar difunto acababa de enterrar cumpliendo con su obligación⁴³⁰.

En resumen sería más lógico, abordar dicha problemática cuantificando el límite del regalo como han defendido algunos autores como Blanco Cordero con el cual coincido, o en su defecto prohibir radicalmente cualquier regalo, como expone Valeije Álvarez, en cualquiera de sus expresiones, tesis más restrictiva pero de cualquier forma mejor que la laguna jurídica existente.

1.2. La Adecuación Social en otros países europeos.

El jurista y filósofo alemán WELZEL⁴³¹, se refiere por primera vez a la teoría de la adecuación social, en su trabajo, *Studien Zum System des Strafrechts*. La tesis central consiste en afirmar que, quedan fuera del concepto del injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido, WELZEL, propone llamar, sintéticamente, a estas acciones socialmente adecuadas⁴³²; y define la adecuación social como el significado social de un comportamiento de no estar prohibido, por ello, este comportamiento tampoco puede constituir un injusto penal; éste, sólo comienza una vez traspasada la adecuación social⁴³³.

La idea de la «adecuación social» habría sido originalmente formulada e introducida en la teoría general del delito por *Welzel*⁴³⁴ en sus *Studien zum System*

⁴³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de 5 de marzo de 1997.

⁴³¹ Welzel, H. Hans Welzel (Artern, Turingia, 25 de marzo de 1904 - Andernach, 5 de mayo de 1977) fue un jurista y filósofo del derecho alemán. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Hans_Welzel.

⁴³² CANCIO MELIA, M. “La teoría de la Adecuación Social en Welzel”. Madrid 1993, pág 498.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ Welzel, H. *Abhandlungen*, pág.141 y ss.

des Strafrechts, de 1939⁴³⁵. La adecuación social se muestra como un criterio esencialmente normativo, pues la misma opera ante todo como recomendación de la valoración de la acción en el ámbito de lo injusto. En una primera aproximación, sólo pueden ser constitutivas de lo injusto y estar comprendidas en los tipos penales acciones socialmente inadecuadas, es decir, acciones que caen fuera gravemente del orden de la vida social que se ha formado históricamente. Por ello, y a la inversa, tienen que quedar excluidas de lo injusto todas aquellas acciones que pueden valorarse como socialmente adecuadas⁴³⁶.

Acciones socialmente adecuadas, son todas las actividades que realiza la vida de la comunidad de acuerdo con su propio orden históricamente condicionado. Dicho de otro modo; socialmente adecuada es toda acción que se desenvuelve funcionalmente dentro del que históricamente se ha constituido como el orden de la vida común de un pueblo. Las acciones socialmente adecuadas estarán excluidas de los tipos de lo injusto, aunque se produzcan lesiones de bienes jurídicos a consecuencia de ellas y aunque puedan ser subsumidas en ellos de acuerdo con criterios causales y con su tenor literal.⁴³⁷

La propina que usualmente recibía el cartero para fin de año podría resultar una dádiva ambivalente, que aportara gran agrado para el destinatario, pero a su vez, complicaba al penalista, que debe preocuparse por encuadrar este fenómeno. No obstante, de distintas maneras se intenta escapar a esta consecuencia, por una parte, se alega que la idea de ventaja se entiende ya normativa y por ello todavía no se completa, que haría falta un comportamiento equivalente, ya que solo se trata de un gesto de cortesía, que el tipo penal caería en razón de la insignificancia de la gratificación o por la adecuación social de la conducta, o bien que una interpretación orientada al bien jurídico excluye del tipo penal

⁴³⁵ *Ibidem.*

⁴³⁶ *Ibidem.*

⁴³⁷ *Ibidem.*

aquellos donativos insignificantes y en general socialmente tolerados, defendía ROXIN⁴³⁸.

Por citar algunos ejemplos en otros países como, Gales e Inglaterra se exige la configuración del elemento legal *corruptly*. Este supone que la gratificación suceda en conocimiento de la ilicitud⁴³⁹.

También en Austria el legislador ha establecido la exclusión en cuanto a las gratificaciones insignificantes, teniendo expresamente en consideración el valor del beneficio. En Suecia se encuentra el requisito de inconveniencia en el tipo penal. Junto a estas estrategias de exclusión, en parte, también, como en Alemania, existe todavía la posibilidad de considerar estos puntos de vista desde un criterio de persecución penal, particularmente en Inglaterra, Gales y Francia. En Italia y Grecia se fija en relación entre el beneficio y el acto administrativo⁴⁴⁰.

Insignificancia de la gratificación

El camino más fácil, y que a la vez concede el más alto grado de seguridad jurídica, para poder substraer los donativos insignificantes del tipo penal, es la cuantificación de un límite de valor fijo, por debajo del cual la conducta no sea considerada punible, una solución del estilo trae el Código Penal austriaco, cuyo parágrafo 4 contempla una causa de exclusión de punibilidad, para el caso de que se haya tratado de una ventaja insignificante y el hecho no se haya cometido lucrativamente⁴⁴¹.

⁴³⁸ ROXIN, C. Es un abogado y jurista alemán destacado por su labor en el ámbito del Derecho Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho. Es uno de los penalistas de mayor influencia en discusión contemporánea del Derecho Penal de la tradición romano-germánica, lo que le ha hecho acreedor de casi una veintena de Doctorados Honoris Causa y reconocimientos académicos como la orden Raimundo Peñafort en España. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Claus_Roxin.

⁴³⁹ UBERHOFEN, *Landesbericht Osterreich*, en *ESER/UBERHOFEN/HUBER*.

⁴⁴⁰ CORNILS, *Landesbericht Schweden*, en *ESER/UBERHOFEN/HUBER*.

⁴⁴¹ Comp. *Las explicaciones de UBERHOFEN* (n.p.11), 395, nota al pie 71.

Hay quien ha definido la adecuación social como pequeña criminalidad y su penalización ha llevado a la doctrina a elaborar criterios que permitan una solución razonable a la misma, las conductas que afectan en forma mínima el bien jurídico protegido por el tipo penal, resultan, en principio atípicas, por revestir la entidad suficiente que requiere el ilícito para demandar la intervención del Estado por su acontecer⁴⁴².

El origen del estudio de la insignificancia se remonta al año 1964, cuando CLAUS ROXIN⁴⁴³, formuló una primigenia enunciación, que fue reforzada por Claus TIEDEMANN, con el apelativo de “delitos de bagatela”⁴⁴⁴. A juicio de ROXIN, pueden darse casos donde el principio de insignificancia puede excluir la tipicidad de una conducta⁴⁴⁵.

Serian, por ejemplo, el marco de la vida cotidiana, aquellas breves exigencias compulsivas, sin duración ni consecuencias notables, en definitiva aquellas acciones que se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden social, y que tampoco sean socialmente perniciosas. En virtud de ello, es necesario precisar que ROXIN⁴⁴⁶, no realiza una distinción entre conductas insignificantes y conductas socialmente adecuadas, sino que califica ambas categorías según la clase de interpretación que se haga del tipo penal. Así, una interpretación del tipo orientada al bien jurídico da como resultado que acciones insignificantes sean excluidas del tipo penal, en donde la idea de la adecuación social, en caso incluso no sustituible como simple principio de interpretación, de todas formas, no representa ningún elemento específico excluyente del tipo penal.

⁴⁴² SILVA SANCHEZ, JM. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Ed. Bosch. Barcelona 1992, pág. 48 y ss.

⁴⁴³ ROXIN, C. *Política criminal y sistema de derecho penal, tratado*. Francisco Muñoz Conde, p. 52 y siguientes.

⁴⁴⁴ SPINKA. *El principio de insignificancia o bagatela*, en opúsculos de Derecho penal y Criminología, n° 15, pág. 11.

⁴⁴⁵ ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, en Jus 1964, 373-381 (376)*; ders. *Strafrecht. A.T.(N.P. 7)*, 243, pág. 78.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

En los delitos de cohecho, esta interpretación orientada al bien jurídico trae como consecuencia que los pequeños regalos empresarios (lapiceros, calendarios, almanaques) sean excluidos de la tipicidad de la conducta como donativos insignificantes, ya que estos no comprometen la confianza pública en la integridad de los funcionarios.

Si los donativos insignificantes, en el caso particular, pueden ser excluidos del tipo penal, cabe preguntarse entonces, en razón de las circunstancias concretamente dadas, si los donativos tanto moderados como excesivos, podrían en su caso, también, ser excluidos del tipo penal. Ya no es más, pues determinante solo el valor de la gratificación, sino que este será un elemento más junto a otros tantos criterios, la ocasión, clase y finalidad de la gratificación, o bien la relación del obsequiante para con el funcionario. Asimismo está en juego la cuestión de la habitualidad en los regalos, así como su dación conforme a los usos y costumbres (de trato). Estos son aspectos que, en el ámbito penal, se acostumbra atender tras el lema de adecuación social⁴⁴⁷.

Según WELZEL, los comportamientos socialmente adecuados son conformes a Derecho porque ni siquiera son típicos⁴⁴⁸, ya que las conductas socialmente adecuadas, siendo peligrosas o lesivas para los bienes jurídicos, por su utilidad se consideran lícitas. Las causas de justificación se basan en situaciones excepcionales. Porque si partiesen de que toda actividad lesiva de bienes jurídicos es típica, la práctica totalidad de la vida social se subsumiría bajo los tipos delictivos⁴⁴⁹. Por tanto la adecuación social no se refiere a la antijuridicidad, ya que ésta entra en cuestión cuando se sobrepasa la adecuación social⁴⁵⁰.

Partiendo de la idea central de que no pueden ni deben ser punibles las

⁴⁴⁷ ESER, ALBIN. "La Adecuación Social: ¿Figura legal superflua o necesaria? Reflexiones respecto a la concesión de ventajas socialmente habituales." Revista de derecho penal 2002, pág. 453-473.

⁴⁴⁸ WELZEL, *Der allgemeine Teil*..., 1ª Edición.1940.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

⁴⁵⁰ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*. 1939.

acciones que tienen lugar en los procesos de funcionamiento usual y normal de la vida social, porque se trata de acciones *aprobadas por la comunidad social* con carácter general, o sea en toda circunstancia, en la doctrina actual se atribuye a la adecuación social, como referente que puede explicar la exclusión de tales acciones del ámbito de la punibilidad, la naturaleza de un principio general de interpretación de los tipos, la de una causa de exclusión de la tipicidad, la de una causa de justificación excluyente de lo injusto⁴⁵¹.

ZIPF⁴⁵², explica las relaciones entre tipicidad y adecuación social sosteniendo que las figuras delictivas se originan en el saber experimental sobre la lesividad social de determinadas formas de comportamiento, concreta su idea sosteniendo que la adecuación social efectúa en las figuras delictivas creadas a partir del saber experimental acerca de la lesividad social, las correcciones de tipos, para mantener las normas penales en armonía con la vida social de la comunidad, papel que puede cumplir el concepto material del delito.

CREUS⁴⁵³, ubica la tesis de la adecuación social como instrumento limitador de lo que puede recepcionar el tipo, asignación sistemática de la cuestión que permite su no consideración en éste, evitando los numerosos inconvenientes que ello acarrea.

Por su parte OLARZABAL⁴⁵⁴, en el comentario que efectúa a la posición de CREUS, afirma que el problema no es la ubicación de la adecuación social de la conducta en la estructura de la teoría del delito, sino la determinación

⁴⁵¹ WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 58; críticamente *Hirsch*, ZStW 74 (1962), pp. 78 ss.; *Ebert/Kühl*, Jura 1981, p. 226; *Dölling*, ZStW 96 (1984), pp. 55 ss.; *Jescheck/ Weigend* AT, 5ª ed., pp. 252 y 253; *Baumann/Weber/Mitsch* AT, 11ª ed., p. 319; Schönke- Schröder- *Lenckner/Eisele*, 27ª ed., comentario previo a los §§ 13 f., p. 178 n° 70; *Otto* AT, 7ª ed., pp. 74 s.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT I, 5ª Edición, pág. 95; en cierto modo *Roxin* AT I, 4ª Edición, pág. 297; *Kindhäuser* AT, 2ª Edición, pág. 263.

⁴⁵² ZIPF, H. *Introducción a la política criminal*. Ed. Edersa. Madrid 1979, pág.105.

⁴⁵³ CREUS, C. *Consideración pre típica de la antijuricidad, en doctrina penal*, 1991. B-470.

⁴⁵⁴ DE OLARZABAL.J. *Introducción a la nueva doctrina penal*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe 1992, pág. 57-58.

certidumbre de ésta, que igualmente quedará en manos del juez, tal y como si se la considera correctiva del tipo.

LUZON PEÑA⁴⁵⁵, al par de sostener que muchos de los supuestos se pueden amparar en las causas de justificación tradicionales, dado el carácter normal o socialmente usual o admitido de los hechos faltará la tipicidad indiciaria y por estar en consonancia, además, con la valoración jurídica general estará al propio tiempo amparada por una causa de justificación (adecuación social como justificación). Por el contrario la adecuación social sólo excluirá la tipicidad penal (adecuación social no justificante) cuando la conducta no sea considerada jurídicamente adecuada por alguna norma extrapenal.

JESCHECK⁴⁵⁶, sin embargo, sostiene que la idea de la adecuación social, es un criterio inútil para la restricción de los tipos cuando ya las reglas usuales de interpretación conducen a su correcta delimitación. La aplicación de los criterios de interpretación reconocidos resulta en estos casos preferible, pues se obtienen por esta vía resultados comprobables, en tanto la adecuación social no deja de ser un principio relativamente inseguro, por lo que sólo en último término debería acudir a él.

MIR PUIG⁴⁵⁷, al adentrarse en la naturaleza de la adecuación social, en la disyuntiva de considerarlo una causa excluyente del tipo o una causa de justificación, se inclina por la primera y diferencia las conductas socialmente adecuadas de las insignificantes aun no suponiendo estas una aprobación social, sino su tolerancia, por su escasa gravedad.

⁴⁵⁵ LUZON PEÑA, D.M. *Curso de derecho penal. Parte General*, Ed. Aranzadi. Navarra 1995, pág.119.

⁴⁵⁶ JESCHECK, H.H. *Tratado de derecho penal. Parte General. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y Muñoz Conde, F.* Ed. Bosch. Barcelona 1981, pág. 343.

⁴⁵⁷ MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General. 9ª edición. Puesta al día por Gómez Martín, V.* Barcelona 2011, pág. 528 y ss.

JAKOBS⁴⁵⁸, establece la vinculación riesgo permitido- adecuación social, y la ubica en el problema de la imputación objetiva, al señalar que no se toman en cuenta situaciones de justificación, un comportamiento que genera un riesgo permitido y se considera socialmente normal, y ello no porque se tolere en el caso concreto por el contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. El riesgo permitido no se refiere a la disolución de una colisión de bienes, sino a la fijación de lo que es el caso normal de interacción, ya que la sociedad de cuyo caso normal se trata no es un medio para obtener la protección de bienes sino un contexto de interacción.

Según mi criterio, se podrían tolerar las conductas socialmente adecuadas, como apuntan autores del prestigio de Roxin y Welzel, porque aun siendo útiles, no son directamente lesivas, incluyéndose en el margen del riesgo permitido, no es por ello que se establezca una aprobación social de la conducta, sino más bien una relativa tolerancia por su escasa gravedad, no todos los comportamientos incorrectos son susceptibles de reproche penal, sólo los incumplimientos graves. Recordemos nuevamente que el derecho penal es la última *ratio* del ordenamiento jurídico.

2. Los regalos y el principio de adecuación social en la jurisprudencia.

2.1. Sentencias Caso Camps. (Expresidente de la Generalidad Valenciana.)

Si un caso ha acaparado titulares periodísticos y ha dado publicidad al delito de cohecho pasivo impropio en atención al cargo, este ha sido el “denominado caso Camps y la cuestión de si el Presidente autonómico de la Comunidad Valenciana

⁴⁵⁸ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal. Traducción Manuel Cancio Meliá.* Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia 1995, pág. 38-39.

obtuvo trajes gratuitamente o si fueron pagados religiosamente a la empresa que los confeccionó”, dicho esto, esta causa empezó con una denuncia contra el presidente de la Generalidad Valenciana, algunos miembros de su gobierno concretamente el Vicepresidente de la Generalidad, el Jefe de Gabinete de la Consejería de Turismo y el secretario general del Partido Popular en aquellos entonces en la Comunidad Valenciana, que a su vez también era Diputado Regional de las Cortes Valencianas, pero el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de agosto de 2009⁴⁵⁹, acordó el sobreseimiento libre del procedimiento, dada la ausencia del requisito de la necesaria relación de causalidad y al no constatarse tan siquiera un mínimo de puesta en peligro para el bien jurídico, en tanto en cuanto los hechos no son constitutivos de ninguna de las modalidades del delito de cohecho del

⁴⁵⁹ Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de agosto de 2009.

“Debe procederse por la Sala, en primer lugar a analizar, si los hechos son constitutivos del delito del artículo 426 (inciso primero), primer inciso, así como los elementos constitutivos de dicho delito. Pues bien, el artículo 426 del Código Penal, regulador del denominado doctrinal y jurisprudencialmente delito de cohecho pasivo impropio, tipifica como delito: “la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente”, imponiéndole la pena de multa de tres a seis meses. El bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y el principio de imparcialidad que debe guiar su actuación, y específicamente para la modalidad delictiva del cohecho pasivo impropio, se identifica con la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos exclusivamente al imperio de la ley (Auto del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2007, que, a su vez, cita la STS de 16 de marzo de 1998, y en parecido sentido la STS 361/1998, 16 de marzo). Conforme a la jurisprudencia dicha modalidad constituye la figura de la concusión o cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular, delictivo o simplemente impropio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos, bien en atención a la función que desempeñada, bien para conseguir la ejecución de un acto debido (y, por ende, justo) que no tiene por qué ser remunerados por los particulares (STS 30/1994, de 31 de enero).

Y para la delimitación antedicha suele acudir a los principios de insignificancia y de adecuación social, como principios excluyentes de la tipicidad del hecho y, en consecuencia, entender excluidos del delito de cohecho aquéllas entregas que por su insignificante cuantía o moderación, no sean objetivamente adecuadas para motivar al funcionario a actuar, o que vengan amparadas por los usos sociales, principios que se han ido desarrollando cada vez más en la moderna ciencia penal, singularmente en Alemania, y que también van siendo cada vez más tenidos en consideración por el Tribunal Supremo español (sentencia anteriormente citada de 13 de junio de 2008, y Auto de dicho Alto Tribunal de 2 de junio de 2008, si bien, éste último en relación con otro delito distinto, el del artículo 441 del Código Penal).

Algunos ordenamientos jurídicos establecen una exención de punibilidad cuando la autoridad competente en el marco de su respectiva competencia, ha autorizado previamente al funcionario a la aceptación de una ventaja no exigida por él (Código Penal alemán, en su art. 331.3 StGB).”

426 del Código Penal⁴⁶⁰. Dicho auto fue objeto del correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo y fue objeto de la resolución 478/2010 de 17 de mayo de 2010,⁴⁶¹

⁴⁶⁰ *Ibídem.*

⁴⁶¹ RECURSO CASACIÓN 2172/2009 N° de Resolución: 478/2010. Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ

"La Sala de instancia no cuestiona " la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio". Sin embargo, alcanza su conclusión de la atipicidad de la conducta de los recurridos en base a una delimitación propia del elemento causal consistente en la " consideración a su función ", que aúna el legislador a la admisión de la "... dádiva o regalo que le fueron ofrecidos" a la autoridad o funcionario público que recibe aquéllos. Tras admitir la doble modalidad típica acogida en el artículo 426 C.P., argumenta que " la primera modalidad ha quedado referida a actos propios de su <<función>>, y en consecuencia a actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario", de forma" que la necesidad de una valoración in concreto de la relación de causalidad ya no es únicamente tributaria de la segunda modalidad del artículo 426 del Código Penal, sino también de la primera". A esta argumentación cabe oponer serias objeciones siguiendo el mismo hilo de las razones aducidas en el fundamento de derecho décimo del Auto recurrido.

En primer lugar, desde la perspectiva histórico-legislativa, no tiene el alcance pretendido en el Auto la sustitución de " oficio" por " función" de la L.O. 9/91, que modificó el viejo artículo 390 C.P. 1973, precisamente lo que permite es alcanzar una interpretación más amplia de este elemento normativo, y añadir el sustantivo " dádiva" al de " regalo" no deja de ser una redundancia que subraya también la voluntad ampliatoria del Legislador del radio de acción del tipo penal analizado. Función, en su acepción más propia al caso, significa capacidad de acción o acción propia de los cargos u oficios (acepción segunda DRAE), y oficio, ocupación habitual o cargo, por lo que el primero no hace mención a una competencia concreta de la autoridad o funcionario, como parece deducir el Auto, relacionándola directamente con " la concesión u otorgamiento de contratos u otros actos o, al menos, que aun no estándolo dicha autoridad o funcionario haya procurado que el funcionario a quién sí compete, conceda al donante alguna clase de ventaja, que no fuera injusta, lo cual, como vimos no se ha acreditado" (sic), de forma que esta disquisición está fuera del contexto típico.

