

# RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE COHECHO Y PREVARICACIÓN\*

*Norberto J. de la Mata*  
*Profesor Titular de Derecho penal*  
*Universidad del País Vasco*

## I

En la incriminación de las distintas modalidades delictivas de cohecho, el legislador penal de 1995 ha previsto en el tipo descrito en el art. 419 una figura que, como señala VALEIJE, no tiene parangón en el Derecho comparado, peculiaridad propia de la legislación española particularmente criticada por algún autor<sup>1</sup>, pero incorporada a nuestro ordenamiento ya con el Código Penal de 1870<sup>2</sup>.

En este artículo se contempla la sanción de "la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de

---

\* Este trabajo es un resumen de un estudio más amplio realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Cuestiones nucleares en la interpretación de los delitos contra la Administración pública", subvencionado por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV/EHU, para su realización durante los años 1999-2000.

<sup>1</sup> Véase, por todos, Rodríguez Puerta, 1999, 235, en relación con la innecesaria diferenciación entre el art. 419 y el art. 420, establecida en función del acto que se pretende realice el funcionario. A este respecto señalará cómo el núcleo del injusto del delito de cohecho no sólo se agota con el mero acuerdo al que llegan un funcionario y un particular, sino que, además, el sentido del mismo —ejecutar un acto injusto o ejecutar un delito— no incide de forma directa sobre el bien jurídico tutelado. Por ello, no existirá a su juicio necesidad de agravar la pena ni cuando el contenido del acto a ejecutar sea delictivo ni cuando efectivamente se lesione o ponga en peligro otro bien jurídico, porque aquí aunque el injusto sí será mayor la pena ya resulta incrementada sencillamente recurriendo al concurso de delitos.

<sup>2</sup> Debe destacarse, como señala Valeije, 1996, 206, cómo incluso con anterioridad, aun sin el carácter genérico de la actual formulación, se preveía una modalidad de cohecho en la que se sancionaba la conducta del funcionario público que admitiese dádivas o promesas por cometer alguno de los delitos expresados en los Capítulos precedentes al que recogía el cohecho, siendo importante ya adelantar cómo entre ellos se encontraba el delito de prevaricación.

delito" con una pena de "prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa".

Existe un cierto acuerdo en la doctrina a la hora de entender que el núcleo fundamental del injusto en el tipo de cohecho descrito en el precepto reside en la obtención del acuerdo injusto, momento en el que, se dirá, se conculca el principio de imparcialidad –bien jurídico que la mayoría de la doctrina identifica como interés tutelado–, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto propio del cargo, tanto si, una vez obtenido el pacto, se posterga la efectiva recepción de la ventaja, como si ésta se entrega al alcanzarse el acuerdo entre funcionario y particular<sup>3</sup>.

Ello, por una parte, con independencia de que el legislador decida adelantar la intervención penal en cuanto equipara la efectiva obtención del acuerdo y su intento, intento que desde la perspectiva del bien jurídico mayoritariamente propuesto en ocasiones se ha entendido que podría quizás representar únicamente una mera puesta en peligro del mismo<sup>4</sup>.

Pero, por otra, y en lo que aquí nos interesa, con independencia también de que se ejecute finalmente el acto delictivo que con la dádiva se pretende llevar a cabo el funcionario. En tal sentido, reiteradamente se señalará que la consumación del delito se verifica sin necesidad de ejecutar acto alguno<sup>5</sup> y que la efectiva realización de posteriores injustos por parte del funcionario, sujeto activo del delito de cohecho pasivo propio objeto de atención en estas páginas, integraría en rigor, más incluso que un agotamiento del delito, el fundamento jurídico de un concurso de delitos<sup>6</sup>.

