La reforma del delito de cohecho en la LO 1/2015

~Prof. M.^a Ángeles Vilchez Gil~

Abogada, Granada. Profesora del Master de Práctica Jurídica, Ilustre Colegio de Abogados de Granada. Socia FICP.

El problema de la corrupción en la administración pública es obviamente algo malo, sin embargo como todo en la vida puede tener un lado positivo y es que al salir a la luz pública un caso de corrupción, esto nos da la oportunidad de hacer las correcciones para evitar que estos hechos se repitan.

La regulación penal de los "Delitos contra la Administración Pública" está contenida en título XIX del libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, concretamente en los artículos 404 a 445 de dicho texto legal que ha sido modificado en distintas ocasiones en los últimos años (LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 5/2010, de 22 de junio...), aunque, sin duda, una de las reformas más importantes y profundas es la que se ha producido con la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Hay que partir de la base, en todo caso, que no todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos se contienen en el mencionado título XIX, sino que en el Código Penal se contemplan otros preceptos, en otros títulos, cuyos sujetos activos pueden ser también los funcionarios públicos (por ejemplo, los artículos 174,175,198,204 del Código Penal...). La regla general de los tipos penales que se contienen en los delitos contra la Administración Pública es que los sujetos activos de estos delitos son las autoridades o funcionarios públicos lo que implica, con carácter previo, la necesidad de tener que acudir a la definición que en el ámbito penal se contiene en el artículo 24 del Código Penal ya que, respecto de los funcionarios públicos, implica un concepto propio, diferente y más amplio que el utilizado en el ámbito del derecho administrativo en los artículos 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. El concepto de funcionario público que se ha configurado en el ámbito del derecho penal por la jurisprudencia no exige la incorporación ni permanencia, sino la participación en el ejercicio de funciones públicas, por lo que el concepto de empleado público se incluyen dentro del concepto de funcionario público, a efectos penales, al personal contratado en régimen laboral cuando participe

de forma efectiva en el ejercicio de funciones públicas, y los denominados funcionarios de hecho, esto es, los nombrados por autoridad competente pero sin reunir aquellos los requisitos que exige el cargo.

Aunque el cohecho constituye una figura clásica dentro de los delitos contra la Administración Pública y pudiera pensarse que su construcción está muy asentada en la doctrina y en la jurisprudencia, no le falta razón algunos autores cuando indican que salvo la idea de corrupción, que es común a todas las previsiones típicas, no es fácil encontrar otro rasgo que pueda servir para singularizar estos tipos.

La reforma de 2010 ha supuesto una reordenación de estas figuras en la que se ha buscado, por un lado, ajustarlas a una sistemática más clarificadora, y por otro, ampliar el círculo de sujetos activos incluyendo los administradores o interventores judiciales. También se define lo que sean funcionarios de la Unión Europea o de Estados miembros de la misma (art. 427).

Tal como declara el preámbulo de la LO 5/2010, la modificación pretende «adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas»

De forma sistemática, las principales novedades que introduce la reforma en el Código penal son las siguientes:

-Ampliación de los sujetos activos, dentro de los particulares asimilados a funcionarios públicos, y nuevo concepto de funcionario público extranjero

La reforma ha ampliado el concepto de personas asimiladas a los funcionarios públicos a los efectos de la punición de estas conductas, incluyendo a determinados particulares que realizan actividades vinculadas al ejercicio de funciones públicas, y así: En el delito de cohecho (artículo 423 del Código Penal) a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, se han añadido las figuras de los mediadores, los administradores concursales, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

-Incremento y ampliación del catálogo de penas previstas para los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la administración pública.

Es evidente que para llevar a cabo una óptima interpretación de las normas penales, ya sean las contenidas en el Código Penal como en las llamadas leyes penales especiales, los órganos judiciales enclavados en la jurisdicción penal, desde el propio Tribunal Supremo hasta los Juzgados de instrucción en el enjuiciamiento de las faltas que se prevén en el Libro III de nuestro principal texto punitivo, han de servirse de principios o teorías que determinen el verdadero alcance de la norma a aplicar.