En segundo lugar, la interpretación que subordina la conducta típica a los actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario " in concreto", a lo que conduce en realidad es a vaciar de contenido, al menos, la primera de las modalidades del cohecho impropio tipificado en el artículo 426 C.P., separándose además de la doctrina de este Tribunal de Casación. Es más, esta interpretación prácticamente haría desaparecer el cohecho impropio, saltando desde el cohecho propio del artículo 425 C.P. a la atipicidad de la conducta cuando no se tratase de " realizar un acto propio de su cargo". La segunda modalidad del artículo 426 C.P. -" acto no prohibido legalmente"- parece referirse a actos realizados por el funcionario que no pertenezcan en sentido estricto al ámbito de su función. No es este el alcance del artículo citado en último lugar definido por la Jurisprudencia del Tribunal de Casación. Entre las sentencias más recientes, la 362/08, con expresa cita de la precedente 30/1994, precisa que " el término <<en consideración a su función>> debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial condición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquél, lo que es cualitativamente distinto que el ofrecimiento que tiene como finalidad la realización de un acto propio del cargo, que

donde el Tribunal indicado acordaba la reapertura de las presentes diligencias y por lo tanto la continuación del procedimiento y el enjuiciamiento de dichos hechos ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, cuestión que fue objeto de debate jurídico, ya que sobre la base del artículo 2º de la Ley Orgánica Tribunal del Jurado⁴⁶², se establecía que los aforados ante los Tribunales Superiores de Justicia o ante el TS, cuando cometan un delito atribuido al Jurado, como sucede con el cohecho, serían juzgados por ese tribunal popular, presidido por un magistrado, respectivamente, el juez competente en el caso Camps acordó, correctamente, que la LOTJ, como *lex specialis*, sea la ley que rija en el enjuiciamiento específico de los aforados por delitos competencias del Jurado, está ley derogaba la ley general del Estatuto de Autonomía de Valencia.

En opinión del catedrático de Derecho Penal ENRIQUE GIMBERNAT⁴⁶³, y por lo que se refiere a los diputados y senadores nacionales, el art 2º LOTJ debería ser considerado inconstitucional; las causas contra aquellos, según el art.71.3 de la Constitución⁴⁶⁴, tendrían que ser competencia de la sala 2ª del TS, y, naturalmente

precisa al menos la definición del contenido del acto que se pretende, lo que da lugar a los cohechos propiamente dichos.”

⁴⁶² Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Consultado en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-12095

“Artículo 2. Composición del Tribunal del Jurado.

1. El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá.

Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado será el Presidente de la Sala o Sección de lo Penal del Tribunal Supremo o el Presidente del Tribunal Superior de Justicia o el Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal en quien deleguen éstos, respectivamente.

2. Al juicio del Jurado asistirán, además, dos jurados suplentes, a los que les será aplicable lo previsto en los artículos 6 y 7.”

⁴⁶³ Enrique Gimbernat, “Tribuna/derecho sobre el cohecho impropio. Publicado el 14 de julio de 2009”. Consultado en: [Http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/07/17396980.html](http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/07/17396980.html)

⁴⁶⁴ Constitución Española. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

“Artículo 71

1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

una ley de inferior rango, como lo es la LOTJ, no podía derogar un precepto constitucional.

El juicio se inició como acordaba el instructor por la resolución indicada del Tribunal Supremo, ante un Jurado Popular constituido en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana Sala de lo Civil y Penal de Valencia, y presidido por un Magistrado de dicho Tribunal Superior de Justicia, abierto el Juicio Oral, comparecieron los acusados D. Víctor Campos Guinot y D. Rafael Betoret Parreño prestando su conformidad con la acusación referida a cada uno de ellos y solicitando se dictara sentencia de conformidad, a lo que no se opusieron las demás partes, dictándose respectivamente las sentencias de conformidad nº 10/2011 de 16 de septiembre de 2011⁴⁶⁵, y la nº 11/2011 de la misma fecha 16 de septiembre de 2011⁴⁶⁶, que devinieron firmes, continuándose el proceso respecto de los restantes acusados. En fecha treinta de enero de 2012, se dictó la Sentencia número 2/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana⁴⁶⁷, donde según el

3. *En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

4. *Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.*”

⁴⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de conformidad nº 10/2011 de 16 de septiembre de 2011.

⁴⁶⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de conformidad nº 11/2011 de 16 de septiembre de 2011.

⁴⁶⁷ Sentencia número 2/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

“En sus conclusiones definitivas la defensa del acusado D. Francisco Enrique Camps Ortiz, relata en síntesis que D. Francisco Camps Ortiz no ha recibido los regalos, en forma de prendas, a que se refieren las acusaciones, pues las prendas de vestir a que se refieren las acusaciones, o no es cierto que las adquiriera el Sr. Camps Ortiz, o las que ha adquirido las pagó directamente y en efectivo, sin que el Sr. Álvaro Pérez, ni la mercantil Orange Market, S.L., ni ninguna otra persona o mercantil han abonado las referidas prendas adquiridas por D. Francisco Camps Ortiz, dado que el pago de las citadas prendas lo hizo el Sr. Camps Ortiz y sin que el Sr. Camps Ortiz nunca haya autorizado que terceros, personas físicas o empresas, abonaran prendas adquiridas por el mismo. Asimismo señala que, para el caso en que por el jurado se estime que se hicieron regalos, en forma de abono de prendas de vestir, a D. Francisco Camps Ortiz por instrucciones de D. Álvaro Pérez, realizados por el mismo o por alguna empresa (lo que esta parte reitera que no fue así), habrá que concluir necesariamente que sería debido a la relación existente por la realización de actos públicos del Partido Popular de la Comunidad Valenciana y dado el cargo desempeñado en dicho Partido por D. Francisco Camps Ortiz, por lo que pide la libre absolución del mismo, con todos los pronunciamientos favorables, con imposición de las costas, incluyendo las de esta parte, a la acusación popular.

En sus conclusiones definitivas la parte de D. Ricardo Costa Climent, relata que D. Ricardo Costa es Diputado de las Cortes Valencianas desde Mayo de 1995, fue nombrado Vicesecretario del Partido

veredicto del Jurado y la sentencia de su señoría, se acordaba absolver a los acusados Francisco Enrique Camps Ortiz y Ricardo Costa Climent, de los delitos de cohecho tipificados en el artículo 426 del Código Penal.

Dicha Sentencia fue objeto de recurso por parte de la acusación popular, y en fecha 23 de abril de 2013, se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo 323/2013⁴⁶⁸,

Popular de la Comunidad Valenciana en noviembre de 2004 y Secretario General del Partido en Junio de 2007, manteniéndose en ese cargo hasta Octubre de 2009, nunca ha tenido ningún cargo en la Administración ni en el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia, Orange Market y su administrador Álvaro Pérez han trabajado para el Partido Popular Valenciano organizando actos y eventos del partido, la relación de Orange Market y Álvaro Pérez con el Partido Popular Valenciano se inició antes de que Ricardo Costa fuera dirigente del Partido Popular de la Comunidad Valenciana, las relaciones que Orange Market y Álvaro Pérez mantuvieron con D. Ricardo Costa fueron por razón de su cargo como Vicesecretario y Secretario General del Partido Popular Valenciano, al ser dicha empresa un proveedor más del Partido Popular de la Comunidad Valenciana, D. Ricardo Costa pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión, S.A., nunca encargó trajes en Forever Young, ni recibió prendas de dicho establecimiento, desde su cargo de Diputado en la Cortes Valencianas y en el ejercicio de sus funciones como tal nunca estuvo en condiciones de tomar decisiones con las que favorecer los intereses de la sociedad Orange Market o de Álvaro Pérez, ni de Francisco Correa ni de Pablo Crespo, por lo que niega la existencia del delito por el que se le acusa y pide se acuerde expresamente la libre absolución del mismo.”

⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013.

“El acusado D. Francisco Enrique Camps Ortiz, finalmente no adquirió prenda alguna del referido establecimiento Milano Difusión de Madrid.

-El acusado D. Francisco Enrique Camps Ortiz encargó y adquirió del establecimiento “Forever Young” de Madrid solamente las siguientes prendas: Tres trajes que recogió: dos a principios de 2007 y el tercero en marzo de 2007, Un par de zapatos en marzo de 2007, Un traje antes del verano de 2008 y una americana de color azul.

-Todas estas prendas adquiridas de “Forever Young” (tres trajes un par de zapatos en 2007, y un traje y una americana en 2008) fueron abonadas por el acusado D. Francisco Enrique Camps Ortiz personalmente al Sr. Tomás

-El acusado D. Francisco Enrique Camps Ortiz es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Presidente de la Generalidad.

B)Referidos al acusado D. Ricardo Costa Climent

-EL acusado D. Ricardo Costa Climent pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión, S.A.

-El acusado D. Ricardo Costa Climent nunca encargó trajes en Forever Young, ni recibió prendas de ese establecimiento.

-El acusado D. Ricardo Costa Climent es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Diputado en las Cortes Valencianas.

Premisas fácticas que no permiten su subsunción en el delito del art. 426 delito que exige la concurrencia de una serie de elementos para la afirmación del tipo (STS. 362/2008 de 13.6).

a) El ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo;

b) *La aceptación por éste de dádivas o regalos;*

c) *Una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.*

La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se “...protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”.

1) *Para la afirmación del tipo es necesaria una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, de tal forma que la entrega se realice por causa de la simple consideración a la función que desempeña la autoridad o funcionario. Por ello es conveniente insistir en que no se exige del funcionario o autoridad la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio de su cargo sino que basta que el regalo sea ofrecido en consideración a su función.*

La necesidad de este enlace causal entre la entrega del obsequio y el carácter público del receptor se expresa con elocuencia cuando se precisa que el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de autoridad o funcionario de la persona, esto es, que solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga, le ha sido ofrecida la dádiva, el objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no se hubiera dirigido a él ofreciéndole aquella.

Los objetivos del particular que ofrece dádivas o regalos en consideración a la función, en general, están vinculados, hablando de manera coloquial, al “engrasamiento” general de la maquinaria burocrática administrativa por la vía del agradecimiento o complacencia de la autoridad o funcionario que la recibe.

Si, evidentemente, el regalo se presenta y acepta no en consideración a la función desempeñada por la autoridad o funcionario, sino, en virtud, por ejemplo de relaciones familiares o amistosas, la acción quedaría fuera del perímetro típico del art. 426 CP. 1995, con independencia a la dificultad en la práctica de distinguir cuando el regalo se ha hecho por meras relaciones amistosas y no en consideración a la función.

2) *Por regalo habría que entender objeto de valor material (económico) más o menos grande “pero suficiente para descartar toda idea de afección” independiente del valor económico del regalo, lo fundamental para este sector doctrinal es que las circunstancias se hagan desear toda idea de afecto, inclinación o apego, si estas fueran descartables, cualquiera que sea el valor de la cosa – siempre que la tuviera- bastaría para que fuera aplicable la máxima de que la “justicia ofende etiam uno nummo” (aún por un solo céntimo).*

Otros autores señalan, sin embargo, que en caso de regalos cuya cuantía sea moderada o de lo que en los usos sociales se consideran forma habitual de relación amistosa, el precepto no debiera ser aplicado por más que el regalo se realice en consideración a su función por faltar la voluntad de corromper, no pudiendo hablarse de tales supuestos de retribución por un acto del cargo sino de pequeños obsequios hechos a título de mera cortesía.

En este sentido parece, en efecto, ilógico estimar que un regalo de ínfimo valor pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario o autoridad, a tal respecto deben tenerse presente las exigencias de la adecuación social, conforme a las cuales conducta socialmente adecuada es la conducta tolerable en la sociedad, porque se la estima normal en un determinado orden social

que declaro no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Ángel González Luna, Joaquín Puig Ferrer, Carmen Ninet Peña, y Cristina Moreno Fernández, contra sentencia de 30 de enero de 2012, dictada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de la Comunidad Valenciana, que absolvió a los acusados D. Francisco Enrique Camps Ortiz y D. Ricardo Costa Climent como autores penalmente responsables de un delito de cohecho impropio pasivo; y condenó a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de su respectivos recurso⁴⁶⁹.

No estuvo exento de debate y controversia toda la instrucción de la causa que afectó y provocó la dimisión del Presidente de la Comunidad Valenciana, ya que desde el primer momento la que fue Alcaldesa de Valencia y Senadora del Partido Popular, recientemente fallecida, Rita Barberá, salió en defensa del Presidente de la Generalitat y comparó los supuestos regalos que recibió Francisco Camps con las "anchoas" que el presidente de Cantabria, Miguel Ángel Revilla, regalaba en aquellos entonces al Presidente del Gobierno de la época José Luis Rodríguez Zapatero "cada vez que visita la Moncloa". Barberá lamentó el rigor con el que se aplicó el artículo del Código Penal referente a los delitos de cohecho y ha dicho que si se investigaba a Camps por recibir regalos, también se debería haber investigado "por vía de oficio" los regalos que hacía Revilla a Zapatero. "Todo el mundo sabe que Revilla regalaba anchoas a Zapatero por agasajo o complacencia. Y que las anchoas son un producto caro, bueno pero caro, por lo tanto son dádivas", dijo la alcaldesa de Valencia en aquellos entonces. "Haciendo un paralelismo con el caso del presidente Camps, también están incursos en este artículo algunos más⁴⁷⁰.

histórico; la conducta socialmente tolerada no constituye una acción ejemplar o plausible, sino que se limita a representar un comportamiento no sujeto a reprobación social.

En este ámbito de los usos y costumbres sociales la STS. 362/2008 de 13.6, reconoce que no es tarea fácil la delimitación del alcance del delito de cohecho pasivo impropio del art. 426 CP, a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obligan a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social."

⁴⁶⁹ *Ibídem.*

⁴⁷⁰ Noticia Publicada en el diario el mundo. Consultado en:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/07/valencia/1246968883.html>

Para CORRECHER MIRA⁴⁷¹, expone que la conformidad de dos de los imputados choca frontalmente con la absolución de los otros dos, si bien es cierto que los requisitos de la conformidad posibilitan que sólo se conformen una parte de los imputados, pero comparando la sentencia de conformidad y la absolución, entendiéndose que son contradictorias ambas sentencias.

Según escribió el Magistrado excedente y Abogado en ejercicio, Javier Gómez de Liaño⁴⁷², el gran jurista Francesco Carrara decía que la Justicia se ofende “*etiam uno nummo*”, o sea, aun por un solo 1 céntimo. No distinguiendo entre “*munus et munusculum*”, es decir, entre dones y regalillos. Sin embargo, los casos que él llama minúsculos son regalos de pequeño valor realizados a título de cortesía en los que no es lógico pensar que pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario.

La interpretación extensiva del artículo 426 CP, según su opinión, llevaría al colapso de la justicia penal en España, pues son pocos los políticos que se resisten al poder fascinador del regalo que aceptan al considerar natural recibirlos. Ovidio, en su *Ars amatoria*, ya mencionada, nos enseña que “los regalos seducen a los hombres y a los dioses”. Más el pelo viene el refrán de Castilla, de que “gracias, dádivas y mundanos dones, tapan las bocas y ciegan los corazones⁴⁷³”.

2.2. Sentencias Caso Jaime Matas. (Expresidente de las Islas Baleares.)

A razón de la frase utilizada por Gómez de Liaño, de que los regalos seducen a los dioses, han sido muchos los casos de presunta corrupción de políticos de

⁴⁷¹ CORRECHER MIRA, J. *Análisis jurisprudencial de los delitos contra la Administración Pública en el territorio valenciano*. En *Corrupción pública. Cuestiones de Política criminal II*. Ed. IUSTEL. Madrid 2015, pág.40.

⁴⁷² GOMEZ DE LIAÑO BOTELLA, J. “Artículo titulado, Gracias, dádivas y mundanos dones. Publicado el 10 de agosto de 2009”. Consultado en: www.elmundo.es

⁴⁷³ *Ibidem*

primer nivel y distintas causas que se han ido sucediendo a lo largo de nuestra geografía nacional. Por seguir destacando casos de repercusión nacional de cohecho pasivo impropio, debemos destacar la condena al Ex presidente del Gobierno Balear Jaume Matas, el cual fue sentenciado por la Audiencia Provincial de Palma por un delito de cohecho impropio, Sentencia núm. 1/2014, de 19 de mayo de 2014 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, resolutoria del recurso de apelación contra la Sentencia núm. 4/13, de 11 de diciembre de dos mil trece⁴⁷⁴, porque se aprovechó de su influencia para beneficiar a su esposa con un

⁴⁷⁴ Sentencia núm. 1/2014, de 19 de mayo de 2014 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, resolutoria del recurso de apelación contra la Sentencia núm. 4/13, de 11 de diciembre de 2013.

“En la misma sentencia se señala que "es preciso, en consecuencia, que concurran una serie de elementos para la afirmación del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario". De forma que el término "en consideración a su función" debe interpretarse en el sentido de que por la posición que el cargo público que desempeñaba le otorgaba le ha sido ofrecida la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no hubiese hecho el ofrecimiento (STS 188/1994, de 2 de febrero). Se considera que el acusado ha realizado la acción típica de solicitar y obtener dádiva o regalo para sí en consideración a su cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma. Si no se hubiera ocupado dicho cargo no se hubiera producido el desplazamiento patrimonial a título gratuito.

Quedó acreditado, y así lo ha entendido el Jurado, que la dádiva la solicitó y obtuvo el señor Jacinto para sí, con independencia de que la acción se articulase mediante la instrumentalización de un contrato de trabajo del donante con su esposa. Ello fue una mera apariencia destinada a dar cobertura legal al hecho punible. Si bien la utilización de dicha simulación obligó a ingresar el objeto de la donación en la cuenta bancaria de la Sra. Elisenda por motivos obvios, no puede desconocerse que, según se desprende del hecho probado primero, el solicitante de la donación fue Jacinto, que el hotelero se sintió comprometido y presionado por ser Jacinto Presidente del Govern Balear y otorgarle dicho cargo ascendencia y capacidad de influencia (hecho tercero) y que la cantidad entregada no era más que una prebenda o dádiva realizada a D. Jacinto, no a su mujer (hecho quinto), que se mantuvo el pago mensual durante el año según lo acordado con Jacinto (hecho cuarto). La señora Elisenda no interviene en nada. Ni pacta ni contrata ni trabaja ni devenga salario. Solo recibió en su cuenta el pago acordado entre los dos señores; que fue pedido, acordado y destinado a Jacinto independientemente de que este pidiera que se ingresara en la cuenta de su mujer. Nadie regaló un año de salario a la señora Elisenda. Ninguna empresa asume el coste de un año de un trabajador improductivo por amistad. Sólo se puede entender que se haga si el solicitante y beneficiario de los pagos es el Presidente del Govern Balear.

momento de cometerse los hechos, la condición de President del Govern Balear (artículo 24.1 CP). La acción consintió en solicitar y obtener un regalo de un empresario de la isla que accedió a ello por sentirse comprometido y presionado por el Presidente. La redacción y firma de un contrato de trabajo, el alta en la seguridad social y la entrega de hojas salariales mensuales, no son otra cosa que el intento de ocultar la donación dándole una cobertura legal. No obstante no existió relación laboral alguna y así lo percibió y expresó el jurado. La supuesta trabajadora, Sra. Elisenda, no prestó trabajo alguno, no se integró en el ámbito de organización y dirección del supuesto

trabajo remunerado de 42000 euros al año, a pesar de que no desarrolló actividad alguna, la esposa del Ex presidente de Baleares fue contratada como relaciones públicas de un hotel de lujo, muy frecuentado en aquellos entonces por el Partido Popular Balear, como un favor al expresidente, así lo confirmó el empresario que realizó el contrato y lo justificó como una forma de conseguir ingresos no legítimos⁴⁷⁵. Dicha condena fue objeto de recurso de Casación ante el Tribunal Supremo y dio origen a la Sentencia 14/2015 de 26 de enero de 2015⁴⁷⁶, donde se

empresario ni percibió un salario como contraprestación de un trabajo. No se trata sólo de que no apareciera por el centro de trabajo, sino que no recibió orden ni directriz alguna que pusiera de manifiesto el poder de dirección de la empresa, que la vinculase a ella directa o indirectamente, que la situase dentro del ámbito de dirección y organización del empleador. No puede desconocerse que es precisamente el ejercicio de ese poder de dirección la nota característica dominante en la jurisprudencia social actual para determinar la existencia de relación laboral.

Tampoco aparece la ajenidad propia de este tipo de relación. No se desarrolla por la supuesta empleada actividad productiva que pueda dar lugar a un beneficio empresarial que se retribuye mediante un salario. En el artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores se define el contrato de trabajo como el existente entre "los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro de la organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". Ninguna de estas notas ha sido apreciada por el Tribunal del Jurado. Existió una pura y simple donación del empresario hotelero al Sr. Jacinto disfrazada de salario por el trabajo de su esposa."

⁴⁷⁵ *Ibidem.* Sentencia Audiencia Provincial de Palma.

⁴⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2015.

La Sentencia citada que en el cohecho pasivo impropio basta para su consumación la recepción de la dádiva, sin que se precise la solicitud, pues ciertamente «el art. 426 (actual 422) no contempla la modalidad de "solicitud" del funcionario o autoridad, sino que se limita a sancionar a los que "admiten" el ofrecimiento». Pero lo que no dice en absoluto es que la solicitud seguida de entrega de la dádiva convierte el hecho en atípico, y no lo expresa así porque tal conclusión sería sencillamente absurda. En efecto, el tipo penal requiere únicamente la recepción de la dádiva, no la solicitud, y es evidente que la simple recepción, aun sin solicitud, ya colma las exigencias típicas del precepto, pero si, además, el funcionario ha solicitado tal prebenda, no puede haber duda que ha hecho más de lo exigido estrictamente por la ley penal, de manera que no puede verse favorecido por la impunidad quien no solamente recibe sino además solicita. Únicamente el caso de solicitud sin recepción podría plantear algún problema de tipicidad, pero no es este el caso enjuiciado, en donde es otra la estructura fáctica de lo acontecido conforme al relato histórico de la sentencia recurrida.