En esto último el precepto responde, en cuanto a la caracterización del tipo subjetivo, a su configuración como tipo incongruente, dada la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, y, en concreto, mutilado de dos actos, en el cual la presencia de la finalidad pretendida por el autor –consistente en

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 177. En este sentido, véase también VALEIJE, 1996, 75 ss.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 178, aludiendo a la gravedad de este tipo de comportamientos y destacando cómo para dicha puesta en peligro sólo se precisa que el funcionario manifieste su intención de actuar parcialmente de mediar una remuneración (pg. 203). No acierto, sin embargo, a distinguir la lesividad del peligro cuando la oferta de remuneración proviene del propio funcionario –otra cuestión será que la misma surja del particular–, y, o bien se entiende que tanto con la intención de obtener un acuerdo como con el acuerdo mismo se ha quebrado ya el principio de imparcialidad, o bien que únicamente en ambos casos existe un peligro para dicho principio, que únicamente se lesionará efectivamente cuando se realice el acto para el que se produjo el acuerdo. La opción entre ambas posibilidades dependerá de cómo se interprete la idea de imparcialidad.

<sup>5</sup> Entre otros, CASAS 1982, 669, CRESPO, 1996, 507, GONZÁLEZ CUSSAC, 1997, 137, u OLAIZOLA, 1999, 481.

<sup>6</sup> En estos términos, CASAS, 1978, 910.

la realización por el propio sujeto de una ulterior conducta— trasciende más allá del ámbito propio del dolo pero no necesita ser objetivamente realizada para afirmar la presencia del injusto típico<sup>7</sup>. No existe mayor controversia en relación a esta idea que la que se suscita entre quienes señalan cómo el cumplimiento o incumplimiento de lo pactado no incrementa lo injusto del delito de cohecho<sup>8</sup> y la doctrina dominante que mantendrá, sin embargo, la opinión contraria. Pero, en todo caso, la divergencia de opiniones a este respecto no afecta a la unanimidad que existe cuando se afirma que la efectiva ejecución de lo pactado sí tendrá trascendencia en relación con la determinación de la pena, tanto por la expresa previsión legal del art. 420 como, y será uno de los argumentos principales a los que luego se aludirá, por la remisión que realizan los arts. 419, 425.2 y, en relación con el primero de ellos, el art. 423.

En lo que al art. 419 respecta, insistirá la doctrina prácticamente unánime en que si se produce esa ulterior realización jurídico-penalmente relevante, habría de modo ineludible que recurrir a las exigencias inherentes a la teoría del concurso de infracciones, calificando autónomamente la comisión del concreto delito cometido a cambio de la dádiva<sup>9</sup>. Tanto si se ejecuta plenamente dicho delito como si únicamente se inicia su ejecución, supuesto en el cual el concurso se efectuaría entre el delito de cohecho y la tentativa del delito cuya ejecución se ha iniciado<sup>10</sup>. Por supuesto, tanto en uno como en otro caso, sin que sea posible aplicar la agravante de precio, recompensa o promesa del art. 22.3<sup>a</sup>, por su inherencia al delito de cohecho, tal y como prescribe el actual art. 67 del Código Penal<sup>11</sup>.

La posibilidad concursal —e interesa aquí simplemente apuntarlo puesto que en este trabajo me detendré únicamente en el art. 419—, que no cabe en los supuestos de los arts. 420, 421, 425.1 y 426, dado que el acto que realiza o se compromete a realizar el funcionario no es delictivo, también la acepta la doctrina dominante, en relación con la modalidad de cohecho prevista en

<sup>7</sup> Detenidamente, CASAS, 1982, 669 y de nuevo, recientemente, ASUA, 1997, 41.

<sup>8</sup> Así, RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 203 y 235, quien, recogiendo las tesis de Bacigalupo, y refiriéndose a la distinción legal del art. 420, que tacha de inadecuada, la considera de difícil justificación desde la perspectiva del bien jurídico, pues, con independencia de la ejecución o no del acto, entenderá que el principio de imparcialidad ha quedado, desde el momento en que se alcanzó el acuerdo, conculcado.

<sup>9</sup> En este sentido, entre otros, ASUA, 1997, 41, CASAS, 1978, 914 y 1982, 669, CATALÁN, 1999, 198, CÓRDOBA, 1983, 184, CRESPO, 1996, 507, FEIJÓO, 1997, 1130, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1997, 3999, MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1195 y 1205, MUÑOZ CONDE, 1999, 959, OLAI-ZOLA, 1999, 481, POLAINO, 1997, 370, RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 234, SERRANO, 1999, 741 y VALEIJE, 1996, 250.