Así, la hermenéutica utilizada para lograr el equilibrio entre el hecho de la vida real y su encaje en la ley penal puede desarrollarse mediante los medios tradicionales de interpretación, como el gramatical, teleológico o sistemático, los que pueden ser tenidos en cuenta exclusivamente para hallar la tipicidad de la conducta, o también para lograr el alcance sobre la aplicabilidad de una circunstancia de atenuación o agravación, los grados de participación o ejecución del delito, la determinación o individualización de la pena o la forma de ejecutarla, entre otras funcionalidades, dentro del amplio círculo de posibilidades que nos enseña la práctica diaria que caben cuando de la apreciación de una norma penal se trata, pero unido a lo anterior necesariamente debemos de tener en cuenta las teorías o principios penales que son tenidos en cuenta por los Tribunales para, junto con los medios de interpretación, dar con el verdadero sentido de la norma y su conexión con el supuesto de hecho a juzgar o analizar en alguna de las partes que lo componen.

Respecto al bien jurídico que protege la norma la doctrina discrepa a la hora de concretar el bien jurídico protegido. Así, encontramos las posiciones de aquellos autores (MUÑOZ CONDE)¹ que consideran que procede distinguir según que el cohecho sea activo o pasivo, de modo que particular y funcionario no lesionarían los mismos intereses; el particular dañaría la regularidad con que deben funcionar los servicios públicos, en tanto que el funcionario lesionaría el deber o la confianza en el desempeño imparcial y adecuado de esos servicios. Otros, reflexionan que cualquiera que sea el origen del ataque, el bien afectado es el mismo: el buen funcionamiento de la Administración; en esta dirección, parte de la doctrina aporta que, en último término, lo

¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. La reforma del delito de cohecho. Corrupción transnacional. Conferencia impartida en el marco de los 37.º Cursos de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca el 11 de junio de 2015.

que ha de considerarse es que los servicios públicos funcionen con un adecuado nivel de objetividad e imparcialidad.

No obstante, es el Tribunal Supremo quien viene a marcar lo que se protege con la punición de estas actuaciones bidireccionales o bilaterales, que sin embargo en su ejecución vienen a ser actuaciones autónomas e independientes unas ejecutadas o realizadas por el particular y otras por la autoridad y funcionario público, ya que ambos responden a intereses distintos, autónomos e independientes: entiende que lo protegido es «el prestigio y eficacia de la Administración Pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos» (SSTS de 27-10-2006, 7-2-2007 y 17-5-2010).

¿Cuál es el elemento que ha de estar presente siempre en este tipo de conductas? La dádiva o favor o retribución de cualquier clase, material o bien inmaterial, económica, o tratos de favor sexual, honorífico, de cualquier tipo que puede ir destinado al propio funcionario o a un tercero.

La problemática se plantea cuando no se da esta dádiva o al menos no tiene una tangibilidad conocida, expresada, quedando oculta y sin averiguación.

Las clases de cohecho: es común establecer la clasificación de los tipos atendiendo al sujeto activo de los mismos, distinguiéndose un cohecho pasivo, que se produce cuando es el funcionario el que solicita o recibe la dádiva, y un cohecho activo, que se cometería en el caso del particular que ofreciese o aceptase la dación de la dádiva.

Dentro del cohecho pasivo es posible hablar de uno propio y de otro impropio. En el primero, el ofrecimiento o la dádiva se emplean para la consecución de un acto contrario a los deberes del cargo, es decir, se trata de los tipos de los artículos 419, y por extensión de los arts. 423 y 427; el segundo engloba las situaciones en que el funcionario recibe el presente en consideración a su cargo o para la realización de un acto p Debe existir una conexión clara entre el ofrecimiento y la realización del acto.

Cohecho pasivo propio (419/420/421 cp). La conducta típica gira en torno a los verbos «solicitar» y «recibir». Tanto la solicitud como el recibo han de tener por objeto la dádiva o el favor o retribución de cualquier especie, en sentido general, pues la solicitud puede ir referida también a un ofrecimiento o a la promesa de una recompensa futura.

La conexión debe ser tan clara que el TS en el Auto de 13-12-10 ha señalado lo siguiente: «nuestra jurisprudencia ha exigido una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto. Ello supone que si existe otra explicación coherente y verosímil que justifique la entrega de la dádiva entonces no existirá tal delito».

Es indiferente que la dádiva se entregue antes o después, pero que no sea como recompensa.

Desde el ángulo subjetivo, el tipo incorpora un elemento subjetivo del injusto, cual es el de actuar en provecho del propio funcionario o de un tercero. Nos hallamos, por consiguiente, ante conductas de dolo directo.