Con la STS 362/2008, de 13 de junio, hemos de señalar que el art. 426 del CP acoge, desde la reforma introducida por la LO 9/1991, 22 de marzo, la modalidad tradicional de cohecho pasivo impropio. Conforme a la redacción actual, coincidente con la del pre vigente art. 390 del CP de 1973, este delito lo comete la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Es preciso, en consecuencia, que concurran una serie de elementos para la afirmación del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o

confirmaba la condena impuesta en 2013 por el citado delito de cohecho pasivo impropio y se concretaba el pago de una multa total de 9000 euros y el comiso de los más de 42000 euros que recibió como regalo a través de la contratación ficticia de su mujer por parte de un conocido hotelero mallorquín. El dato de que la corrupción haya adquirido la magnitud de uno de los grandes problemas de nuestro país, ha venido propiciado entre otras razones, por su evidente arraigo en el ámbito urbanístico, lo que ha propiciado autorizaciones dudosas no sólo para la construcción de viviendas para uso residencial sino también en ocasiones dado nuestra gran afluencia turística, permitiendo la construcción de hoteles en zonas

regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se “...protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”.

La necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente es la STS 30/1994, 21 de enero, cuando precisa que “...el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla”.

No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales.

En el caso enjuiciado, ni siquiera se formuló ese planteamiento, puesto que la cantidad mensual de tres mil euros para su esposa, sin contrapartida alguna, es sobradamente constitutiva de tipicidad. Aquí no existe fórmula alguna de adecuación social. Por lo demás, el obsequio se produce en atención al cargo que ostentaba el acusado como Presidente del Gobierno balear. Las «presiones» que declaró el Sr. Ramis, administrador del hotel citado, o el «compromiso» al que se vio sometido, como también declaró en el acto del juicio oral, constituyen aspectos muy elocuentes de la naturaleza de la dádiva con la que se «comprometía» a cumplir.”

dudosas en cuanto a su calificación urbanística y aumentando su edificabilidad, con el consiguiente beneficio para el propietario⁴⁷⁷.

2.3. Sentencias Caso Andraxt y Can Domengue (Mallorca.)

Otra causa importante para no abandonar las Islas Baleares fue el caso Andraxt⁴⁷⁸, primera investigación sobre la corrupción urbanística de Mallorca, en la cual se condenó al Alcalde de la localidad balear, Eugenio Hidalgo, y al Director general de Ordenación del Territorio del Govern Matas, Jaume Massot, a prisión por delitos de cohecho, prevaricación y delitos contra la ordenación del territorio. El Tribunal Supremo en la Sentencia número 1127/2009, de 27 de noviembre de 2009⁴⁷⁹, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma que condenó a cuatro años de prisión al ex alcalde de Andraxt por construirse un chalé ilegal en el municipio, y a Massot a tres años y seis meses por colaborar en dicho delito.

Más importante ha sido en cuanto al delito de cohecho se refiere, el denominado caso Can Domengue, en marzo de 2011, la Fiscalía Anticorrupción reclamó seis años de prisión para María Antonia Munar, para el ex vicepresidente insular Miquel Nadal y los ex consejeros de Territorio, Bartomeu Vicens, y de Hacienda, Miquel Àngel Flaquer, en el marco del caso Can Domenge, por dirigir el amaño del mejor solar público urbano de la Isla, en favor de la promotora catalana Sacresa en 2006, a cambio de un soborno de 4 millones de euros, según confesaron algunos de los acusados. El día 21 de octubre de 2016, la Ex Presidenta del Parlamento Balear fue condenada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca a 3 años de prisión y a pagar una multa de 6 millones de euros, unida a la inhabilitación para ejercer cargo público durante 8 años⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ GORRIZ ROYO, E. M. *Corrupción Urbanística: Análisis criminológico y respuestas jurídico-penales. Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*. Ed. Iustel. Madrid 2014, pág.89.

⁴⁷⁸ Caso Andraxt. Consultado en: <https://casoscorrupcion.wordpress.com/2014/11/23/caso-andraxt/>

⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1127 de 27 de noviembre de 2009.

⁴⁸⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 21 de octubre de 2016.

2.4. Sentencia Caso Malaya. (Marbella).

Si una causa ha destacado por encima de todas y ha traspasado las fronteras nacionales para ser el paradigma y mayor exponente de la corrupción en España, ha sido el conocido como CASO MALAYA⁴⁸¹, en dicha operación denominada en el argot jurídico como la mayor trama de corrupción municipal de la historia, provocó la disolución del ayuntamiento de Marbella⁴⁸², hecho sin precedentes y que nunca antes había ocurrido en democracia, este macro proceso llevó al banquillo a políticos, abogados, empresarios, y generó miles de folios de sumario desde su inicio en el año 2006, entre los 95 imputados, destacaban el cerebro de la trama y ex asesor de Urbanismo en el Ayuntamiento de Marbella, Juan Antonio Roca, y los ex alcaldes de Marbella Julián Muñoz y Marisol Yagüe.

El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 4 de abril de 2006, solicitó la disolución del Ayuntamiento de Marbella por la actividad municipal y se

⁴⁸¹ Caso Malaya. Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Malaya

“Caso Malaya es el nombre que recibe una operación contra la corrupción urbanística en España, dirigida por el juez Miguel Ángel Torres Segura y la Fiscalía Anticorrupción, cuyas primeras investigaciones se remontan a noviembre de 2005. Tiene como objetivo destapar un entramado de asociaciones que encubre numerosas actividades delictivas (cohecho, malversación de caudales públicos, prevaricación, tráfico de influencias, etc.) llevadas a cabo, entre otros, por dirigentes del Ayuntamiento de Marbella, importantes empresarios y abogados, y ramificaciones en localidades como Málaga, Madrid, Huelva, Cádiz, Murcia, Granada, Córdoba, Sevilla y Pamplona. Este caso abrió el camino para una sucesión casi ininterrumpida de investigaciones sobre otros posibles casos en decenas de ayuntamientos españoles.”

⁴⁸² Noticia publicada en el periódico el mundo.” *El gobierno disuelve el Ayuntamiento de Marbella y encarga su administración a una comisión gestora.*” Consultado en:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2006/04/07/espana/1144382966.html>.

“El Consejo de Ministros ha acordado disolver el Ayuntamiento de Marbella ante las “gravísimas imputaciones judiciales” que pesan sobre parte de sus miembros en relación con una trama de corrupción urbanística, informó la vicepresidenta primera del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega. El Ejecutivo ha adoptado esa decisión tras la propuesta de la Junta de Andalucía y una vez recibidos los informes preceptivos a favor de la disolución del Senado y la Comisión Nacional de Administración Local, así como el dictamen del Consejo de Estado que señala la imposibilidad de celebrar elecciones parciales en Marbella. La gestión de la ciudad quedará en manos, dijo De la Vega, de una comisión gestora, “como establece la ley”, “que contará con las libertades y los límites que le confiere tal ley.”

impugnaron 130 acuerdos ante los Tribunales de Justicia, afectando a más de 5000 viviendas, que fueron presuntamente autorizadas al margen de la Ley⁴⁸³.

El Consejo de Ministros acordó la aprobación de un Real Decreto que condujo la disolución del Ayuntamiento de Marbella, todo ello tras la solicitud previa que realizó la Junta de Andalucía, con los informes favorables del Senado y de la Comisión Nacional de Administración Local⁴⁸⁴, en el Boletín del Estado de 8 de abril del 2006 se publicó el Real Decreto 421/2006⁴⁸⁵, de 7 de abril por el que se disponía la disolución del Ayuntamiento de Marbella, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 61.1 de la Ley de Bases de Régimen Local⁴⁸⁶.

Una vez disuelto el Consistorio Marbellí, la Diputación Provincial de Málaga designó una Comisión Gestora para que se ocupara de la Gestión y funciones municipales, hasta los comicios locales de mayo de 2007, todo ello en base a lo que establecía el artículo 183.1 de la Ley de Régimen Electoral General⁴⁸⁷.

⁴⁸³ MARTINEZ RODRÍGUEZ, J.A. *Criminología de la corrupción urbanística y prevaricación funcional*. Bosch Editor. Barcelona 2015, pág. 52.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ Real Decreto 421/2006 de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-6345.

⁴⁸⁶ Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>.

“Artículo 61.

1. El Consejo de Ministros, a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma correspondiente o a solicitud de éste y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, podrá proceder, mediante real decreto, a la disolución de los órganos de las corporaciones locales en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

2. Se considerarán, en todo caso, decisiones gravemente dañosas para los intereses generales en los términos previstos en el apartado anterior, los acuerdos o actuaciones de los órganos de las corporaciones locales que den cobertura o apoyo, expreso o tácito, de forma reiterada y grave, al terrorismo o a quienes participen en su ejecución, lo enaltezcan o justifiquen, y los que menosprecien o humillen a las víctimas o a sus familiares.

3. Acordada la disolución, será de aplicación la legislación electoral general, cuando proceda, en relación a la convocatoria de elecciones parciales y, en todo caso, la normativa reguladora de la provisional administración ordinaria de la corporación.”

⁴⁸⁷ Ley Orgánica 5/1985 de 19 de Junio, del Régimen Electoral General. Consultado en: <http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/loreg>.

“Artículo 183

1. En los supuestos de disolución de corporaciones locales por acuerdo del Consejo de Ministros, previstos en la legislación básica de régimen local por gestión gravemente dañosa para los intereses

Tras cuatro años de instrucción, dos años de juicio y uno de deliberaciones, se dictó por la sección primera de la Audiencia Provincial de Málaga la Sentencia número 535/2013 de 4 de octubre⁴⁸⁸, de los 95 procesados con los que empezó el proceso judicial, la sentencia finalmente absolvió a 43 personas (incluidos aquellos cuya acusación fue retirada), y habiéndose solicitado por las acusaciones, principalmente Fiscalía y Ayuntamiento de Marbella, penas de prisión por decenas de años, incluso algunas de dos dígitos de duración, la gran mayoría de los castigos impuestos en la práctica no supera los dos años de prisión, siendo la condena más alta de once años de prisión, impuesta a Juan Antonio Roca Nicolás, según la sentencia cerebro de toda la trama corrupta. Personajes denostados por el público, como el ex alcalde de Marbella Julián Muñoz, fue condenado a dos años de prisión, y empresarios, igualmente *linchados* a consecuencia de su relación con este proceso resultaron absueltos o condenados a meses de privación de libertad; pena ésta que, en condiciones normales, no suele ser ejecutada⁴⁸⁹.

generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales, deberá procederse a la convocatoria de elecciones parciales para la constitución de una nueva corporación dentro del plazo de tres meses, salvo que por la fecha en que ésta debiera constituirse el mandato de la misma hubiese de resultar inferior a un año.

Mientras se constituye la nueva corporación o expira el mandato de la disuelta, la administración ordinaria de sus asuntos corresponderá a una comisión gestora designada por la diputación provincial o, en su caso, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, cuyo número de miembros no excederá del número legal de miembros de la corporación. Ejercerá las funciones de Alcalde o Presidente aquel vocal que resulte elegido por mayoría de votos entre todos los miembros de la comisión.

2. Cuando la disolución se produzca porque los órganos de gobierno de la corporación local lleven a cabo alguna de las actuaciones previstas en el artículo 61.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la diputación provincial o, en su caso, el órgano competente de la Comunidad Autónoma asumirá directamente tras la disolución la gestión ordinaria de la corporación hasta la finalización del correspondiente mandato, no pudiendo adoptar acuerdos para los que se requiera una mayoría cualificada.”

⁴⁸⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Málaga 535/2013 de 4 de octubre.

“Estima el Tribunal sentenciador del caso Malaya que concurren todos y cada uno de los elementos integrantes de la continuidad delictiva a los que hemos hecho referencia. Sin duda alguna se aprecia ese dolo de continuidad que reseñábamos plasmado en la concatenación de hechos que responden a un plan preconcebido. En los delitos de cohecho porque los interesados aportantes del dinero (empresarios) pactan o aceptan las exigencias del Sr. Blas Nicolás aviniéndose a entregarle dinero para él y para los concejales con la única finalidad de que les faciliten sus intereses inmobiliarios en la localidad de Marbella. Se pactan unas cantidades concretas según la jerarquía que gozaba en el consistorio y se perciben cada cierto periodo de tiempo según se disponga de efectivo en la caja única del Sr. Blas Nicolás.”

⁴⁸⁹ *Ibidem.*

Dicha sentencia fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, dando origen a la sentencia 508/2015 de 27 de julio⁴⁹⁰, en la misma, el Tribunal Supremo confirmó la mayoría de las condenas de la Audiencia de Málaga, pero aumentó alguna, entre ellas la del asesor urbanístico Juan Antonio Roca, el cerebro de la red, cuya sentencia pasó de 11 a 17 años de prisión al apreciarse un nuevo delito fiscal y agravarse las penas por cohecho y blanqueo. Otros obtuvieron una reducción de penas, la ex alcaldesa Marisol Yagüe pasó de seis a cinco años y medio de cárcel y a la ex concejala Isabel García Marcos se le redujo de cuatro a tres y medio. Los magistrados del Supremo confirmaron en la sentencia que en el Ayuntamiento de Marbella se instauró a principios de la década pasada un sistema de corrupción política y económica “generalizada” donde el Gobierno municipal, bajo la sombra del fallecido Jesús Gil, actuaban al margen de la ley y se movían solo por “los intereses particulares de aquellos que pagaban y de aquellos que recibían”.

El jefe de la trama era el asesor urbanístico Juan Antonio Roca, que tenía en nómina a cargos públicos para que aprobaran sus propuestas urbanísticas. La cúpula municipal hizo “una absoluta dejación de las funciones públicas de información y buen gobierno que le corresponderían”. Los jueces recordaron en la resolución judicial que la corrupción llegó a tal grado que, por primera vez en la historia de España, hubo que disolver un Ayuntamiento y crear una junta gestora hasta las siguientes elecciones⁴⁹¹.

2.5. Sentencias Casos Ayuntamientos de Camas, Arrecife y Bormujos (Sevilla).

Tomo otro punto de partida para analizar la situación en España, en primer lugar, el denominado caso Camas, según se relata en la sentencia de dicha causa, tras haber sido condenada una concejala del equipo de Gobierno del ayuntamiento de Camas (Sevilla) por un delito de estafa procesal, el Alcalde dictó un decreto por el

⁴⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2015.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

que le fueron revocadas a la concejala sus atribuciones. La Comisión de Gobierno de Izquierda Unida, partido al que ambos pertenecían, quedó en minoría y el Ayuntamiento perdió la capacidad para adoptar decisiones que precisaran la aprobación del Pleno del Ayuntamiento. Al mismo tiempo, la situación generó un enfrentamiento de la concejala y de otro miembro del mismo partido con el alcalde del Ayuntamiento.

Para lograr desbloquear la situación y con el objetivo de conseguir la aprobación de determinados proyectos urbanísticos, los acusados, todos ellos miembros de la Comisión del Gobierno, contactaron a un empresario, alejado ya de la actividad política, para que con su intercesión lograra limar asperezas entre el Alcalde y ambos miembros del partido y convencer a la concejala para que votase a favor de la aprobación de dichos proyectos a cambio del pago de una gran cantidad de dinero, que en todo caso incluía una primera entrega de 12.000 euros⁴⁹².

Lejos de conseguir su objetivo de una previa reconciliación con el Alcalde, seguida de la compra de voto a la concejala, ésta y su compañero de partido acudieron a la policía, al tiempo que hacían creer al empresario que accedían a su propuesta, para lograr así la detención de sus adversarios políticos⁴⁹³.

En este caso no se produjo la venta del voto, pero sí se realizó un ofrecimiento de dádiva a cambio de votar a favor de los proyectos urbanísticos que se pretendían llevar a cabo.

Otros hechos similares, unidos a la corrupción política y por ende afectados por el delito de cohecho, son los de transfuguismo político, como ejemplo, cabe citar el caso que se produjo en 1995 en el Ayuntamiento de Arrecife, Tenerife, cuando, con motivo de la elección del alcalde del Ayuntamiento, uno de los acusados, presidente del Partido de Independientes de Lanzarote (PIL), sobornó al otro acusado, concejal del Partido Popular, para que se abstuviera de votar y lograr de este modo que, ante un empate de 10 de votos entre los candidatos de ambas formaciones, saliera

⁴⁹² Sentencia Sala Civil y Penal del TSJA, en el recurso de apelación penal 9/2013 del Tribunal del Jurado, procedente de la Audiencia Provincial de Sevilla sentencia de 21 de marzo de 2013.

⁴⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2014.

elegido, en aplicación de la normativa vigente, el candidato del partido más votado, que en este caso era el PIL. El soborno consistió en el ofrecimiento de 12 millones de pesetas, pagaderas a razón de 3 millones por cada año de legislatura, más el cargo de Concejal de Tráfico, Policía y Personal, con una retribución de 300.000 pesetas netas mensuales⁴⁹⁴. Dicho soborno fue aceptado por el concejal del Partido Popular, que se abstuvo en la votación, llevando así a que fuese nombrado alcalde el candidato del PIL y no el candidato de su propia formación política⁴⁹⁵.

La consideración del transfuguismo como acto injusto en lugar de como un acto propio del cargo, confunde la antijuricidad del acto con la vinculación a una dádiva y vacía de contenido el tipo español de corrupción de funcionarios en el ejercicio de actos propios de su cargo⁴⁹⁶.

Muchos más casos se han ido sucediendo en las últimas fechas, el más reciente y mediático ha sido la condena a la ex alcaldesa del municipio Sevillano de Bormujos, la Audiencia Provincial de Sevilla, condenó a seis meses de cárcel a la ex alcaldesa de Bormujos Ana Hermoso (PP) por un delito de cohecho, después de que el empresario Jesús Calvo Soria le regalara un bolso de Loewe en "agradecimiento" a su apoyo a la moción de censura consumada en 2005 para expulsar al PSOE de la Alcaldía y devolver el poder al independiente Baldomero Gaviño. Tras el veredicto de culpabilidad emitido por un jurado popular, la magistrada-presidente del juicio, Mercedes Alaya, fijó la condena a la ex regidora en seis meses de prisión, tres años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y el pago de una multa de 90 euros, esto último "atendida la tasación efectuada al desconocerse el modelo del bolso que le fue obsequiado", según una sentencia fechada el 15 de julio de 2016⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Sentencia Audiencia Provincial de las Palmas sentencia de 24 de febrero de 2000.

⁴⁹⁵ Sentencia Tribunal Supremo 19 de diciembre de 2000.

⁴⁹⁶ PUENTE ALBA, L.M. *La intervención penal en supuestos de fraude corrupción*. Ed. Bosch. Barcelona 2015, pág. 402.

⁴⁹⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla 4/16 de 15 julio de 2016. Exalcadesa de Bormujos.

Dicha resolución condenatoria de julio de 2016 ha sido revocada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de enero de 2017⁴⁹⁸, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha estimado el recurso de apelación interpuesto por la acusada y ha considerado prescrito el delito de cohecho al considerar que no se ha acreditado que la acusada apoyara la moción de censura del Ayuntamiento de Bormujos (Sevilla) sobre la base de recibir un regalo de un bolso.

La sentencia indicada recoge que en una valoración racional y ajustada al veredicto del Jurado, la motivación para el voto a favor de la moción de censura por parte de la acusada no fue dicho regalo o dádiva, “por cuanto, en primer lugar, se produjo varias semanas después de que hubiese comprometido públicamente a favor de la moción (sin que en ese momento conociese que se le iba a regalar nada); y en segundo lugar, por cuanto es de todo punto obvio que lo que motivó dicha decisión, como queda acreditado con el documento notarial de 21 de diciembre de 2004, y como se hizo realidad, fue la asunción de responsabilidades en el nuevo equipo de gobierno, sin que pueda considerarse razonable que prevaleciese la "condición" de recibir, además, un bolso”.⁴⁹⁹

Parecía cuanto menos llamativo, que un bolso de una marca conocida, sea de entidad suficiente como para condicionar la voluntad de la responsable municipal y por tan escaso valor, proceder a la interposición de una moción de censura, por cierto, figura prevista en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, totalmente legal, salvo que para la presentación de la misma, se haya ofrecido alguna dádiva o regalo, a alguno de los firmantes. En este caso, como en otros muchos el perjuicio mediático de no respetar la presunción de inocencia difícilmente se repara, ya que nadie le va quitar el daño de la pena mediática padecida, ni siquiera reciente la absolución.

⁴⁹⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de enero de 2017.

⁴⁹⁹ Consultado en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Andalucia--Ceuta-y-Melilla/Noticias-Judiciales-TSJ-Andalucia--Ceuta-y-Melilla/El-TSJ-de-Andalucia-considera-prescrito-el-delito-de-cohecho-de-la-concejal-de-Bormujos--Sevilla--que-recibio-un-bolso>.