<sup>10</sup> Así, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, 1995, 1088, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1997, 4000, MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1205, ORTS/VALEIJE, 1996, 1821, RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 234 y VALEIJE, 1996, 250.

<sup>11</sup> Véanse, entre otros, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, 1995, 1088, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1997, 4000, MUÑOZ CONDE, 1999, 959, o SERRANO, 1999, 741.

el art. 425.2 y en relación, ya en el ámbito del cohecho activo, con el tipo descrito en los arts. 423.1 y 423.2.

En cuanto al art. 425.2, al margen de la deficiente técnica legal empleada en la descripción de las penas, el propio artículo precisa que en caso de recompensa por el acto ya realizado, cuando el mismo sea constitutivo de delito además de la pena que corresponda por la realización de éste<sup>12</sup> se impondrán las penas de prisión, multa e inhabilitación que se indican, lo que remite al concurso de delitos<sup>13</sup>. La problemática de este artículo en lo que a la cuestión concursal se refiere —otra cosa será la en mi opinión cuestionable legitimidad del mismo— es similar a la del art. 419 por lo que cuanto aquí se diga sobre éste debiera poder extrapolarse al art. 425.2.

Por lo que respecta al art. 423, la doctrina dominante también acepta un concurso de delitos para el particular que corrompe al funcionario público o atiende su solicitud de corrupción entre el propio art. 423 y el delito cometido por dicho funcionario. En relación a éste y en función de su contribución al hecho principal —y, en consecuencia, del número 1 o 2 del art. 423 a aplicar—, ya en concepto de inductor<sup>14</sup>, ya como cooperador en el mismo<sup>15</sup>. No me referiré a la problemática concursal que aquí se plantea, a mi juicio mucho más compleja, en cuanto la opinión que al respecto se mantenga habrá de tener en cuenta que si en relación con el cohecho pasivo propio del art. 419 cabe distinguir el inicial acto previo de recepción o solicitud de la dádiva y la posterior ejecución del delito acordado y, en su caso, un doble desvalor, en el supuesto del art. 423 la cuestión concursal que se plantea ha de tener en cuenta que aquí dicha distinción se antoja difícil, si no imposible.

## II

La relación concursal entre el art. 419 y el delito cometido en función de la acción u omisión que en el ejercicio de su cargo realiza el funcionario

<sup>12</sup> Subraya acertadamente FEIJÓO, 1997, 1137, que el término “además” que utiliza el legislador no viene referido a las penas del apartado primero sino a las penas correspondientes al delito cometido, habiéndose tratado de establecer simplemente una regla concursal. Ello es obvio en cuanto, de mantenerse la interpretación contraria, se estaría imponiendo al funcionario una pena de prisión, dos penas de multa y sendas penas de inhabilitación y suspensión, lo que evidentemente no tiene sentido alguno.

<sup>13</sup> Por todos, siguiendo el sentido del texto legal, Feijóo, 1997, 1137, Olaizola, 1999, 480 y Orts/Valeije, 1996, 1838.

<sup>14</sup> Por todos, Díaz y García Conlledo, 1995, 1088, FEIJÓO, 1997, 1134, MUÑOZ CONDE, 1999, 965 y OLAIZOLA, 1999, 207. En sentido contrario, con a mi juicio fundamentadas consideraciones, VALEIJE, 1996, 247 ss.

<sup>15</sup> Así, Muñoz Conde, 1999, 965, en el caso, contemplado en el art. 423.2, de que el particular se limite a aceptar la solicitud del funcionario, en cuanto considerar en tal supuesto una inducción mutua sería algo totalmente ajeno a la realidad. Véanse también DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, 1995, 1088 y OLAIZOLA, 1999, 207.

público la entiende posible la doctrina entre el delito de cohecho y cualquier otro delito, sin que se establezca un catálogo cerrado y exhaustivo de tales delitos, interpretación que señalan ORTS y VALEIJE puede chocar con el literal del art 419 que parece remitir sólo a aquellos delitos que en su descripción típica contengan una referencia al cargo, identificándose, por tanto, con los que se describen en el Título XIX, pero que es necesaria para no dejar sin castigo conductas que se cometen abusando de las facilidades que reporta el cargo y que, sin embargo, se ubican dentro de otros Títulos del Código, tales como las que remiten a los delitos de falsedad, de prevaricación judicial o de emisión de informes sobre proyectos de edificación<sup>16</sup>.