En cuanto a la consumación, y a pesar de que hay algún supuesto en el que se reconoce la posible existencia de formas imperfectas, de modo mayoritario es considerado delito de simple actividad consumado con la mera solicitud de la dádiva.

Sin perjuicio de la trascendencia de la herramienta punitiva, ya sea en su vertiente preventiva o represiva, en la lucha contra la corrupción que presenta la forma introducida en los delitos contra la Administración Pública por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el Código Penal, no cabe duda que resulta necesario la aplicación de otras medidas transversales que permitan alcanzar el objetivo de eliminar cualquier atisbo de corrupción en la Administración Pública Española desterrando prácticas o situaciones que pueden ser el germen para su desarrollo.

Y ello debido a la imposibilidad de poder establecer controles de forma individualizada para seres individualizados, (ciudadanos y autoridades o funcionarios públicos), y tener a todo el conjunto de la Administración y de la ciudadanía como *“ojos visor de control “para evitación de la corrupción”*. Ya que las ansias de poder, de obtener, de ganar, de obtener beneficios..., forman parte consustancial del elemento humano, y ello es muy difícil de erradicar.

Los sistemas empíricos, son útiles en estos casos, y si vamos más allá, podemos encontrarnos con que la técnica de la criminología, sirven de base y sustento para la determinación de determinadas conductas que pueden ir siendo reconducidas para el alcance de una mejor y mayor socialización conductual.

Si examinamos los barómetros publicados realizados por Centros de investigación Sociológicas, podemos ver que la corrupción en España existe y que es un problema, convirtiéndose en el tema que más preocupa a la población española. La consecuencia inmediata es el desconcierto y la desconfianza que los españoles tienen hacia las instituciones del estado español. Por tanto, la corrupción ha de ser erradicada, si bien dada su dificultad, se deberán de adoptar las medidas legislativas adecuadas para que se proceda a su reducción de forma considerable.

Tal y como define VILLORIA MENDIETA², la corrupción como toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio de su cargo que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas por el mismo por razones de interés privado.

Los políticos, el Gobierno, han de tomar consciencia de la situación, y del problema real y grave que se causa con ello, sobre todo por la desconfianza que se genera en la ciudadanía. Por lo tanto tener una agenda política donde se incluya este problema como principal y fundamental.

La cuestión estaría en cómo hacer que la desconfianza que se ha generado en la ciudadanía pueda ser restablecida. Ardua tarea tiene el Gobierno y por ende el Legislador. Las políticas deben de ir dirigidas al ciudadano, lo primero considero que es la información al mismo, de los temas, casos planteados, personas involucradas, sentencias dictadas,..., es decir la población ha de conocer que es lo que ha pasado, hay que dárselo a conocer a través de medios fiables, no todo el mundo conoce el BOE, ni lo lee, tampoco las bases de datos para acceder a jurisprudencia... La ciudadanía no es solo un lector jurídico, sino que hay que proceder a establecer un lenguaje de igual a igual, de tal forma que se entere de lo que sucede y del porqué, sin que la información sea sesgada y falseada. De esta forma, la ciudadanía entenderá más fácilmente que es lo que pasa, y el porqué de la corrupción.

Mi reflexión es clara:

La tutela que ofrecen los tipos penales en el delito de cohecho, no me merecen descalificación, sobre todo por las últimas reformas, lo que sí, es el hecho de que no se

² VILLORIA MENDIETA, MANUEL (URJC). VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. El liderazgo público en las democracias. Corrupción y liderazgo público.

hayan adoptado desde el germen, desde la raíz, formas eficaces para el ejercicio de dicha tutela.

Es decir, los tipos penales están determinados, y son determinantes, se pretende con ello que los funcionarios o autoridades así como los particulares no cometan dichos hechos, establecido penas mayores.

Medidas disuasorias serian el establecimiento de mecanismos de control específico al respecto, mayor consideración y respeto a la Administración, establecer un sistema que efectivamente sea social, democrático en derecho al respecto del control de la autoridad y funcionario público, y respeto a la ciudadanía. ¿Qué ocurre? ¿Cuál es el problema? Que no hemos sido educados para ello, y este es el gran problema que tiene actualmente la ciudadanía. Palabras como honor, honestidad, fidelidad, respeto, moral...., han sido olvidadas, están en el sueño del olvido y por lo tanto hasta que no despierten no podrán ser restaurados.