2.6. Sentencia Tribunal Supremo contra Ex Alcalde de Lloret de Mar.

La Sala II del Tribunal Supremo confirmó en el mes de octubre de 2016⁵⁰⁰, la condena por delito de cohecho pasivo al ex alcalde de Lloret de Mar (Girona), y ex diputado autonómico catalán por CiU, Xavier Crespo Llobet, por los regalos que recibió de un empresario ruso que impulsaba un proyecto urbanístico en la localidad, pero anuló el de prevaricación impuesta a la misma persona al considerar que no hay prueba suficiente de la comisión de ese delito, ya que no está acreditado que presionara a los técnicos municipales, secretario e interventor del Ayuntamiento para lograr que saliera adelante la bonificación fiscal del impuesto de la construcción a la empresa del ciudadano ruso citado, que fue aprobada por el Pleno de la Corporación.

Por ello, la sentencia absolvió tanto a Crespo como al ex concejal de Urbanismo de la misma localidad Josep Valls Méndez, y al empresario ruso Andrei Borisovich Petrov, del delito de prevaricación administrativa por el que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña les condenó a 7 años de inhabilitación especial a cada uno (a los dos primeros como autores de dicho delito, y al tercero como cooperador necesario). Ello implica además que se les absolvió del pago de forma solidaria de 133.754 euros al Ayuntamiento de Lloret de Mar, cantidad en la que se redujo el pago del impuesto tras la bonificación fiscal aprobada.

Por el contrario, el Supremo mantuvo la condena de 2 años y medio de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público de responsabilidad y gestión municipal, así como el pago de multa de 450.000 euros, impuesta a Crespo por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por el delito de cohecho pasivo, debido a los tres regalos o dádivas que recibió del empresario ruso Petrov, un viaje de un fin de semana a Moscú para él y su familia, en febrero de

⁵⁰⁰ Sentencia Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016.

2008; un reloj de 2.200 euros por su cumpleaños en septiembre de 2010; y el patrocinio por cuatro temporadas, dotado con 90.000 euros por temporada, a los clubes de hockey y fútbol de la localidad, presidido este último por el ex concejal Valls, y del que era vicepresidenta la esposa de Crespo. Ambas eran entidades privadas.

El ex concejal Josep Valls fue condenado por el mismo delito de cohecho pasivo, por el patrocinio de los equipos deportivos, a 1 año y 6 meses de inhabilitación y multa de 300.000 euros, mientras que Petrov, como autor de un delito continuado de cohecho activo, fue condenado al pago de 450.000 euros de multa.

El Supremo, en sentencia de la que fue ponente el magistrado Juan Ramón Berdugo, destacó que sobre el delito de cohecho el TSJ de Cataluña contó “con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia”, llegando a una “convicción” que fue “lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, entiende dicho Tribunal que la invitación que el acusado Arcadio hizo al acusado Juan Miguel y a su familia de un viaje a Rusia (febrero 2008), y la posterior del regalo del reloj (10.9.2010) encajan en el concepto más tradicional de regalo y considera que aun cuando la cuantía de ambos no resulte especialmente relevante y pudiera pretenderse que se integran en un acto de cortesía delitos de los que son relaciones personales, la naturaleza del primero, un viaje familiar, cuyo importe total ascendió a 5.000 euros, y la cuantía del segundo 2.200 euros, excede lo que puede entenderse como aceptable en un marco de adecuación social⁵⁰¹.

2.7. Operación Cóndor en Galicia.

La titular del Juzgado de Instrucción número 1 de Lugo, Pilar de Lara Cifuentes, decidió investigar a 24 políticos y altos funcionarios por un delito de

⁵⁰¹ *Ibidem.*

cohecho pasivo impropio en atención al cargo, todos ellos recibieron regalos por importe superior a 400 euros enviados por el dueño de la empresa de transportes Monbus, Raúl López, detenido e imputado por blanqueo de capitales, tráfico de influencias, delito contra la Hacienda Pública y delito de cohecho⁵⁰².

Ése es el límite que la jueza establecía para dictaminar si el regalo a un alto cargo “va más allá de los usos sociales y de los valores habituales” y adquiere, por tanto, “capacidad para turbar la imparcialidad y la probidad de los funcionarios y autoridades”. Además de los 24 políticos y funcionarios a los que imputa Pilar de Lara, hay otros siete que no están bajo su jurisdicción y que también recibieron regalos del dueño de Monbus. Por ello, la jueza envió una exposición razonada al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia de Galicia explicando los hechos que afectan a los políticos aforados ante esos tribunales, que deberán decidir ahora si observan indicios de delito y deciden abrir una investigación que puede terminar con la solicitud de suplicatorios o si por el contrario no consideran que la aceptación de los regalos tenga suficiente relevancia penal⁵⁰³.

Ante el Supremo se encuentran aforados el eurodiputado José Blanco (PSOE), los senadores José Manuel Barreiro y Juan Antonio de las Heras, y la diputada Pilar Rojo (todos ellos del PP), y ante el Tribunal Superior Justicia Gallego, lo están el presidente de la Xunta, Alberto Núñez Feijóo, su vicepresidente, Alfonso Rueda, y el exalcalde de Santiago y ahora diputado autonómico José Antonio Sánchez Bugallo (PSOE)⁵⁰⁴.

De todas estas personas la juez sospecha que cometieron un delito de cohecho de facilitación; es decir, aceptaron ventajas en consideración a su cargo aunque no conste de momento que, a cambio, hayan favorecido de algún modo a

⁵⁰² Noticia publicada en el periódico digital Infolibre el pasado 10 de diciembre de 2016. Consultado en: http://www.infolibre.es/noticias/politica/2016/12/10/la_jueza_pide_imputacion_por_cohecho_los_altos_cargos_que_recibieron_regalos_monbus_por_mas_400_euros_fiscalia_opone_58599_1012.html.

⁵⁰³ *Ibidem.*

⁵⁰⁴ *Ibidem.*

quien les obsequió. La mayor parte de esos obsequios eran botellas de vino, y en algunos casos de los más caros, cajas de Vega Sicilia de hasta 878 euros⁵⁰⁵.

Según las últimas noticias que trascienden y la publicada el día 11 de diciembre de 2016, dicha entrega de regalos no sólo ha sido materializada a políticos, sino que también se han entregado a responsables del Ejército, aparecen en los listados militares de la Brilat (la Brigada de Infantería Ligera Aerotransportable, con sede en Pontevedra), Ejército de la Armada y Dirección de Transportes del Ejército de Tierra. De la Brilat, los lotes de mayor calidad eran para el coronel Juan Carlos Anguita González y el también coronel José Antonio Alonso⁵⁰⁶.

En la Dirección de Transportes de Tierra recibían tratamiento "vip" (botellas por valor de hasta 878 euros) o "muy bueno" (670 euros) el general Francisco Martín Alonso y el coronel José Antonio Casado, y en la Bripac, el general Juan Cifuentes⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

⁵⁰⁶ Noticia publicada en el diario el Confidencial el 11 de diciembre de 2016. Consultado en: http://www.elconfidencial.com/espana/galicia/2016-12-11/de-ser-posible-un-jamon-las-extravagantes-peticiones-de-los-militares-al-rey-de-los-autobuses_1301880/.

⁵⁰⁷ *Ibidem.*

2.8. Sentencia Absolutoria Audiencia de Madrid sobre delito de cohecho por razón del cargo.

Llamativa fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resalto, Sección 1ª, Sentencia 273/2013 de 7 de junio de 2013⁵⁰⁸, (Ponente: Benito López,

“A la luz de esas averiguaciones, el fiscal de Lugo, Jesús Álvarez González, apreció en diciembre de 2015 indicios de un delito de cohecho en los regalos enviados a Núñez Feijóo, Alfonso Rueda, el ex diputado del PP Alejandro Gómez Alonso, portavoz de la comisión de Infraestructuras del Parlamento gallego y el ex ministro José Blanco. Por ello, pidió que se elevara exposición razonada al Tribunal Supremo y al TSXG para que concedieran el suplicatorio y procesar a estos aforados. A juicio del fiscal, los costosos obsequios de Raúl López pretendían propiciar una buena relación con su grupo empresarial y conseguir facilidades con las correspondientes Administraciones.

El fiscal jefe de Lugo, Roberto Brezmes, acudió meses más tarde, el pasado abril, a la Fiscalía General del Estado y la Fiscalía Superior de Galicia en busca de un criterio común para las diferentes causas abiertas en relación con los regalos de Monbus, los no aforados, los aforados bajo competencia de Tribunales Superiores y los aforados sometidos al Supremo. Como consecuencia, en mayo decidió pedir el sobreseimiento de la causa contra los no aforados, además de dictaminar que no procedía pedir el suplicatorio para los aforados. Cuando la jueza insistió en seguir adelante con el procesamiento, el fiscal jefe de Lugo volvió a pedir que se dejara sin efecto.

Usos sociales arraigados, según el fiscal, Brezmes justifica que, en el caso de autoridades y funcionarios, recibir lotes de botellas de vino en Navidad “no se ajusta actualmente a los códigos éticos, normativa ad hoc y buenas prácticas de una Administración moderna, transparente y eficiente”. Pero a continuación asegura que “en los años en que se realizaron los regalos de Monbus una parte mayoritaria de la sociedad los consideraba como usos sociales arraigados, ajenos al ámbito jurisdiccional penal. Los obsequios se enviaron hasta 2014. A su juicio, además, el envío de las botellas “en modo alguno tienen la capacidad de influencia mínima y necesaria para interferir en el ejercicio de las funciones públicas de los investigados.

El fiscal jefe de Lugo llega a estas conclusiones no sin antes recordar los distintos límites que múltiples organismos han establecido para decidir en qué momento una muestra de cortesía pasa a convertirse en problema ético. La Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) lo fija en 150 euros. La misma cantidad figura en el Código de Comportamiento de la Administración

italiana, en el de los funcionarios de la Comisión Europea y en el de los diputados del Parlamento Europeo. El código ético del PSOE lo rebaja a 100 euros, el de la Xunta a 90 euros y el de los funcionarios de Estados Unidos lo deja en sólo 50 euros, recuerda el fiscal.

Pues bien, el importe mínimo de la caja de vino recibida por los aforados es de 517,55 euros. El paquete más caro ascendía a 878 euros, por lo que “excede el Salario Mínimo Interprofesional 655,2 euros, apuntó la jueza Pilar de Lara en un auto del pasado 10 de noviembre, donde rebate los argumentos del ministerio público. En primer lugar, le recuerda que gran parte de los obsequiados son funcionarios y autoridades que trabajan en el ámbito del transporte en territorios donde Monbus tiene contratos y que pertenecen a administraciones públicas donde la empresa mantiene intereses económicos. Según los informes de Vigilancia Aduanera, el grupo de Raúl López ha sumado adjudicaciones públicas por importe de 172,6 millones de euros desde 2008.

La realización de tales prebendas”, añade De Lara, está directamente vinculada al cargo que desempeñaban los citados funcionarios y autoridades, pues resulta obvio que, de no ostentar tales cargos, no habrían recibido los regalos en cuestión. La cuantía del regalo dependía del cargo del destinatario, destaca, e incluso algunos de ellos vieron rebajado su valor en el momento en que dejaron sus puestos. A su juicio, al recibir y aceptar el obsequio “quedan tácitamente en una situación de correspondencia y compromiso”.

⁵⁰⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 273/2013 de 7 de junio de 2013.

“Los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos de un delito continuado de cohecho del art. 422 en relación con el art. 74 CP.

La continuidad que implica la comisión sucesiva y reiterada de unas conductas que atentan contra un mismo bien jurídico, bajo un dolo único y aprovechamiento de idénticas circunstancias, queda descartada al considerarse únicamente acreditado que la acusada aceptó 600 euros en una única ocasión.

El art. 422 castiga a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función.

Este ilícito denominado de cohecho pasivo impropio requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) El ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo.
- b) La aceptación por éste de dádiva o regalo.
- c) Una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.
- d) La conciencia que se le hace la dádiva o regalo en atención a su cargo.

La STS 323/2013, de 23 de abril (refiriéndose al art. 426 actualmente art. 422, indica:

“La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesidad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se “...

protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”.

1) Para la afirmación del tipo es necesaria una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, de tal forma que la entrega se realice por causa de la simple consideración a la función que desempeña la autoridad o funcionario. Por ello es conveniente insistir en que no se exige del funcionario o autoridad la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio de su cargo sino que basta que el regalo sea ofrecido en consideración a su función.

La necesidad de este enlace causal entre la entrega del obsequio y el carácter público del receptor se expresa con elocuencia cuando se precisa que el término "en consideración a su función" debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de autoridad o funcionario de la persona, esto es, que solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga, le ha sido ofrecida la dádiva, el objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no se hubiera dirigido a él ofreciéndole aquella.

Los objetivos del particular que ofrece dádivas o regalos en consideración a la función, en general, están vinculados, hablando de manera coloquial, al "engrasamiento" general de la maquinaria burocrática administrativa por la vía del agradecimiento o complacencia de la autoridad o funcionario que la recibe.

Si, evidentemente, el regalo se presenta y acepta no en consideración a la función desempeñada por la autoridad o funcionario, sino, en virtud, por ejemplo de relaciones familiares o amistosas, la acción quedaría fuera del perímetro típico del art. 426 CP. EDL1995/16398 1995, con independencia a la dificultad en la práctica de distinguir cuando el regalo se ha hecho por meras relaciones amistosas y no en consideración a la función.

2) Por regalo habría que entender objeto de valor material (económico) más o menos grande "pero suficiente para descartar toda idea de afectación" independiente del valor económico del regalo, lo fundamental para este sector doctrinal es que las circunstancias se hagan desechar toda idea de afecto, inclinación o apego, si estas fueran descartables, cualquiera que sea el valor de la cosa - siempre que la tuviera- bastaría para que fuera aplicable la máxima de que la "justicia ofende etiam uno nummo" (aún por un solo céntimo).

Otros autores señalan, sin embargo, que en caso de regalos cuya cuantía sea moderada o de lo que en los usos sociales se consideran forma habitual de relación amistosa, el precepto no debiera ser aplicado por más que el regalo se realice en consideración a su función por faltar la voluntad de corromper, no pudiendo hablarse de tales supuestos de retribución por un acto del cargo sino de pequeños obsequios hechos a título de mera cortesía.

En este sentido parece, en efecto, ilógico estimar que un regalo de ínfimo valor pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario o autoridad, a tal respecto deben tenerse presente las exigencias de la adecuación social, conforme a las cuales conducta socialmente adecuada es la conducta tolerable en la sociedad, porque se la estima normal en un determinado orden social histórico; la conducta socialmente tolerada no constituye una acción ejemplar o plausible, sino que se limita a representar un comportamiento no sujeto a reprobación social.

En este ámbito de los usos y costumbres sociales la STS. 362/2008 de 13 de junio, que reconoce que no es tarea fácil la delimitación del alcance del delito de cohecho pasivo impropio del art. 426 CP, a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obligan a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social.

Alejandro María; N° de Recurso: 1/2013) que declaró absuelta por cohecho, a la Secretaria de centro público escolar que recibe 600 euros de la empresa contratista del servicio extraescolar «Primeros del Cole». Según la Audiencia no concurrió el nexo causal entre el dinero y la función pública de la acusada al estimar que, aunque la gestión del servicio de atención a alumnos antes de la hora de entrada a clase la asumió como Secretaria del centro escolar, quedaba extramuros de sus obligaciones propias de su función al ser una actividad extraescolar y realizarla fuera de su jornada como funcionaria. Una resolución judicial muy significativa y de los pocos que defiende pronunciamientos en este sentido.

Como fórmula orientadora, algún autor considera que puede considerarse, por ejemplo, lo recogido en el art. 54.6 Ley 7/2007 de 12.4, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) al incluir, entre los deberes de los empleados públicos, el siguiente principio de conducta "se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal". Formula esta anticipada en el denominado Código del Buen Gobierno de los miembros del Gobierno, los altos cargos de la Administración del Estado, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 18.2.2005, en el número 6 del apartado 3 (Principios de conducta) del Código puede leerse:

"6. se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o prestamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal".

En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional se incorporan al patrimonio del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003 de 3.11 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente".

3) Y en orden a la fundamentación de la culpabilidad debe exigirse que el sujeto activo se comporte dolosamente para responder por la realización del supuesto típico: el funcionario o autoridad ha de poseer la voluntad libre y consciente de aceptar los regalos con conciencia o en la convicción de que éstos le son presentados por razón de su cargo."

En este caso, concurrirían los dos primeros requisitos en la aceptación de los 600 euros, no así los dos últimos.

El Jurado concluyó que no existía el nexo causal entre el dinero y la función pública de la acusada al estimar que, aunque la gestión del servicio "Primeros del Cole" la asumió como Secretaria del centro, quedaba extramuros de sus obligaciones propias de su función al ser una actividad extraescolar y realizarla fuera de su jornada como funcionaria.

Además, también estimó que faltaría el elemento subjetivo, es decir, la conciencia que el dinero se le ofreció por razón de su cargo, pues, a pesar de su formación y presumible conocimiento que excedía de un regalo propio de los usos sociales y de cortesía, tenía la absoluta convicción que era exclusivamente por su gestión de la actividad extraescolar, lo que incluso aunque concurriese la conexión con la función, excluiría el dolo por error invencible."

3. Casos de corrupción mediáticos sobre el delito de cohecho tramitándose en la actualidad.

Una multitud de casos se encuentran hoy instruyéndose en los Juzgados de toda España, donde el denominador común es el mismo, la corrupción pública y el pago de dinero o entrega de dádivas, por destacar algunos por su importancia y volumen, el más significativo, es el denominado caso de los ERES de Andalucía⁵⁰⁹, donde se está investigando toda una época de presunta corrupción al más alto nivel autonómico por parte del acomodado en Andalucía Partido Socialista Obrero Andaluz, donde se presume que se han malgastado cientos de miles de millones de euros públicos, se investigaba una presunta trama de corrupción en el seno de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía donde se habrían malversado fondos públicos durante una década, en la que Andalucía ha estado gobernada por Manuel Chaves y José Antonio Griñán, mediante un sistema que eludía los controles para "favorecer a familiares, amigos y personas del entorno" de "altos cargos de la Junta o el PSOE", en estos momentos se han transformado las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado y la Fiscalía acusa entre otros a los Ex presidentes Chaves y Griñán.

Igual ocurre con el denominado caso Gurtel, un caso de investigación sobre corrupción política que tiene el origen de su nombre en la traducción al alemán del cabecilla de la trama, Francisco Correa, principal responsable de empresas como Special Events y Orange Market. Según se refleja en las grabaciones recopiladas y analizadas a partir de la denuncia efectuada por José Luis Peñas, ex concejal de Majadahonda por el Partido Popular, tanto estas sociedades como otras (Special

⁵⁰⁹Consultado en: es.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A1ndalo_de_los_ERE_en_Andaluc%C3%ADa.
"El caso de los Eres, caso ERE en Andalucía, también llamado escándalo de los ERE en Andalucía o EREscándalo¹ también conocido como EREgate,² o caso del fondo de reptiles³ es una red de corrupción política vinculada a la Junta de Andalucía, que gobierna el PSOE desde el año 1980. El origen de este escándalo en Andalucía estuvo en la investigación del caso de corrupción en la empresa sevillana Mercasevilla, en la que fueron detectadas prejubilaciones aparentemente fraudulentas."

Events, por ejemplo) formaban parte de un fraudulento holding de empresas dedicado a la consecución de adjudicaciones de contratos y beneficios urbanísticos gracias al trato de favor hacia ellas de ayuntamientos, y especialmente de las Comunidades Autónomas de Madrid, Galicia y Valencia, para ello, se valían de sobornos, regalos y otras contraprestaciones, a día de hoy alguna pieza separada de este caso se ha enjuiciado estando pendiente de sentencia y la principal, se encuentra juzgándose en la Audiencia Nacional.

Lo mismo ocurre con otro caso de clara actualidad y que se encuentra en Instrucción, el caso Púnica⁵¹⁰, denominado operación Púnica, es el nombre que se le ha dado a una investigación sobre corrupción municipal y autonómica llevada a cabo por el juez de la Audiencia Nacional Eloy Velasco en octubre de 2014. La trama corrupta, en la que están presuntamente implicados políticos, funcionarios y empresarios, operaba principalmente en Madrid, Murcia, León y Valencia, entre otros municipios y se habría adjudicado contratos por valor de 250 millones de euros en sólo dos años, más de 200 políticos y funcionarios recibieron regalos de esta trama. Entre los inicialmente arrestados figuraban el ex Diputado Regional y ex Consejero de la Comunidad de Madrid, Enrique Granados, y el que era presidente de la diputación de León, también del PP, Marcos Martínez.

Muy recientemente ha tenido lugar el dictado de una Sentencia por parte de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estuvo juzgando uno de los mayores casos de corrupción de Aragón concretamente en la Muela, donde su ex alcaldesa ha sido condenada a 17 años de prisión por entre otros delitos el de cohecho⁵¹¹.

⁵¹⁰ Consultado en: https://es.wikipedia.org/wiki/Operaci%C3%B3n_P%C3%BAnica.

“Operación Púnica es el nombre dado al operativo policial efectuado por la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil a instancias del juez de la Audiencia Nacional de España, Eloy Velasco. El 27 de octubre de 2014, fueron detenidos por la Guardia Civil 51 políticos, ediles, funcionarios y empresarios por estar supuestamente implicados en una trama de corrupción que adjudicó servicios públicos por valor de 250 millones de euros en dos años a cambio de pagos y comisiones ilegales del 2-3% del volumen del contrato que posteriormente eran blanqueados a través de un entramado societario.”

⁵¹¹ Noticia publicada en el periódico El Heraldo, el 30 de septiembre de 2016. Consultado en: <http://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza-provincia/2016/09/29/la-exalcaldesa-muela-maria-victoria-pinilla-condenada-anos-prision-1084459-1101025.html>.

Como podemos observar, una problemática muy presente hoy en día en todos y cada uno de los rincones de nuestro país, donde el fenómeno de la corrupción no está ajeno a disputas políticas y jurídico penales, en ocasiones sirve para marcar la agenda del día entre los máximos representantes públicos ante la ciudadanía, pero como he venido destacando, afectando y percibiendo la ciudadanía dicha situación como el segundo problema más importante del país, después del paro.

CAPÍTULO DUODÉCIMO. INICIATIVAS INTERNACIONALES Y EUROPEAS EN RELACIÓN CON LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.

1. Iniciativas Internacionales y Europeas.

Por último, quiero aportar una visión más Internacional de la problemática existente con el fenómeno aquí tratado, debo recordar que el delito de cohecho, no es un delito de ámbito nacional, cada vez, son más frecuentes los casos de corrupción que traspasan nuestras fronteras, para ello he de indicar, que la inquietud por atajar las graves consecuencias de la corrupción tanto en el marco de la gestión pública, como en el de la economía en una sociedad cada vez más globalizada, ha sido incorporada a la Agenda de Naciones Unidas en los últimos decenios, he de resaltar el Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, como instrumento jurídico para atajar las graves consecuencias que

“El proceso de corrupción urbanística que durante más de una década afectó al Ayuntamiento de La Muela tuvo como antecedente previo la constitución por parte de la acusada y alcaldesa María Victoria Pinilla de la denominada Sociedad Urbanística de La Muela (...). Con esta rotunda aseveración comienza el relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza y da la clave del origen del que ha sido, hasta ahora, el mayor caso de corrupción de la historia de Aragón: las sociedades urbanísticas creadas como instrumentos para enriquecimientos personales ilícitos. Así es a juicio del tribunal que durante tres meses juzgó a los 43 acusados y que se ha saldado con condenas que suman 97 años y medio de prisión y millonarias multas para 32 de ellos y la absolución de los 11 restantes.

En concreto, la principal acusada ha sido condenada a 17 años de prisión por delitos de cohecho, blanqueo de capitales, tráfico de influencias, malversación, contra la Hacienda Pública y fraude de subvenciones, así como a 48 de inhabilitación por cinco delitos de prevaricación.”

origina la corrupción en el sector público, y en la economía de una sociedad cada día más globalizada⁵¹², aprobado el 13 de diciembre de 2000⁵¹³, para reforzar los mecanismos de cooperación existentes en respuesta a los desafíos de las formas de criminalidad.

En el artículo 8 y 9 del citado convenio se insta a tipificar como delito, tanto el ofrecimiento a un funcionario (cohecho activo) con la solicitud de por parte del mismo de un beneficio indebido en su propio provecho o el de otro (cohecho

⁵¹² TORRES FERNÁNDEZ, M.E. *Marco normativo internacional contra la corrupción*. Editorial Dykinson. Madrid 2013, pág. 169.

⁵¹³ Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Consultado en: B.O.E. de 29 de septiembre de 2003. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18040>.

“ARTÍCULO 8

Penalización de la corrupción

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

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

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

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

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

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

ARTÍCULO 9

Medidas contra la corrupción

1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación. “

pasivo), como el fin de que actúe o deje de actuar en relación con sus funciones oficiales, incluyendo la mención, facultativa para los Estados⁵¹⁴.

Desde su fundación en el año 1960, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, (OCDE)⁵¹⁵, también ha desarrollado una actividad intensa para evitar la corrupción, por destacar la aportación más importante de la OCDE, reseñar el Convenio sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 21 de noviembre de 1997⁵¹⁶, a raíz de la ratificación de ese Convenio de la OCDE tiene lugar la incorporación a nuestro Código Penal de la figura de la corrupción en las transacciones internacionales⁵¹⁷, preceptuada en el artículo 445 bis del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 15/2003⁵¹⁸, reformada por la Ley 5/2010⁵¹⁹.

⁵¹⁴ *Ibidem.*

⁵¹⁵ Organización para la cooperación y el desarrollo económico. (OCDE). Consultado en:

<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

“Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Trabajamos para entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Medimos la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizamos y comparamos datos para realizar pronósticos de tendencias. Fijamos estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas.”

⁵¹⁶ Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-3593.

⁵¹⁷ SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. *Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. La corrupción a examen*. Aranzadi. 2012, pág. 140.

⁵¹⁸ Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>.

“De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.”

Centésimo cuadragésimo tercero. Se modifica el artículo 445, que queda redactado como sigue:

“1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.

El Consejo de Europa, ha incorporado la lucha contra la corrupción en el marco de su actividad propia, como problema que afecta de forma evidente al funcionamiento del Estado de Derecho y principalmente a los valores de la democracia. Señalo la Resolución (97) 24 sobre los veinte principios rectores de 6 de noviembre de 1997⁵²⁰, igualmente significativa la recomendación R (2000) 10 sobre los Códigos de conducta para los agentes públicos de 11 mayo de 2000⁵²¹, notoria es también la Recomendación Rec. (2003) 4 sobre las reglas comunes contra

2. *Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.*”

⁵¹⁹ Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953. “Se modifica el artículo 445, que tendrá la siguiente redacción:

«1. *Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.*

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

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

3. *A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:*

a) *Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.*

b) *Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.*

c) *Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.*”

⁵²⁰ Consultado en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution\(97\)24_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution(97)24_FR.pdf).

⁵²¹ Consultado en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec\(2000\)10_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2000)10_FR.pdf).

la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales de 8 de abril de 2003⁵²².

La Unión Europea, en otro orden, ha abordado la creación de una red de puntos de contacto entre los Estados miembros, en conexión directa con la Comisión Europea⁵²³, Europol⁵²⁴ y Eurojust⁵²⁵, dicha red asume las funciones de intercambio de

⁵²² Consultado en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec\(2003\)4_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2003)4_FR.pdf).

⁵²³ La Comisión Europea La Comisión Europea es el órgano ejecutivo de la Unión Europea y vela por su interés general. Consultado en: http://ec.europa.eu/index_es.htm.

⁵²⁴ Europol. Consultado en: <https://www.europol.europa.eu/>

“La Oficina Europea de Policía (Europol), es el órgano encargado de facilitar las gracias a la creación de una policía europea. La realidad de esta acción común ha dado su fruto con la creación de un Sistema de Información Schengen, ya que facilita el intercambio de información entre las distintas policías nacionales de los Estados miembros bajo el control de una oficina nacional, SIRENE, que controla la validez de la información transmitida.

La cooperación policial ha permitido entre otras cosas, que el 14 de junio de 2005 se interrogara a 30 personas en el marco de una vasta cooperación lanzada en agosto de 2004 a través de trece estados contra la pornografía infantil en internet; arrestar simultáneamente en Países Bajos, Reino Unido y Francia a once personas pertenecientes a un grupo que organizaba el transporte ilegal de trabajadores clandestinos iraníes que transitaban por los países escandinavos hacia el Reino Unido y Canadá; desmantelar una red de tráfico de drogas dirigida por una organización criminal con base en Italia compuesta por italianos, neerlandeses y sudamericanos que pasaban de contrabando cocaína proveniente de Latinoamérica hacia Italia y Países Bajos; poner en marcha una investigación sobre el tráfico de vehículos robados en España encaminados a Alemania.

Compuesto por 800 personas, de las que 145 son oficiales de enlace Europol (OEE), Europol es financiada por la contribución de los estados miembros calculada, cada año, en función de su PIB. En la actualidad, cuenta con miembros de la Guardia Civil y del CNP tanto como oficiales de enlace, expertos cedidos y personal contratado por Europol, siendo actualmente el español de mayor nivel dentro de la estructura el ingeniero Luis de Eusebio Ramos, con el rango de Subdirector

operaciones de lucha contra la delincuencia en el seno de la Unión Europea (UE).

Con esta organización se institucionaliza la cooperación judicial. Como premisas para esta cooperación se encuentra la apertura de las fronteras nacionales como consecuencia directa de la libre circulación de personas y el avance hacia una completa integración europea, que en materia de justicia interior, culminaría con una acción común contra la delincuencia.”

⁵²⁵ Eurojust. Consultado en: <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/es.aspx>.

“Eurojust fue creado por Decisión 2002/187/JHA del Consejo, modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008.

Es tarea de Eurojust aumentar la eficacia de las autoridades nacionales en la investigación y persecución de las formas graves de delincuencia organizada y transfronteriza, y llevar a los delincuentes ante la justicia de forma rápida y eficaz. El objetivo de Eurojust es convertirse en un elemento clave en la cooperación y un centro de conocimiento y experiencia a nivel judicial en la lucha efectiva contra la delincuencia organizada transfronteriza en la Unión Europea.

Eurojust fue creado en 2002 con el objetivo de apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales en la lucha contra las formas graves de delincuencia transfronteriza en la Unión Europea.

información sobre medias contra la corrupción en el Conjunto de la Unión Europea, refiero la Decisión 2008/852/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008,⁵²⁶ esta iniciativa vino a completar la labor iniciada por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)⁵²⁷, en el 2011 se creó el grupo de expertos en Corrupción de la Unión Europea, por decisión de la Comisión de fecha 28 de septiembre de 2011⁵²⁸.

Pero también han existido iniciativas de lucha contra la corrupción en otros continentes, por exponer algunas de las más significativas, la Convención Interamericana contra la corrupción, de 29 de marzo de 1996⁵²⁹, o la Convención de la Unión Africana sobre la lucha contra la corrupción⁵³⁰.

Cada uno de los 28 Estados miembros de la UE nombra a un representante de alto nivel para trabajar en Eurojust, con sede en la Haya. Estos representantes son fiscales, jueces o funcionarios de policía con competencias equivalentes, y de reconocida experiencia.

Los Miembros Nacionales llevan a cabo el mandato de Eurojust de coordinar a las autoridades nacionales en sus investigaciones y en la persecución de los delitos. También resuelven los retos y problemas prácticos que surgen de las diferencias entre los sistemas legales de los Estados miembros.

Los miembros nacionales cuentan con el apoyo de Adjuntos, Asistentes y Expertos Nacionales Destacados. En Eurojust también pueden trabajar Magistrados de enlace de aquellos terceros Estados con los que Eurojust tiene un acuerdo de cooperación. Actualmente hay Magistrados de enlace de Noruega y Estados Unidos adscritos a Eurojust. La reciente legislación de la Unión Europea dispone asimismo que Eurojust puede enviar Magistrados de enlace a terceros Estados.

Eurojust también alberga las Secretarías de la Red Judicial Europea, la Red de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y la Red de Equipos Conjuntos de Investigación.

Eurojust cuenta con un personal de unos 260 trabajadores, lo que asegura una rápida respuesta a las peticiones de ayuda realizadas por las autoridades nacionales u otros organismos de la Unión Europea.”

⁵²⁶ DOUE, 12.11.2008 NÚMERO 301. Decisión 2008/852/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción.

⁵²⁷ Consultado en: http://ec.europa.eu/anti-fraud/home_es

“La OLAF investiga numerosas irregularidades de muy distinto tipo, como la malversación de fondos, las declaraciones fraudulentas y las conductas impropias en los procedimientos de contratación pública o el fraude aduanero. Esta lista de ejemplos, de ningún modo exhaustiva, trata de ilustrar las distintas vertientes de la actividad investigadora de la OLAF o los momentos clave en el desarrollo de un caso cualquiera.”

⁵²⁸ DOUE. 30.09.2011 NÚMERO C 286.

⁵²⁹ Consultado en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion_firmas.asp.

“Artículo III

Medidas preventivas

Son necesarias medidas legislativas como las expuestas, reseñables en un contexto transnacional donde el fenómeno de la corrupción y sobre todo el delito de cohecho como uno de los exponentes no está exento del día a día, por ello se hace necesario, normativas tanto Europeas como Internacionales, con las que luchar contra esta casuística.

En definitiva, particularmente pienso, que la corrupción Internacional no nos la hemos inventado nosotros, existe desde que el mundo es mundo; los seres

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

- 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.*
- 2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.*
- 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.*
- 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.*
- 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.*
- 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.*
- 7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.*
- 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.*
- 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.*
- 10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.*
- 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.*
- 12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.”*

⁵³⁰ Consultado en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

humanos somos así, el problema, por tanto debo concluir que no son los corruptos, sino el sistema que no impide o alienta la corrupción, por ello, antes de intentar cambiar a las personas, deberíamos modificar el sistema.

Lo difícil, creo no es cambiar a los mangantes por personas decentes, sino impedir que las personas decentes se conviertan en mangantes, es una opinión.

TOMA DE POSTURA

Tras un estudio del delito de cohecho, y más concretamente dentro del cohecho pasivo impropio, el referido al entregado en atención a su cargo, varias conclusiones saco al respecto, principalmente se hace complejo diferenciar el supuesto previsto en el artículo 422 del Código Penal, con el contemplado en el artículo 23.6 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, máxime porque en ambos el concepto jurídico de regalo, queda supeditado a aquello que no supere los usos sociales, habituales o de cortesía, semejantes conceptos jurídicos indeterminados, que cuanto menos dificultan su aplicación y dejan una peligrosa discrecionalidad en el instructor judicial a la hora de calificar los hechos, por ello he tratado de establecer unos límites para fijar el ámbito de la infracción administrativa y del delito de cohecho en aras a una más eficaz aplicación de ambos órdenes jurídicos.

Destaco numerosas sentencias, muchas de ellas recientes, como la condena en julio de 2016 de la ex alcaldesa del municipio sevillano de Bormujos, mencionada en el presente trabajo, por presuntamente recibir un bolso de una marca prestigiosa, para apoyar una moción de censura en el pueblo indicado, acto por cierto legal y previsto en la Ley de Bases de Régimen Local, y que ha sido revocada recientemente por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, concretamente el 16 de enero de 2017, o la reciente condena del ex alcalde de Lloret de Mar, por aceptar un viaje a Rusia o recibir un reloj de un empresario ruso, pero más de actualidad es el caso cóndor, donde se investigan regalos a más de 24 políticos gallegos, además, de otros responsables públicos del ejército, por parte de la empresa gallega Monbus, en navidad, que la Instructora ha considerado que deben ser objeto de investigación porque superan los 400 euros, y haber sido la empresa otorgante de los mismos, beneficiaria de millones de euros en contratos públicos y que el Ministerio Fiscal, defiende que son socialmente adecuados.

Pienso que un concepto como el de regalo o dádiva, no puede quedar vacío de contenido ni justificarse en base al principio de adecuación social o principio de insignificancia, sobre todo, porque ambos compendios tampoco aportan argumentos sólidos, ni marcan pautas para aclarar los conceptos planteados, más allá de una serie de recomendaciones, esta problemática bajo mi punto de vista hubiera sido fácil de solucionar valorando el límite del valor de la dádiva o regalo, para ello veo acertado un modelo, como el que hasta la modificación por la Ley 1/2015 que modifica el Código Penal, diferenciaba la extinta falta por ejemplo de hurto, en una cuantía máxima de 400 euros, con el delito de hurto a partir de esa cantidad. Esa podría haber sido una solución, al menos que permitiera aportar claridad a la situación y aminorar la inseguridad jurídica existente.

Con el nuevo Código Penal, una solución hubiera sido fijar un precio, como por ejemplo establece el artículo 234 del Código Penal, para diferenciar el delito de patrimonio leve, del grave, a continuación en las conclusiones propondré mi propuesta de *lege ferenda*.

No toda aceptación de un regalo o dádiva puede reconducirse al tipo de cohecho pasivo impropio previsto en el código penal, ello resultaría excesivo, violentaría los usos sociales o de cortesía que impregnan entre algunos particulares, con funcionarios públicos o cargos políticos.

Debo destacar que abogo por una despenalización del cohecho pasivo impropio en atención a su cargo, si no es objeto de una cuantificación económica, como defenderé en las conclusiones del presente trabajo, ya que la adecuación social que permite anular la tipicidad del comportamiento y por tanto nos aparta del derecho penal, no puede quedar al arbitrio del Juez/a de Instrucción, eso bajo mi criterio, vulnera el principio de legalidad penal y sobre todo colisiona con el derecho a la tutela judicial efectiva, no está justificado que unos mismos hechos puedan ser objeto de una investigación en vía penal con un plazo de prescripción de 5 años y con hipotéticas sanciones a penas de prisión, o por el contrario, la misma conducta

pueda tener encuadre jurídico en la LTBG, con un plazo de prescripción de un año y en su caso con una propuesta de sanción de una amonestación.

Coincido con algunos autores destacados en este trabajo, a la hora de determinar que debemos entender por adecuación social, muy acertada me parece la diferenciación que hace Muñoz Conde, diferenciando distintos ejemplos de regalo, o especialmente las aportaciones de Roxin o Welzel, pero no podemos estar al caso concreto, para analizar cada circunstancia, dicha problemática considero debe tener un tratamiento autónomo, claro y con el único límite de la aplicación de la ley, de lo contrario, nos encontramos con una indefinición que no es ajustada a derecho.

Con la cantidad de causas por delito de cohecho, que a día de hoy colapsan los Juzgados de toda España, el legislador ha perdido una oportunidad histórica tanto con la aprobación de la Ley de Transparencia como con la reforma del Código Penal, para aportar soluciones ante esta problemática, y clarificar la actuación del juez, por aquello del “*dami factum dabo tibi ius*”, difícil se plantea aplicar el principio *iura novit curia*, cuando el factor más importante y predominante en la aplicación de la justicia al caso concreto en este delito, es la discrecionalidad del Juez.

CONCLUSIONES

Primero.- Se hacía necesario la creación de una Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, ya que España era de los pocos países de Europa que no gozaba de un marco normativo que permitiera y otorgara derechos a los ciudadanos y a su vez impusiera obligaciones a las autoridades o funcionarios públicos en el desempeño de su actividad, era imprescindible una disposición legal, que fijara el margen de actuación o al menos lo limitara.

Veo muy acertado, el cambio que se produjo desde la presentación en el Congreso del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, el 27 de junio de 2012, hasta la posterior y definitiva aprobación, y entrada en vigor el 10 de diciembre de 2013, previa publicación en el Boletín Oficial del Estado de la mencionada Ley, si bien es cierto, que hubo cambios considerables de la primera propuesta hasta el texto resultante, hay que resaltar esencialmente la ampliación prevista tanto en el artículo 2, como en el 3 de la citada Ley, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la misma, así como los sujetos obligados, y debo exponer dichas circunstancias, principalmente porque en un primer momento con el Anteproyecto de Ley, prácticamente quedaban fuera de la aplicación de la norma la mayoría de los responsables públicos con poder de decisión, está previsión teniendo en consideración la cantidad de casos de corrupción que nos invaden cada día, fue objeto de numerosas críticas por parte de la opinión pública, de ahí el cambio al respecto, acertado y aplaudido por la ciudadanía.

Me llama poderosamente la atención la inclusión de figuras sujetas a la aplicación de la Ley como los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, pero muy especialmente entre otros, los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial y sobre todo la casa de su Majestad el Rey.

Segundo.- La ley de Transparencia deja muchas lagunas y problemas sin resolver, a mayor abundamiento, no aporta, ni incide en aclarar los conceptos jurídicos indeterminados previstos en el texto normativo, concretamente y por destacar algunos muy importantes, como por ejemplo, que debemos entender por usos sociales, habituales o de cortesía a la hora de recibir un regalo por parte de un responsable público. Y digo esto, porque el legislador y la clase política han perdido una oportunidad muy importante para solventar uno de los grandes problemas que hoy día percibe la ciudadanía como la segunda preocupación del país, según nos viene recordando el Centro de Investigaciones Sociológicas desde hace tiempo, se trata de la corrupción pública.

Una iniciativa tan esperada y demandada, ha quedado necesitada de más valentía por parte de los responsables políticos a la hora de avanzar en generar confianza y principalmente fijar el posicionamiento en determinados aspectos.

En lo que afecta al Buen Gobierno los cargos públicos a los que se le aplica la Ley de Transparencia, no pueden aceptar regalos *“que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones”*, de los responsables públicos, se esperaba con la nueva norma que actuaran con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía, eficiencia y con un claro objetivo de satisfacer el interés general.

Entre la población, los políticos no son personajes últimamente relacionados con el prestigio social y la excelencia, más bien, al contrario, ya que dos de cada tres españoles piensan que las instituciones públicas funcionan mal.

El nuevo texto legal intentó dar repuesta al malestar ciudadano, cesando del cargo a los que hayan hecho abuso de su posición pública, y permitiendo que cualquier responsable público pudiera ser denunciado al amparo de la Ley de Transparencia por los regalos que pueda recibir de una empresa relacionada con

contratos públicos y no escudarse en los usos habituales, ya que la nueva normativa establecía que los obsequios de mayor relevancia institucional se deben incorporar en el Patrimonio del Estado.

Las ambigüedades a la hora de delimitar ciertas infracciones aplicables a los cargos públicos tampoco ayudan en este sentido tal y como recoge esta normativa, que pretende sancionar la corrupción y prohibir a los altos cargos “aceptar para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones”, sin definir muchos más lejos.

Hasta donde se considera “usos sociales, habituales o de cortesía” debería estar desarrollado o al menos cuantificado en el citado texto normativo, como por ejemplo está previsto en otras Comunidades Autónomas como Galicia, donde el Código Ético Institucional valora el regalo en 90 euros, a partir de esa cantidad la persona receptora deberá elevar consulta según un modelo específico dirigido a la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa, en Cataluña, donde el nuevo Código de Conducta aprobado recientemente por el Parlamento Catalán limita la recepción de regalos en 150 euros, igual que la Federación Española de Municipios y Provincias, que a través de un acuerdo el 24 de marzo de 2015, también estableció un límite máximo al regalo de 150 euros, en el mismo sentido que el Código de Conducta de los Diputados del Parlamento Europeo, por destacar una propuesta municipalista, indicar el Ayuntamiento de Madrid, que ha impuesto la cuantía máxima del regalo en 50 euros, o incluso en la iniciativa privada, como ocurre con el código de conducta de buenas prácticas de la industria farmacéutica que, regula el obsequio en un precio oscilativo de mercado entre los 10 y 50 euros.

Hasta el Partido Socialista, en el que numerosos cargos públicos y ex presidentes se encuentran inmersos en causas mediáticas de corrupción, ha regulado la percepción de los regalos de sus dirigentes, directa o indirectamente con su actividad política, orgánica o administrativa y cuyo valor tasa como máximo el

superar los 60 euros, además no podrán acumular regalos procedentes de la misma persona, organismo o empresa, cuya suma de sea superior, igualmente, a los 100 euros durante el periodo de un año, definiendo que cuando un regalo u obsequio exceda las cuantías señaladas, será rechazado y, en su caso, devuelto a la persona de procedencia en el plazo de cinco días.

Echo en falta una cuantificación económica en la citada Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, tal y como he defendido en este proyecto de Tesis, resultaría mucho más cómodo para el ciudadano conocer los límites a los que atenerse, pero igualmente beneficiaria al funcionario o cargo público, que conocería a qué atenerse, veo un límite bastante idóneo, 150 euros, que como he recogido anteriormente, lo establecen algunos organismos como la Federación Española de Municipios y Provincias, el Código de Conducta de los Parlamentarios Europeos, o la reciente aprobación del Código de Conducta de los Parlamento Catalán.

Tercero.-El Gobierno ha perdido una oportunidad histórica de avanzar en la Transparencia y Buen Gobierno, creando un Organismo como existe en Estados Unidos y proponiendo la creación de una Agencia anticorrupción independiente, o como por ejemplo sucede a nivel autonómico en nuestro país, con la Oficina Antifraude Catalana, que pudiera examinar las declaraciones del interés privado de los altos cargos, elaborara Códigos de Conducta y se encargue de educar a la gran cantidad de funcionarios que tenemos en nuestro país.

Por no crear más Agencias, por aquello de la crisis económica y evitar más burocracia, una solución que propongo, es la de dotar de más competencias a la Oficina de Conflictos de Intereses dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y que esta última vigile todas la necesidades de los sujetos obligados por la ley de Transparencia, esta Oficina ya se encarga de examinar la declaración de bienes de Altos cargos, incluido el Presidente del Gobierno, pero dicho órgano se encuentra muy politizado, ya que su responsable depende directamente del Presidente del Gobierno de turno. A diferencia de Estados

Unidos donde el presidente no puede deponer al director de la OEG (Oficina Ética del Gobierno) y puede darse la circunstancia de que no coincida el signo político del presidente con el del director, porque el mandato de este dura cinco años. Además de la OEG, existe un órgano ético para el poder legislativo, otro para el judicial y muchos Estados y grandes ciudades han creado oficinas similares.

Coincido y resalto nuevamente, la actuación que ha llevado a cabo la Junta de Galicia, con la creación del anteriormente citado Código Ético Institucional, así como el hecho, no sólo de cuantificar y poner precio a las atenciones enmarcadas en los usos sociales, habituales y de cortesía, sino en el caso de superar el límite previsto de 90 euros, la persona receptora deberá elevar consulta, según un anexo específico elaborado para ello, que resolverá un determinado organismo, que se ha dotado de competencias en esta materia. Es por ello, que hubiera sido muy útil, implantar algo parecido aprovechando la aprobación de la LTBG, solventaría las lagunas jurídicas existentes, y el simple hecho de cuantificar el precio del regalo, aclararía conceptos como los usos sociales, habituales o de cortesía, esta cuestión determinaría que el funcionario no pudiera excusar su hipotética conducta en errores de prohibición o ignorancia inexcusable en el desempeño de sus funciones.

Cuarto.- El **artículo 26.2.b.6** de la mencionada Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, establece *“no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones”*. *En el caso de obsequios con una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al Patrimonio del Estado”*.

Expongo que esta redacción, es contradictoria con lo preceptuado en el Código Penal, concretamente en el **artículo 422**, tras la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ya que en dicho precepto se recoge que *“la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a*

un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.” De este modo, tal y como está recogido el artículo 26.2.b.6 de la Ley de Transparencia, ambos preceptos tanto el contemplado en el Código Penal, como el previsto en la Ley de Transparencia serían muy similares al no definirse el concepto de regalo tanto en uno como en otro.

Una posible propuesta de “*lege ferenda*” bajo mi criterio que se le puede dar al respecto, para el artículo 26.2.b.6 coherente con la redacción dada en el código penal podría ser la siguiente:

“No admitirán, en provecho propio o de un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función que supere los 150 euros. Asimismo, no aceptarán favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de que se vean obligados a aceptar regalos de acuerdo a los usos habituales, sociales o de cortesía, que superen la cuantía indicada, deberán entregarlos para su incorporación al patrimonio del Estado, no pudiendo hacer uso personal de dichos regalos, o devolverlos en un plazo máximo de 48 de horas, con constancia acreditativa de dicha devolución.”

Otra propuesta de “*lege ferenda*” bajo mi criterio en el supuesto que planteamos tras analizar el contenido de la citada Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, sería la ampliación del artículo 26.2.b.9, para incluir “a los familiares, amigos y conocidos entre las personas para cuyo beneficio no deben los altos cargos utilizar su influencia”, quedaría del siguiente modo; “No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales, para sí mismos ni para sus familiares, amigos o conocidos.”

No podemos olvidar que es frecuente utilizar a amigos o conocidos, en ocasiones previo pago, para ocultar corruptelas de toda índole, ya sean económicas o de entrega de bienes materiales.

Quinto.- Una solución que ha desaprovechado el legislador ha sido la modificación del Código Penal, con la aprobación de la Ley 1/2015 que cambió este texto normativo, si bien hemos de apuntar, que el nuevo Código Penal ha destipificado las faltas, lo que hubiera sido, de seguir en vigor, una buena solución, bajo mi punto de vista, para diferenciar el delito de cohecho previsto en el artículo 422 del Código Penal, introduciendo la falta en esta modalidad delictiva.

Con respecto a lo indicado en la Ley de Transparencia, una salida podría ser, limitar la cuantía del regalo, está claro dentro de la lógica jurídica, que no es un delito regalar un ramo de flores o un libro, porque se acepta que entra dentro de la normalidad en las convenciones sociales, pero sí es delito ofrecer un presente caro, y también lo es el aceptarlo. Al igual que ocurría en el anterior Código Penal con las faltas, que se diferenciaban del delito, por ejemplo en el hurto, en la cuantía de 400 euros, si el valor de lo sustraído era superior a esa cantidad se consideraba delito y por debajo era tipificado como falta.

Insisto, en el mismo sentido se podría haber fijado, o en su defecto, adaptándonos a la reforma del Código Penal actual, considerando el artículo 422 como delito leve, fijando un precio máximo en el regalo, superando dicho límite, catalogándolo como grave.

Mi propuesta de *lege ferenda*, del artículo 422 del Código Penal para intentar aportar una solución a la problemática sería la siguiente:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera por sí o por persona interpuesta, familiares, amigos o conocidos, dádiva o regalo que fueren ofrecidos en consideración a su cargo y que excediese de la cuantía de 400 euros, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.” Así pues, definiría dicha conducta como delito leve, dejando la conducta grave para el supuesto de que “la cuantía de la dádiva admitida fuera superior a 400 euros.”

Planteo estas consideraciones, porque analizando el nuevo Código Penal, específicamente, el artículo 234, donde se recogen los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, se fija este límite de 400 euros, para separar la modalidad leve de la grave. Es por ello, que dicha cantidad puede ser un punto de partida para diferenciar ambos supuestos.

Por otra parte, la interpretación restrictiva de esta figura penal, y ajustada al principio de intervención mínima del Código Penal, unido al parentesco de este delito con el tráfico de influencias o la prevaricación llevan a constituirlo en una especie delictiva que a duras penas sale del Código Penal para condenar al delincuente, de ahí, que sinceramente pienso, que la aprobación de la Ley de Transparencia, tiene entre otros motivos, la finalidad de evitar que la última ratio del ordenamiento jurídico, en este caso el derecho penal actúe, opinión que defenderé más adelante.

Sexto.- El que rechazare cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía”, de donde se sigue que, aunque, de acuerdo con la literalidad del art. 422 Código Penal, cualquier dádiva o presente admitidos por autoridad o funcionario público cumplen formalmente el tipo del cohecho impropio por razón del cargo, no obstante, ante la falta de definición sobre dichos conceptos, cuando de lo que se trata es de un regalo que entra dentro de los “usos sociales”, cuestión que como he defendido, entra dentro del arbitrio y discrecionalidad del juez, dicha conducta puede que no sea delictiva, por estar cubierta en la causas de justificación del artículo 20.7.º del Código Penal, así pues, dicho artículo preceptúa que, “están exentos de responsabilidad criminal, el que obre en cumplimiento de un deber en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

Dichas circunstancias nuevamente las destaco, dado que la falta de definición y concreción del límite del regalo, da lugar a la interpretación favorable al reo. Pero

también podrían tener encaje y justificación con la aplicación del artículo 14 del Código Penal, ya que estaríamos ante un error de prohibición, pensando en el funcionario que recibe el regalo inconscientemente y sin intencionalidad, no debemos olvidar, que la falta de dolo hace atípica la conducta.

Séptimo.- Del estudio y análisis indicado en el presente trabajo, hay que exponer, que tal y como está regulada la Ley de Transparencia y el artículo 422 del Código Penal, yo abogaría por la despenalización del cohecho pasivo en atención a su cargo sino se cuantifica, básicamente porque la indefinición en ambas leyes, lo único que genera es más inseguridad jurídica. Pienso que la clase política ha creado la Ley de Transparencia, para que, tal y como he destacado previamente, en base al principio de intervención mínima, el cohecho pasivo impropio en atención a su cargo, se dirima en vía administrativa o en su defecto en la jurisdicción contenciosa administrativa, y que sólo los incumplimientos graves del ordenamiento jurídico se investiguen por la vía penal, de lo contrario no se entiende la circunstancia de crear una ley de Buen Gobierno y no establecer ni determinar los límites en los que debe aplicarse la presente norma, gran incidencia en conocer este delito y en adelantar la creación y redacción de esta Ley, tuvo que ver el famoso caso de los trajes de Camps, que le costó el puesto al Presidente de la Generalidad Valenciana, por presuntamente recibir unos trajes de una empresa en atención a su cargo, causa de la que al final fue absuelto, y que por la que en ocasiones, injustificada presión mediática, tuvo que dimitir como Presidente de la Generalidad y mantenerse como Diputado raso.

Octavo.- Destacar también otras de las contradicciones de la Ley de Transparencia y el Código Penal, imaginando un supuesto donde el funcionario recibe un regalo del que existen dudas con respecto a si se considera uso habitual, y se procede desde el punto de vista administrativo a iniciar procedimiento sancionador contra el mismo, y a la vez por una cuestión política y en base al artículo 422 del Código Penal, se interpone denuncia penal por el mismo hecho

procediéndose a la apertura de Diligencias Previas, ante esta situación, nos encontraríamos ante un supuesto que vendría a solucionar el denominado principio "*ne bis in ídem*", si bien éste no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que he reseñado, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1, en cuanto *integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal* con el que guarda íntima relación.

El *ne bis in ídem* supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribire la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre "...la identidad de sujeto, hecho y fundamento..." que según reiterada jurisprudencia Constitucional destacada exige este principio para ser apreciado.

Como ha proclamado el Tribunal Constitucional el principio general de derecho conocido por *ne bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración, relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc..., que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

En el supuesto que he planteado, donde se inicia el procedimiento administrativo y el procedimiento penal, este último paralizará el expediente administrativo que quedará condicionado a lo que se resuelva en materia penal, todo ello en virtud del principio de prevalencia penal.

Pues bien, esta cuestión del *ne bis in ídem*, sería fácilmente resuelta con una aplicación de la norma al supuesto concreto que especificara como resolver las circunstancias que se presentan, así pues, era tan sencillo, como haber prohibido a cualquiera que ocupe un cargo de responsabilidad recibir dádivas y castigar como cohecho, la recepción de regalo con valoración económica.

No podemos obviar, que hay que atajar las prácticas corruptas, ya que el sistema no ha funcionado, una interpretación práctica y útil podría ser, no aceptar nunca ningún obsequio, porque en sentido estricto, es difícil de evaluar en calidad de que se hace ese presente. Por eso, es mejor rechazarlo. Tal y como he abogado antes, otra alternativa era la cuantificación, una cifra lógica, reitero podrían ser los 150 euros en la LTBG, iniciativa que hasta el momento, tampoco ha tenido éxito.

Ya que no existe un límite claro, y la ley no especifica un valor o cuantía determinado para aclarar si hay o no delito, la sociedad ve cada vez peor este tipo de acciones, cualquier regalo sería cuestión punitiva, pero todo tiene que analizarse de manera proporcional. Es decir, la pena debería caer sobre prácticas que son exorbitantes o fuera de lo habitual. No existe un límite claro sobre el valor o la cuantía porque no se especifica en la ley, por consiguiente, no me cansaré de indicar que debería valorarse el límite del regalo tanto en la Ley de Transparencia como en el Código Penal.

Noveno.- En este punto, he de expresar que la regulación española del cohecho es muy compleja, poco clara y hace muy difícil la tarea de los tribunales. Las pruebas son complicadas porque todos están interesados en ocultarlas. Es muy difícil establecer una vinculación entre la decisión del funcionario y el pago recibido.

Un problema importante bajo mi consideración recae, en la circunstancia que afecta al delito de cohecho, en la paradoja, según la cual, tiene más castigo robar un portátil en una tienda de informática, que aceptar un soborno desde un cargo

público, algo falla cuando el Derecho penal no cumple su función y no ataja el delito, ni disminuyen los casos de corrupción según los últimos indicadores, quiero dejar constancia que me parece muy clamoroso que se castigue más el cohecho, un acto preparatorio, para la comisión de otro delito, normalmente de prevaricación (dictar una resolución injusta a sabiendas de que lo es), que ese delito mismo.

Décimo.- El artículo 131 del Código Penal preceptúa, que por la pena, el delito de cohecho previsto en el artículo 422, prescribe, a los cinco años, esta circunstancia contraviene lo establecido en la Ley de Transparencia, ya que el artículo 29.3 de la citada norma, acoge como infracciones leves, el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b), entre los que se encuentran el no recibir regalos que superen los usos sociales, habituales o de cortesía.

Curiosamente el artículo 32 de la Ley de Transparencia, contempla que el plazo de prescripción de las infracciones previstas en este título será de cinco años para las infracciones muy graves, tres años para las graves y un año para las leves.

Es decir que nos podemos encontrar, que una misma conducta la de recibir un regalo por el desempeño de un cargo público, si se opta por la vía penal del artículo 422 el plazo de prescripción sería de 5 años, mientras que si se decide acudir a la vía administrativa, dicho plazo se reduce a un año.

Pero más flagrante aún, es si tenemos en cuenta la penalidad, reseñando que la misma conducta en el orden penal está castigada con penas de prisión de seis meses a un año y en el ámbito administrativo de la LTBG, con una mera amonestación. Algo incomprensible y carente de toda lógica jurídica.

Tal circunstancia, además de generar una inseguridad jurídica manifiesta, es un componente más para defender la tesis de que el legislador ha querido dejar en

desuso la aplicación del artículo 422 del Código Penal, con la entrada en vigor de la Ley de Transparencia, pero le ha faltado, destipificar dicho artículo o al menos diferenciarlo de la norma administrativa estableciendo como hemos repetido en varias ocasiones, un límite económico al regalo.

Undécimo.- Indicar particularmente y de modo muy personal, que tal y como defendía en las toma de postura del capítulo segundo del presente trabajo, determinados artículos incluidos en la Ley de Régimen Electoral General, concretamente el precepto 6.2 y 6.4, bajo mi punto de vista, producen una vulneración flagrante de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y al principio de legalidad.

Y digo esto, porque la condena por una sentencia en primera instancia no firme por un delito de cohecho, tiene como consecuencia jurídica según lo establecido en la Ley orgánica de Régimen Electoral General, la pérdida automática del cargo, previo acuerdo del Pleno de la Corporación municipal, en el caso de un Ayuntamiento, o el Parlamento Autonómico, si se trata de un Parlamentario, y así sucesivamente según el cargo que se ocupe.

No podemos obviar que el artículo 24 de la Constitución, defiende de forma clara que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” Y en su apartado segundo reconoce “el derecho de los ciudadanos, al juez ordinario predeterminado por ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

Que un condenado por un delito de cohecho en primera instancia, pierda de forma automática su cargo y que tras la interposición del recurso de apelación correspondiente, se le otorgue la razón y por lo tanto sea absuelto, quebranta de

forma grave, bajo mi opinión, el principio de presunción de inocencia, el cual se mantiene hasta que haya una sentencia firme, y contraviene lo establecido en los artículos 3.1 del Código Penal, donde se defiende que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales, y lo contemplado en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde de forma clara se tipifica que una vez la sentencia sea firme se procederá a la ejecución de la misma. En estos momentos me acuerdo del latinismo *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*. Claro el ejemplo de la Ex Alcaldesa del municipio Sevillano de Bormujos condenada por cohecho en Julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Sevilla y absuelta en enero de 2017 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de dicho delito, la pregunta que me hago, es quien le repara el daño causado por no respetar la presunción de inocencia.

Puede ocurrir, que tras una larga y dilatada instrucción judicial, por un delito de cohecho, que los hechos presuntamente delictivos objeto de enjuiciamiento, sean anteriores al año 2011, y por lo tanto antepuestos a la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, y que se juzguen con posterioridad, y ante una sentencia condenatoria por un delito contra la Administración Pública, en primera instancia, el cargo público afectado tenga que cesar en su cargo, vulnerando dicha circunstancia, lo defendido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, en el sentido que la Norma Suprema de nuestro ordenamiento jurídico, garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En el mismo sentido se manifiesta el artículo 25 de la Constitución Española, donde de forma contundente se declara que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Llegado este momento, no llego a entender como ningún Juez o Magistrado ha planteado a día de hoy, una cuestión de inconstitucionalidad en cuanto a la aplicación de la retroactividad de la Loreg y su frontal colisión con los derechos fundamentales anteriormente indicados, esta circunstancia es difícil de concebir, máxime porque uno de los principios garantes de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro sistema legal, es precisamente la irretroactividad de las disposiciones o normas desfavorables, condiciones que no se cumplen en el supuesto analizado. *IN DUBIO PRO LIBERTATE*.

Duodécimo.- La reforma introducida con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, en cuanto al delito de cohecho se refiere, aporta una modificación sustancial aumentando la inhabilitación para el empleo y cargo público, a los autores del delito de cohecho, y por otra parte incluye la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, que hasta la reciente reforma no operaba al respecto.

En este sentido, varias consideraciones tengo que apuntar, en primer lugar, como he defendido en este trabajo, y en virtud de lo que contempla el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las sentencias han de interpretarse en su sentido término, esto quiere decir, que una ampliación de la inhabilitación para empleo o cargo público, si no está recogido en el fallo de la sentencia el contenido que especifique a qué función pública afecta la inhabilitación, dicha sentencia es inejecutable, así pues he mencionado en este trabajo, el ejemplo del Diputado del Parlamento Vasco Iker Casanova, que a día de hoy ocupa su escaño porque su resolución judicial y su condena a inhabilitación no indicaba a que cargos afectaba la misma, o la ex concejal del Ayuntamiento de Marbella e inspectora médica de la Junta de Andalucía, Isabel García Marcos, que tras su condena por entre otros delitos, un delito de cohecho, pudo seguir desempeñando su cargo como médico, por no especificar su condena la prohibición a dicho empleo público.

El Tribunal Constitucional en este aspecto, ha sido unánime, sosteniendo de forma continuada y pacífica según sus resoluciones, la necesidad de motivar la pena concreta, ese deber de concretar la pena de las sentencias fluye también del artículo 120. 3 y 24 de la Constitución Española, pues entiendo que es la forma en la que se conecta el derecho a la tutela judicial efectiva, directamente, con el derecho a la libertad personal.

Los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén en virtud del artículo 4 de la citada Ley, que establece la aplicación con carácter supletorio de dicha norma, en el orden penal y en virtud del artículo 267 Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitar del Tribunal, la aclaración y corrección o subsanación y complemento de la Sentencia incompleta. Transcurridos dos días sin ejercitar dicha posibilidad, deviene firme y no se puede modificar lo contenido en la resolución judicial, de ahí que si no se establecen y concretan los cargos afectos, no pueden aplicarse a posteriori.

Pienso que dicha interpretación es la correcta y la que más se ajusta al principio de concreción de la pena y a una verdadera tutela judicial efectiva, las partes tienen la posibilidad de hacer valer su derecho a la aclaración, rectificación y complemento de sentencias en el plazo indicado, pasado este, decae el derecho y la indeterminación de un empleo en una suspensión de cargo público, debe fijarse, de lo contrario operaría la interpretación más favorable de cara a los derechos fundamentales del afectado por dicha resolución judicial.

En segundo lugar, la reforma indicada del Código Penal, ha supuesto, la inclusión en el delito de cohecho penado en el artículo 419 y 420, no sólo de la inhabilitación para empleo o cargo público, sino además la inhabilitación para sufragio pasivo, esta inclusión es muy acertada y puede evitar, paradojas como la del supuesto precedentemente indicado del Diputado Vasco Iker Casanova, si una sentencia condenatoria por cohecho no concreta el cargo al que le afecta, el condenado podría volver a presentarse a unos comicios, con la nueva modificación prevista, el no haber indicado el cargo a que afecta la inhabilitación, tiene ahora la limitación además, de la inhabilitación para sufragio pasivo, es decir que no tendría

la oportunidad de presentarse a unas elecciones públicas, con la limitación del derecho a ser elegido, algo que contempla la reforma del Código penal de 2015, y que hemos destacado y analizado en el presente trabajo.

Décimo Tercero.- Las normas penales en blanco como he analizado en el capítulo noveno de este trabajo, son aquellas cuya disposición viene consignada en otra norma de carácter no penal, sea del mismo rango legislativo o de rango inferior. En estos casos, la norma penal establece la sanción y hace una remisión explícita o implícita a otra norma (no penal) que completa a la norma penal. Esa otra norma es el complemento de la norma penal.

En favor de este criterio puedo aducir un fundamento de índole práctica para justificar la admisión de las normas penales en blanco. La conducta que constituye la "disposición" se halla relacionada con otras ramas del sistema jurídico. La actividad legislativa en éstas es incesante. Si se incluyeran esas conductas que forman la parte dispositiva de la norma penal en la redacción de la figura de delito misma, habría que estar continuamente reformándola. Para evitar ese deterioro legislativo de la norma penal, surge la fórmula de dejar en ella cierto "blanco", o sea, se recurre al expediente de remitir el completamiento de la "disposición" a otro acto legislativo, a través del cual se consigna la parte dispositiva, con independencia del rango que ese complemento tenga.

Analizando todo esto, puedo formular una cuestión: ¿quebranta el principio de legalidad la utilización de la ley penal en blanco?, o más concretamente, ¿quebranta el principio de legalidad la utilización de una norma, que no es ley Orgánica, como complemento de la ley que contiene la amenaza penal.? En principio considero que no, si dicha complementación está prevista en la ley Orgánica que da cuerpo a la conducta incriminativa básica. Esto es así creo, porque el principio de legalidad implica el precepto de *lex certa*, es decir, que la ley debe ser exhaustiva y no debe dar lugar a duda; cuando no queda claro el valor de la

conducta en el precepto penal y además se está utilizando una ley penal en blanco, aquí sí que podría quebrantar el principio de legalidad.

Aclarado este extremo, expongo, que se ha desaprovechado un momento muy bueno para avanzar en la Ley de Transparencia, definiendo los límites de los usos sociales, habituales y de cortesía y poder utilizar, en el derecho penal, el complemento de la Ley administrativa para aclarar las circunstancias y trabajar en una verdadera tutela judicial efectiva que dejara sin efecto la discrecionalidad en la instrucción penal, en manos del Juez, algo en ocasiones peligroso por la desproporción de las medidas que este último puede tomar, y por convertir como consecuencia de las mismas, la presunción de inocencia, en presunción de culpabilidad, algo que la absolución en el posterior juicio oral, puede cambiar, pero no evitará el perjuicio mediático ocasionado, en la mayoría de los casos, irreparable y tardío.

Significativo me parece y debo destacarlo por ello, la creación en la Reforma del Código Penal de 2015, del tipo del delito de financiación de los partidos políticos, problemática que se ha hecho necesario regular a tenor de los distintos casos de corrupción que afectaban a todos los partidos del panorama nacional, en cuanto a su financiación económica, es por ello que este nuevo tipo, como norma penal, está en conexión con la normativa administrativa de partidos políticos; ambas esferas del ordenamiento jurídico quedan a partir de ahora estrechamente vinculadas por la reforma. En dos sentidos, a través de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los planes de cumplimiento y, además, por otras disposiciones que remiten a la jurisdicción penal, como la que obliga a suspender de militancia y expulsar del partido a quienes sean respectivamente procesados o condenados.

En lo que atañe a la responsabilidad penal de los partidos, la reforma de la Ley de Partidos introduce la obligatoriedad a las formaciones políticas de tener un programa de cumplimiento para prevenir delitos, tal y como quedan descritos en el reformado art. 31 bis (art 9 bis de la Ley de Partidos). Los partidos políticos se

convierten así, curiosamente en las primeras organizaciones en estar obligadas por ley a tener un plan de cumplimiento normativo, instrumento de autorregulación nacido, como es sabido, en el ámbito empresarial. No resulta del todo alentador que así sea. Más bien al contrario, que se dé semejante paso en un ámbito tan políticamente sensible, tan afectado por un obvio conflicto de intereses para el legislador, y tan históricamente proclive a legislar a favor de los partidos, invita a sospechar que quienes critican que los planes de cumplimiento puede convertirse en una suerte de seguros, contra la responsabilidad penal puedan llevar razón.

La introducción en la LOFPP de una figura, el responsable de la gestión económica-financiera, que centralizaría las responsabilidades en materia de finanzas puede acabar siendo igualmente tanto un mecanismo inteligente de rendición de cuentas como un clásico ejercicio de desplazamiento del riesgo de la organización hacia un individuo en concreto, más específicamente el Tesorero, como ha ocurrido en partidos de ámbito nacional, y también autonómico, con la detención del Tesorero de la extinta Convergencia y Unión, actualmente Democracia y Libertad, partido que actualmente gobierna en Cataluña.

Tampoco puede obviarse el riesgo evidente de que las sanciones y procesos penales se utilicen como arma política, en contra precisamente de quienes no deberían ser los destinatarios naturales de la norma, pequeños partidos y sindicatos, asociaciones y movimientos, etc. Precisamente esa era una de las cautelas clásicas contra la superación del principio *societas delinquere non potest*.

Volviendo a los que nos atañe, pero habiendo puesto el ejemplo de una remisión a normas penales administrativas en el delito de Financiación Ilegal de Partidos Políticos, se podría haber perfilado el concepto de regalo en la LTBG, en conexión con el Código Penal, al igual que ha ocurrido con la LOFPP, y el artículo 304 de dicho texto penal, clarificando en alguna medida dicha problemática.

Espero y deseo, que se aproveche la redacción del Reglamento de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, para solventar

todas estas lagunas. Texto legal que se esperaba desde 2015, sin que hasta la actualidad se haya avanzado al respecto.

Una oportunidad para el legislador, me acuerdo de la frase, *la Ley reina pero el Reglamento Governa*.

Décimo cuarto.-Con respecto a las dádivas o regalos, como vengo defendiendo a lo largo de las conclusiones, resultaría necesaria la modificación normativa del tipo del cohecho, “y más concretamente en el delito de pasivo impropio por razón del cargo”, para limitar la incriminación a las conductas que desborden los márgenes de lo socialmente adecuado.

La adecuación social como criterio limitador, tal y como he reflejado en el capítulo undécimo, hubiera sido procedente diferenciar, en orden a su respectiva gravedad, entre delitos leves y graves, utilizando un criterio cuantitativo de valoración de la dádiva o regalo.

Para la afirmación del tipo, como he manifestado en el estudio previo, es necesaria la presencia una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el desempeño de tareas públicas por la autoridad o funcionario. Así, la causa de la entrega debe ser la mera consideración a la propia función (primera modalidad), o la consecución de un acto no prohibido (segunda modalidad), tal y como ambas han sido entendidas por la jurisprudencia citada en esta tesis.

El deber que incumbe al funcionario que ha recibido la dádiva o regalo es la devolución inmediata de lo recibido, creo que sería interesante al igual que está promoviendo el Gobierno Autónomo de Castilla León, la creación de una propuesta de Ley que a cambio de garantías y protección para el denunciante, pudiera promover que los funcionarios o particulares que tuvieran conocimiento de casos de corrupción, los denunciaran, y que su situación jurídica a raíz de la puesta en conocimiento de la autoridad judicial o policial de dichos hechos, tenga por

ejemplo la catalogación de testigo protegido, sólo con iniciativas como estas podemos plantar cara a dicha problemática. Difícil se me hace pensar que un funcionario va a denunciar un caso de corrupción que opera en su ámbito de trabajo, con las consecuencias y represalias tanto laborales como judiciales que puede traer aparejada dicha actuación, agravado con la lentitud en la tramitación de una causa judicial que puede durar años hasta que haya sentencia firme.

Décimo Quinto.- Puesto que la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, no determina pautas que le puedan servir al Juzgador para interpretar de forma objetiva, lo que se entiende como regalo, según los usos habituales, sociales o de cortesía, nos encontraríamos ante un **concepto jurídico indeterminado**, que sería resuelto según la libre discrecionalidad del juez dentro del arbitrio de la Ley.

Para aclarar este extremo existen diferentes posiciones doctrinales al respecto, debo indicar que la pequeña criminalidad y sus consecuencias punitivas, no es una cuestión pacífica dentro de la doctrina, por ello definiendo que comportamientos que afectan de forma mínima al bien jurídico protegido por el precepto penal, en principio han de resultar atípicos y no punibles, bajo mi criterio, siempre que no tengan entidad suficiente para demandar la intervención del Estado, pero dicha cuestión no es baladí y como he repetido a lo largo de este trabajo no puede quedar al arbitrio del Instructor.

Así pues, he de resaltar que un sector doctrinario considera que un hecho insignificante podría ser amparado por una causa de justificación, el derecho político autóctono no prohíbe la analogía y por consiguiente la doctrina o la jurisprudencia pueden acudir a causales de justificación supra legales, otra posición, ancara la cuestión de la insignificancia por el lado de la eximente de pena, la cual queda en manos del juez delimitar el ámbito de aplicación del principio de insignificancia al ponderar al conjunto de circunstancias que rodean la acción con el objeto de establecer si la finalidad abarca la producción de peligros o lesiones relevantes para el bien jurídico o solo afectaciones ínfimas.

No obstante, he advertido, que la mayoría de la jurisprudencia se muestra remisa a aceptar el principio de insignificancia, que particularmente se ha dado en sustracciones de cosas de valor mínimo, y en circunstancias especiales donde el poder punitivo relevaría una irracionalidad manifiesta al extremo que una condena, resultaría desproporcionada, es por ello que abogo por ir al caso concreto, pero aplicando dicho principio a algunos supuestos que no sean lesivos para el orden público, dada la escasa cuantía del hecho delictivo.

De modo que la aplicación del principio de insignificancia, deviene no solo de la tarea del juez en su función interpretativa de las normas y de las pruebas, como he manifestado anteriormente, y es quien determina cual ha de ser el hecho objeto del proceso y cual la norma aplicable al caso concreto, los principios de proporcionalidad y razonabilidad demandan una determinada relación entre la lesión y el bien jurídico, que obliga a intervenir al órgano jurisdiccional en los conflictos particulares y la punición.

Por consiguiente, tiene sentido indicar que las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos, no constituye lesividad relevantes a los fines de la tipicidad objetiva, en cuanto aquellos principios son un límite al ejercicio del poder punitivo estatal, por lo que la diferencia del Estado en tales hechos no se encuentra legitimada ni por la funcionalidad asignada a la pena, ni desde la perspectiva de protección o asistencia a la víctima, atento a que la desproporción en la punición invertiría los roles asignados.

Entonces en cuanto a la punibilidad en principio deberá sorprender, sin duda el obsequio o propina resulta un beneficio, un ejemplo muy utilizado, es el cartero, este no lo recibe por ser personalmente agradable, sino por haber entregado las cartas de manera amable y responsable durante todo el año y especialmente en navidad, acto de servicio, y para que, además, el año entrante también lo haga de la misma manera.

No obstante, de distintas maneras se intenta escapar a esta consecuencia, por una parte se alega que la idea de ventaja se entiende ya normativa y por ello todavía no se completa, ya que solo se trata de un gesto de cortesía, que el tipo penal caería en razón de la insignificancia de la gratificación o por la adecuación social de la conducta, o bien que una interpretación orientada al bien jurídico excluye del tipo penal aquellos donativos insignificantes y en general socialmente tolerados. Además, junto a las posibilidades de limitación jurídico-materiales, los cuales posibilitan al Ministerio Público prescindir de una persecución penal por insignificante culpabilidad.

Coincido con Claus Roxin, este defiende, que pueden darse casos donde el principio de insignificancia puede excluir la tipicidad de una conducta, y para ello cita ejemplos en el marco de la vida cotidiana. En virtud de ello es necesario precisar que Roxin no realiza una distinción entre conductas insignificantes y conductas socialmente adecuadas, sino que califica ambas categorías según la clase de interpretación que se haga del tipo penal. Así, una interpretación del tipo orientada al bien jurídico da como resultado que acciones insignificantes sean excluidas del tipo penal, en donde la idea de la adecuación social, en caso incluso no sustituible como simple principio de interpretación, de todas formas no representa ningún elemento específico excluyente del tipo penal.

En los delitos de cohecho, esta interpretación orientada al bien jurídico trae como consecuencia que los pequeños regalos empresarios (lapiceras, calendarios, almanaques) sean excluidas de la tipicidad de la conducta donativos insignificantes, ya que estos no comprometen la confianza pública en la integridad de los funcionarios.

Es importante bajo mi criterio y comparto, lo expuesto por Hans Welzel, el cual defiende como adecuadas socialmente, aquellas acciones determinadas o inducidas intrínsecamente por el ordenamiento ético-social histórico de la vida en sociedad. Estas acciones caracterizan solamente el normal estado de libertad de

acción en lo social, mientras que en los tipos penales se encuentran aquellas acciones socialmente inadecuadas, es decir, aquellas que excedan gravosamente el marco de los órdenes sociales históricamente dados. Por ello es que acciones socialmente adecuadas jamás podrían caer en un tipo penal, aun cuando fueran estas formalmente subsumibles.

A través de la exigencia de adecuación social, queda indudablemente asentado que en la conducta habitual es visto como normativo lo valorativamente aprobado o, en todo caso, socialmente tolerado; no puede de observancia fáctica deducirse abruptamente sobre conformidad social, sino que esta ha de averiguarse por su parte.

Abogo por aplicar el principio de insignificancia, sin olvidar que el derecho penal es la última ratio del ordenamiento jurídico, y no podemos permitir que se bloqueen los Juzgados de Instrucción con asuntos dudosos o menores, en cuanto a su gravedad, me acuerdo en estos momentos del latinismo *minimis non curat lex*, “la ley no está interesada en asuntos menores.”

Si bien, el principio de insignificancia es posible aplicarse, debería el Legislador haber limitado su aplicación, en una parte de estas conclusiones, puse como ejemplo que reitero, que una solución podría haber sido, limitar la recepción de regalos en la cuantía mínima que recogían las extintas faltas y que los diferenciaban del delito, es decir la cuantía de los 400 euros, otra salida que repito, en cuanto a la aceptación de los regalos en atención al cargo, es la prevista en el Artículo 234.2 del Código Penal, “Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235”, y dispongo este límite porque la reforma del Código Penal de 2015, no ha dicho nada al respecto, lo más parecido a esta problemática, es la diferencia entre el delito leve y más grave contra el patrimonio.

En definitiva, cualquier fijación que minimice el grado de participación del Instructor a la hora de fijar el límite, otorgaría más garantías al investigado, no me

cansaré de repetir, la inseguridad jurídica que provoca dejar a la libre discrecionalidad del Juez, sin el imperio de la ley, porque nada dice esta al respecto, cual es el ideal de regalo, en una ocasión comentaba un funcionario público, cuál era para él, la regla no escrita pero acatada por la mayoría de los mismos, solo se debían aceptar aquellos regalos que se pueden comer, fumar o beber.

Concluyo, o despenalizamos el cohecho pasivo impropio en atención al cargo, o limitamos la cuantía en una cantidad razonable o prohibimos cualquier regalo, aún por un solo céntimo, *“justicia o ofende etiam uno nummo.”*

Cualquiera de estas soluciones será mejor, que dejarlo al inseguro arbitrio del poder Judicial, no olvidemos, el justo y el injusto no son productos de la naturaleza, sino de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M. A. “Las leyes penales en blanco”. Nuevo Foro Penal. Nº. 68, 2005.

ABEL SOUTO, M. A. “¿Un nuevo sistema de penas?: La probation y la suspensión de la ejecución de la pena.” Revista penal. Nº 27, 2011.

ABEL SOUTO, M. A. “Consideraciones sistemáticas sobre la parte especial del Derecho penal”. Miguel Abel Souto Serta: in memoriam Louk Hulsman / coord. por Isabel García Alfaraz, Lina Mariola Díaz Cortés; Fernando Pérez Álvarez. 2016.

ALBURQUERQUE, J.M. “*Observaciones sobre la concusión y la corrupción de los titulares y los responsables de la administración pública romana.*” Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5453491>

ALFONSO LASO, D. “La corrupción pública a través del delito de cohecho: Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público”. Cuadernos de derecho local, nº 24. Fundación Democracia y Gobierno Local. Madrid 2010.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. “La regulación en España de la transparencia de acceso a la información pública y buen gobierno”. En Crítica, nº 989. Fundación Castroverde. Madrid 2014.

ARIAS DÍAZ, I. “Chequeo a la Administración pública: propuesta de código ético y de buenas prácticas”. Revista Jurídica de Asturias, nº 35. Academia Asturiana de Jurisprudencia. Asturias 2011.

ARRIBAS LÓPEZ, E. “Sobre del denominado delito de cohecho pasivo impropio.” La Ley, 6 de noviembre de 2009. Consultado en: www.diariolaley.es

BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Ed. Iustel. Madrid. 2012.

BLANCO CORDERO, I. *Hospitalidad e invitaciones a empleados públicos y privados: riesgo penal y cumplimiento normativo empresarial. Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidación*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015.

BLANCO CORDERO, I. “Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos” Madrid. Marzo-Abril 2015. Consultado en: www.diariolaley.es.

BINDING, K. *Die Normen und ihre Ubertretung*. Tomo I, 1ª Edición. Leipzig 1872, y 3ª Edición. Leipzig 1916.

BOIX REIG, J. *Derecho Penal, parte especial, volumen II*. Ed. Iustel. Madrid 2012.

BOIX REIG, J. *Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la Administración Pública, en corrupción pública: cuestiones de política criminal*. Ed. Iustel. Madrid 2014.

BOIX REIG, J. *Derecho penal. Parte especial. Coord. Por Francisco Javier Boix Reig*. 2ª Edición. Ed. Iustel. Madrid 2016.

BOIX REIG, J. *La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in ídem* Francisco Javier Boix Reig. Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005.

BOIX REIG, J. *La jurisprudencia constitucional sobre el principio "non bis in ídem"* Francisco Javier Boix Reig. *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Coord. por Francisco Javier Boix Reig, Raquel Campos Cristóbal, Alessandro Bernardi. 2005.

CANCIO MELIÁ, M. *La teoría de la Adecuación Social en Welzel*. 1993.

CASTRO MORENO, A y OTERO GONZÁLEZ, P. *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Ed. Dykinson. Madrid 2016.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La difusión de información pública como instrumento para la prevención de la corrupción; una aproximación desde la legislación autonómica”. En *Revista Catalana de Dret Public*, nº 52. Escola d’Administració Pública de Catalunya. Barcelona 2016.

CHOCLAN MONTALVO, J.A. “Hacia la unificación del derecho Penal Comunitario. El Corpus Iuris Europeo”. *La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y bibliografía*. 1998.

Comp. *Las explicaciones de UBERHOFEN (n.p.11)*, 395, nota al pie 71.

CORCOY BIDASOLO, M. *Derecho Penal parte especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

CORRAL ESCÁRIZ, V. *La Lucha contra la corrupción urbanística en España*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014.

CORRECHER MIRA, J. *La eficacia interna de los instrumentos de evaluación internacional para la persecución y prevención del delito de cohecho: Corrupción pública, prueba y delito; cuestiones de libertad e intimidad*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015.

CORRECHER MIRA, J. *Análisis jurisprudencial de los delitos contra la Administración Pública en el territorio valenciano. Corrupción pública. Cuestiones de Política criminal II*. Ed. Iustel. Madrid 2015.

CORNILS, *Landesbericht Schweden, en ESER/UBERHOFEN/HUBER.*

CREUS, C. *Consideración pre típica de la antijuricidad, en doctrina penal.* 1991.

CUADRADO RUIZ, M^a A. *La responsabilidad de las empresas frente al medio ambiente, en Derecho penal español, en GARROS MARTÍNEZ Y BORLA (Coord.s), Ambiente y Pobreza. Una mirada interdisciplinaria.* EUCASA, Salta, (Argentina), 2015. <http://hdl.handle.net/10481/38634>

CUADRADO RUIZ, M^aA. *Derecho penal aplicado a la Función pública.* Granada 2012.

CUADRADO RUIZ, M^a A. *¿Hacia la erradicación del principio societas delinquere non potest?, en MUÑOZ CONDE, F., Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008.

CUADRADO RUIZ, M^a A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante... ¿un paso hacia atrás? En Revista Jurídica de Castilla y León, n^o 12. Abril, 2007. <Http://hdl.handle.net/10481/38633>

CUADRADO RUIZ, M^a A. "La posición de garante" en Revista de Derecho penal y Criminología, 2^a época, n^o 6. Julio 2000.

CUADRADO RUIZ, M^a A. "La comisión por omisión como problema dogmático", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, tomo 1997. <http://hdl.handle.net/10481/5517>.

CUADRADO RUIZ, M^a A. "Jueces ordinarios y Tribunales independientes", en Cuadernos Jurídicos, n^o 6, marzo 1.993.

CUGAT MAURÍ, M. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Ed. Cedecs. Barcelona 1997.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. *La respuesta a la Corrupción Pública*. Ed. Comares. Granada 2004.

DE OLARZÁBAL, J. *Introducción a la nueva doctrina penal*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe 1992.

DE TOLEDO Y UBIETO, O. *Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencias a los delitos de cohechos)*, VV.AA. *El nuevo Código Penal: propósitos y fundamentos, libro homenaje al profesor Dr. Ángel Torio López*. Ed. Comares. Granada 1999.

DOVAL PAIS, A. *Posibilidades y límites para la formación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

ENCINAR DEL POZO, M.A. *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Ed. Aranzadi. Navarra 2016.

ESER, ALBIN. "La Adecuación Social": ¿Figura legal superflua o necesaria? Reflexiones respecto a la concesión de ventajas socialmente habituales."

ESTEVE PARDO, J. *Lecciones de Derecho Administrativo, 5ª edición*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2015.

FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Ed. Ratio legis. Salamanca 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. *Memento práctico Francis Lefebvre Penal*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid 2015.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015.

GARCÍA DE ENTRERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo*. 17ª Edición. Ed. Aranzadi. Navarra 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, E. “Tribuna/derecho sobre el cohecho impropio”. Publicado el 14 de julio de 2009”. Consultado en: <http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/07/17396980.html>.

GIMBERNAT ORDEIG, E. “El endiablado cohecho impropio”, publicado en el periódico el mundo, 5 de julio de 2010,”. Consultado en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1043319.

GÓMEZ DE LIAÑO BOTELLA, J. “Artículo titulado Gracias, dádivas y mundanos dones. Publicado el 10 de agosto de 2009”. Consultado en: www.elmundo.es

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

GONZÁLEZ SALINERO, R, y BRAVO G. “La corrupción en el mundo romano. Actas del IV Coloquio de la Asociación Interdisciplinar de Estudios Romanos.” Signifer Libros.

GORRIZ ROYO, E. M. *Corrupción Urbanística: Análisis criminológico y respuestas jurídico-penales. Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*. Ed. Iustel. Madrid 2014.

GUICHOT REINA, E. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Ed. Tecnos. Madrid 2014.

GUICHOT REINA, E. *Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción. La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. Barcelona 2016.

HIRSCH, H.J. *StGB, " 1994, previa obs. 29 ante § 32; ídem, Sociale Adáquan: und Unrechtslehre, en ZStW 74 (1962), 78-135 (93)*.

JAÉN VALLEJO, M. Y PERRINO PÉREZ, A.L. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Ed. Dykinson. Madrid 2016.

JANE LANGER, E. *Mindfulness: La conciencia plena*. Traducido por Beatriz López. Ed. Paidós. Barcelona 2007.

JAVATO MARTÍN, A.M. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2 3(enero 2011).

JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia 1995.

JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*. Ed. Iustel. Madrid 2011.

JESCHECK, H.H. *Tratado de derecho penal*. Ed. Bosch. Barcelona 1981.

JIMÉNEZ FRANCO, E. “Administración pública y Corrupción: iniciativas legislativas de *lege ferenda* para una nueva cultura de integridad”. *Actualidad Administrativa* nº 5. La Ley. Madrid 2012.

JORDANO FRAGA, J. “La nulidad de los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional”. *Revista española de derecho administrativo*. Nº 90, 1996.

JORDANO FRAGA, J. *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid 1997.

JORDANO FRAGA, J. *La potestad sancionadora de la Administración, Jesús Jordano Fraga, Lecciones de derecho administrativo: Parte general / coord. por María Concepción Barrero Rodríguez*. Vol. 2. Coord. Por María Concepción Barrero Rodríguez, Roberto Rafael Galán Vioque. 2014.

LACRUZ LÓPEZ, J.M y MELENDO PARDOS, M. *Tutela penal de las Administraciones Públicas*. Ed. Dykinson. Madrid 2013.

LAMARCA PÉREZ, C. *Derecho Penal, parte especial*. Ed. Colex. Madrid 2010.

LIZCANO ÁLVAREZ, J. “El índice de transparencia de los ayuntamientos: objetivos y resultados de una experiencia reciente”. Análisis local: Hacienda, Finanzas y Organización de las Administraciones Territoriales, nº 86. Consultores de la Administraciones Públicas. Madrid 2009.

LLORENTE PÉREZ, A. “El reto de la lucha contra la corrupción en la Unión Europea”. Unión Europea Aranzadi, nº 10. Aranzadi. Navarra 2014.

LOZANO GAGO, M. L. “Delitos de corrupción en las Corporaciones Locales”. Diario La Ley, nº 8624. La Ley. Madrid 2015.

LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de derecho penal. Parte Especial*. Ed. Dykinson. Madrid 2011.

LUZÓN PEÑA, D.M. *Curso de derecho penal. Parte General*. Ed. Aranzadi. Navarra 1995.

MAYER, H. *Strafrecht. AT*. 1967, pág. 65.

MALAVÉ OSUNA, B. *Corrupción política y amistad en l Roma de Cicerón*. Ed. Edisofar. Madrid 2005.

MAQUEDA ABREU, M.L. “La desobediencia de los funcionarios públicos, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública”. Sevilla 1998.

MAQUEDA ABREU, M.L. “El error sobre las circunstancias: Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del código penal. Cuadernos de política criminal”.

MAQUEDA ABREU, M.L. LAURENZO COPELLO, P. *El derecho penal en casos: parte general*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

MARAÑA SÁNCHEZ, J. “Regalos no, gracias”. Revista jurídica La Ley. Madrid Quincena del 30 Dic. 2009 al 14 Ene. 2010.

MAROTO CALATAYUD, M. *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2015.

MARTÍN PASTOR, J. “La suspensión provisional en el ejercicio del cargo público de los políticos imputados judicialmente por delitos de corrupción”. Diario La Ley nº 8462. La Ley. Madrid 2015.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. *Criminología de la corrupción urbanística y prevaricación funcional*. Ed. Bosch Editor. Barcelona. 2015.

MAYER, H., *Strafrecht. AT*, 1967, 65.

MAZA MARTÍN, J.M. “Circunstancias que excluyen o modifican la Responsabilidad Penal”. Ed. La Ley. Madrid 2007.

MESEGUER YEBRA, J. *Comentario a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Escuela de Administración Pública de Cataluña y Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional. Barcelona 2014.

MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*. 5ª Edición. PPU. Barcelona. 1999.

MITSCH, en BAUMANNAVEBERMITSCH, *Strafrecht*. AT, 1º 1995, 291.

MORALES PRATS, F. *Corrupción entre particulares. La corrupción a examen*. Ed. Aranzadi. Navarra 2012.

MORALES PRATS, F. *En Quintero Olivares. (Dir.) Comentarios a la parte Especial de Derecho Penal*.

MORALES PRATS, F. Y MORÓN LERMA, E. *Corrupción entre particulares (comentario al art.286 bis del C.P) en la Corrupción a Examen*. Ed. Aranzadi. Navarra 2012.

MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia. Una aproximación constitucional”. *Revista de Cultura de la Legalidad*, nº 8. Universidad Carlos III. Madrid 2015.

MORILLAS CUEVAS, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª Edición. Ed.Dykinson. Madrid 2016.

MORILLAS CUEVAS, L. *Sistema de Derecho Penal, Parte General. Fundamentos Conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley Penal*. 3ª Edición. Ed. Dykinson. Madrid 2016.

MUÑOZ CONDE/CUADRADO RUIZ, Voces: “Ley penal en blanco”, en Enciclopedia Jurídica Civitas, 1995.

- MUÑOZ CONDE, F. “Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal: Especial consideración del concepto jurídico de funcionario público a efectos penales.” Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla 1997.

MUÑOZ CONDE/CUADRADO RUIZ. Ley penal en blanco; en LUZÓN PEÑA, D-M. (Director) Enciclopedia penal básica. Ed. Comares. Granada 2002.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

NIETO MARTÍN, A. *Corrupción en la España Democrática*. Ed. Ariel. Barcelona 1997.

NIETO MARTÍN, A. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Ed. Atelier, Barcelona 1999.

NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. (Dir): *Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos. Universidad de Castilla-La Mancha*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de Cohecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El error de prohibición, especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. Ed. La Ley. Madrid 2007.

OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014.

POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de derecho penal, parte general*. Ed. Tecnos. Madrid 2016.

PRECIADO DOMÉNECH, C.H. *La corrupción pública en la Reforma del Código Penal de 2015*. Ed. Aranzadi. Navarra 2015.

PUENTE ALBA, L.M. *Corrupción en los negocios, en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

PUENTE ALBA, L.M. *La intervención penal en supuestos de fraude corrupción*. Ed. Bosch. Barcelona 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 1995*. Ed. Aranzadi. Navarra 1996.

QUINTERO OLIVARES, G. *El derecho penal Ambiental*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 10ª Edición. Ed. Aranzadi. Navarra 2016.

RAMOS CARVAJAL, E. “Transparencia y buen gobierno: una visión desde la política aplicada”. En: Presupuesto y gasto público, nº 82. Ministerio de Hacienda. Madrid 2016.

RAMOS MORAGUES, F. *El personal laboral de las Administraciones Públicas*. Ed. La Ley. Madrid 2011.

REY MARTÍNEZ, F. *El derecho de acceso a la información pública a la luz del derecho constitucional*. Rubio Llorente, Francisco (ed.). *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2016.

RIVERO ORTEGA, R. *La corrupción. Aspectos Jurídicos y Económicos*. Ed. Ratio Legis. Salamanca 2000.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal. Parte Especial*. 10ª edición. Ed. Dykinson. Madrid 1987.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*. Ed. Aranzadi. Navarra 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas: (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 212/2016)”. *Diario La Ley*, nº 8766. La Ley. Madrid 2016.

ROMERO CASANOVA, C.M. *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Comares. Granada 2016.

ROSAL BLASCO, B. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/20016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”. *Diario La Ley*, nº 8732. La Ley. Madrid 2016.

ROXIN, C. *Política criminal y sistema de derecho penal, trat. Francisco Muñoz Conde*.

ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, en *Jus* 1964, 373-381 (376); ders., *Strafrecht*. A.T.(N.P. 7), 243, n.p.78.

SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la corrupción*. Ed. Civitas. Madrid, 1991.

ROXIN, *Strafrecht. AT (n. p. 7), 244; comp. con Kritik en der Lehre von der Sozialadaquan.*; también *JESCHECK/WEIGEND (n. p. 1), 252 y ss., así como SCHÓNKE/SCHRÖDERILECKNER (n. p. 1), preliminar 70 ante § 13.*

SAINZ MORENO, F. *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados*. Ed. Civitas. Madrid 1976.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona 1992.

SOTELO, I. "Poder y corrupción". *Revista de Occidente*, nº 409. Fundación José Ortega y Gasset. Madrid 2015.

SPINKA. *El principio de insignificancia o bagatela*, en opúsculos de Derecho penal y Criminología, nº 15

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La Corrupción a Examen*. Ed. Aranzadi. Navarra 2012.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E. *Marco normativo internacional contra la corrupción*. Ed. Dykinson. Madrid 2013.

TORRES MANRIQUE, J. I. “Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas”. Derecho y Cambio Social, nº 34. Pedro Donaires Sánchez. 2013

VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento Penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*. Editorial Edersa. Madrid 1996.

VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Admisión de regalos y corrupción pública. Uned. Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, número 6.2011.

VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español”. Madrid, 24 de Abril de 2015.

VICENTE CHIRIVELLA, O. *Corrupción pública: principales instituciones para su estudio*. Ed. Iustel. Madrid 2014.

VILLALBA PÉREZ, F.L. *La Contratación de las Sociedades en manos de las Administraciones Públicas: Principios de Publicidad y de Concurrencia. Fundamentos de su publicación*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

VILLALBA PÉREZ, F. L. “Ordenación farmacéutica; Tercer trimestre de 2005, aspectos normativos de ordenación farmacéutica; competencias estatales y autonómicas, falta de previsión legal que habilite a la Administración sanitaria autonómica para la venta de medicamentos en centros hospitalarios, declaración de nulidad de disposiciones normativas autonómicas. Planificación farmacéutica, zonas básicas de salud de cobertura mínima de oficinas de farmacia, núcleo de población urbano, número de habitantes. Procedimiento para la autorización de apertura de oficinas de farmacia, prioridad de actuaciones, designación del local, distancias.” Revista General de Derecho Administrativo. Nº. 11, 2006.

VILLALBA PÉREZ, F. L. *Contratos del sector público, Francisca Leonor Villalba Pérez, Conceptos para el estudio del derecho administrativo en el grado*. Coord. Por María Asunción Torres López; Estanislao Arana García (Dir.), Rafael Barranco Vela (Dir.), Federico A. Castillo Blanco (Dir.), Francisca Leonor Villalba Pérez (Dir.), vol. 2. 2013.

VILLALBA PÉREZ, F.L. *Nociones Básicas de la Contratación Pública*. Ed. Tecnos. Madrid 2014.

VILLORÍA MENDIETA, M. *Principales rasgos y características de la corrupción en España. La Corrupción en España*. Ed. Atelier. Barcelona 2016

WELZEL, H *Abhandlungen, pp 141 y ss*.

WELZEL, *Der allgemeine Teil....*, 1ª ed. °1940.

WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*. 1939.

WWENBERGER, T. *Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, FS für Rittler zum 80. Geburtstag*, 1957.

ZARZALEJOS, J.A. “Descripción del fenómeno de la corrupción”. Cuadernos de teología. Deusto 1996.

ZIPF, H. *Introducción a la política criminal*, Ed. Edersa Madrid 1979.

APÉNDICE NORMATIVO

-Real decreto de 14 de Septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consultado en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.

-Decreto 315/1964 de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Consultado en: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1964-2140>.

-Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. BOE 297 de 12 de diciembre.

-Constitución Española. Consultado en: www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229.

-Ley 23/1982 de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-15230>.

-Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-11672-consolidado.pdf>.

- Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

-Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Consultado en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-9865>.

-Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo de Reforma del Código Penal, BOE N° 74 de 26 de marzo de 1988, <http://www.boe.es/boe/dias/1988/03/26/pdfs-/A0949809499.pdf>.

-Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-28027>.

-Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>.

-Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1993-20748.

-Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-12095.

-Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444.

-La Ley para la Lucha contra la Corrupción (KBG) de 13 de agosto de 1997, en fin, radió del § 331 del Código penal alemán.

- Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-3593.

-Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Consultado en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

- Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-4192.

-Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/26-/pdfs/A4184241875.pdf>

-Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdf/A46025-46096.pdf>.

- ORDEN APU/516/2005 de 3 de marzo, por la que se disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-3724>.

-Ley 4/2006, de 30 de junio de transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública Gallega. Consultado en: <http://boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-14944-consolidado.pdf>.

-Ley 7/2007 de 12 de abril, que regulaba el Estatuto Básico del Empleado de la Función Pública. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-7788>.

-Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>.

-Circular 4/2010 de 23 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal. Consultado en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcfszcDBzdPYOdTD08jIMtjPULsh0VAce5-oI!/?numElementosPorPagina=20&paginaDestino=3.

-Ley Orgánica 2/2011 de 28 de enero, por la que se modifica la Ley 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-1639.

-La Ley Foral 2/2011 de 17 de marzo, por la que se establece un código de buen gobierno en Navarra. Consultado en: www.boe.es/boe/dias/2011/04/12/pdfs/BOE-A-2011-6553.pdf.

-Ley 4/2011 de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Consultado en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/04/30/pdfs/BOE-A-2011-7709.pdf>.

- Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112.

- Ley 4/2013 de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura. Consultado en: http://www.gobex.es/filescms/ig/uploaded_files/interlex_normas/Ley_4_2013_de_21_de_mayo_de_Gobierno_Abierto_de_Extremadura.pdf.

-Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Exposición de motivos de la citada Ley. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>.

-Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Consultado en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-13647.

-Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la

Unión Europea .Consultado en: <https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf>.

- REGLAMENTO nº 31 (CEE) y nº 11 (CEEa), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-X-1962-60014>.

-Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9133.

www.bing.com/search?q=Reforma+ley+concursal&form=IE10TR&src=IE10TR&pc=MAARJS.

-Ley 19/2014 de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno del Gobierno Catalán. . Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-470-consolidado.pdf>.

- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consultado en: <http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/>.

- Ley 2/2015 de 2 de abril de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana. . Consultado en: http://www.dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?id=null&sig=002988/2015&L=1.

- Ley 13/2015 de 8 de abril, de la Función Pública de Extremadura. Consultado en: http://www.gobex.es/filescms/ig/uploaded_files/interlex_normas/Ley_4_2013_de_21_de_mayo_de_Gobierno_Abierto_de_Extremadura.pdf.

- Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Consultado en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10565

- Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Consultado en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11427.

- Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11719.

- Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566.

- Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10726.

- Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña. Consultado en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/10/14/pdfs/BOE-A-2016-9419.pdf>.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- Sentencia Tribunal Constitucional 13/1987, de 5 de febrero.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 61/90 de 29 de marzo.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 127/90 de 5 de julio.

- Sentencia Tribunal Constitucional 234/1991 Sala Segunda de fecha 10/12/1991.
Recurso de amparo 1473/1989.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1994 de 28 de febrero..

- Sentencia del Tribunal Constitucional 270/94 de 17 de octubre.

- Sentencia Tribunal Constitucional 193/1996, de 26 de noviembre F. 3.

- Sentencia Tribunal Constitucional 43/1997, de 10 de marzo F. 6.

- Sentencia Tribunal Constitucional 108/2001, de 23 de abril.

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2003.

- Sentencia Tribunal Constitucional 20/2003, de 10 de febrero. F.6.

- Sentencia Tribunal Constitucional 163/2003, de 30 de junio.

- Sentencia Tribunal Constitucional 136/2003, de 30 de junio. F.3.

- Sentencia Tribunal Constitucional 170/2004, de 18 de octubre. F.2.

- Sentencia Tribunal Constitucional 148/2005, de 6 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 2005.
- Sentencia Tribunal Constitucional 76/2007, de 16 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2008, de 13 de octubre.
- Auto Tribunal Constitucional 264/2007, de 25 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1881
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1888
- Sentencia Tribunal Supremo de 25 de abril de 1947
- Sentencia Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956.
- Sentencia Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1964.
- Sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1972.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1972.
- Sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1976.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1982
- Sentencia Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1991

- Sentencia Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo 7 de octubre de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1993.
- Sentencia Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994 (Rec. 2581/1992).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994.
- Sentencia Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1994 (Rec. 657/1993.)
- Sentencia Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994.
- Sentencia Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994 (Rec. 1327/1993).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1995.
- Sentencia Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997 (Rec. 2596/1995.)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo 361/1998, de 16 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal supremo de 3 de enero de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000.

- Sentencia Tribunal Supremo 19 de diciembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000.
- Sentencia Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001 (Rec. 1052/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001.
- Sentencia Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001 (Rec. 1327/1993).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2002.
- Sentencia Tribunal Supremo de 11 de julio de 2002 (Rec. 4008/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1810/2002, de 5 de noviembre.
- Sentencia Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2003
- Sentencia Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2003 (Rec. 2664/2001)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2003.
- Sentencia Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2003 (Rec. 1094/2002).
- Sentencia del Tribunal Supremo 277/2004 de 5 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2005.
- Sentencia Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 (Rec. 2535/2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005.

- Sentencia Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005 (Rec. 1869/2004).
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 25 de septiembre de 2009.
- Sentencia Tribunal Supremo de 8 de junio de 2006 (Rec. 1312/2005).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2006.
- Sentencia Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008 (Rec. 2162/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1127 de 27 de noviembre de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010 (Rec. 2172/2009.)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2, de 1 de julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012
- Sentencia Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo 684/2013 de 3 septiembre de 2013.
- Sentencia Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2015.
- Sentencia Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016.
- Auto Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2007.
- Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2009.
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de agosto de 2009.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de conformidad nº 10/2011 de 16 de septiembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de conformidad nº 11/2011 de 16 de septiembre de 2011.
- Sentencia número 2/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- Sentencia núm. 1/2014, de 19 de mayo de 2014 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, resolutoria del recurso de apelación contra la Sentencia núm. 4/13, de 11 de diciembre de 2013.

-Sentencia Sala Civil y Penal del TSJA, en el recurso de apelación penal 9/2013 del Tribunal del Jurado, procedente de la Audiencia Provincial de Sevilla sentencia de 21 de marzo de 2013.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de enero de 2017.

- Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Secc. 1.ª, de 19 de febrero de 1993.

-Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 5 de marzo de 1997.

- Sentencia Audiencia Provincial de las Palmas sentencia de 24 de febrero de 2000

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de marzo de 2004.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2006.

-Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 1 de octubre de 2012.

-Sentencia Audiencia Provincial de Málaga 535/2013 de 4 de octubre.

-Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 273/2013 de 7 de junio de 2013.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla nº 4/2016, de 15 de julio de 2016.

-Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 21 de octubre de 2016.