Así, se acepta expresamente esta posibilidad, por supuesto, en relación con el delito de prevaricación objeto de posterior especial consideración en este trabajo<sup>17</sup>, pero también en relación a los delitos de falsedad en documento público<sup>18</sup>, usurpación de funciones públicas<sup>19</sup>, nombramientos ilegales<sup>20</sup>, desobediencia<sup>21</sup>, infidelidad en la custodia de documentos<sup>22</sup>, violación de secretos<sup>23</sup>, tráfico de influencias<sup>24</sup>, malversación<sup>25</sup>, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos<sup>26</sup> y quebrantamiento de condena<sup>27</sup>. Ello, al margen del concurso que se pueda plantear, por ejemplo, con delitos como el de amenazas o el de estafa, no por el acto posterior a la solicitud o recepción de la dádiva, presente o promesa, sino en cuanto a la relación que se establece entre funcionario y particular<sup>28</sup>.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse, aceptando el concurso de infracciones y en relación a los antecedentes de lo que hoy es el art. 419, sobre los delitos de falsedad en documento público<sup>29</sup>, usurpación de funciones públicas<sup>30</sup>, infidelidad en la custodia de documentos<sup>31</sup>, violación

<sup>16</sup> ORTS/VALEIJE, 1996, 1822. Ya en el mismo sentido, VALEIJE, 1996, 206.

<sup>17</sup> CASAS, 1978, 914, CATALÁN, 1999, 212, MUÑOZ CONDE, 1999, 932, OLAIZOLA, 1999, 480, ORTS/VALEIJE, 1996, 1821 y VALEIJE, 1996, 206.

<sup>18</sup> CASAS, 1978, 914, CATALÁN, 1999, 212, ORTS/VALEIJE, 1996, 1821 y VALEIJE, 1996, 206.

<sup>19</sup> CASAS, 1978, 914.

<sup>20</sup> VALEIJE, 1996, 206.

<sup>21</sup> VALEIJE, 1996, 206.

<sup>22</sup> CASAS, 1978, 914, CATALÁN, 1999, 212, ORTS/VALEIJE, 1996, 1821 y VALEIJE, 1996, 206.

<sup>23</sup> CASAS, 1978, 914, CATALÁN, 1999, 212, que habla de descubrimiento y revelación de secretos, ORTS/VALEIJE, 1996, 1821 y VALEIJE, 1996, 206.

<sup>24</sup> CUGAT, 1997, 253 ss. y OLAIZOLA, 1999, 463.

<sup>25</sup> CASAS, 1978, 914, CATALÁN, 1999, 212, ORTS/VALEIJE, 1996, 1821 y VALEIJE, 1996, 206.

<sup>26</sup> OLAIZOLA, 1999, 475.

<sup>27</sup> CASAS, 1978, 914 y VALEIJE, 1996, 206, que aluden, respectivamente, a los delitos de evasión e infidelidad en la custodia de presos.

<sup>28</sup> A este respecto véase, por todos, OLAIZOLA, 1999, 232 ss.

<sup>29</sup> SsTS 27-3-1971 (RJA 1029), 15-11-1971 (RJA 4596), 24-1-1977 (RJA 77), 27-2-1982 (RJA 858), 31-10-1992 (RJA 8631), 20-9-1993 (RJA 6800), 28-1-1994 (RJA 289), 4-4-1994 (RJA 2867), 22-9-1994 (RJA 7216), 10-3-1995 (RJA 1832) y 16-5-96 (RJA 4548).

<sup>30</sup> STS 5-3-1964 (RJA 1326).

de secretos<sup>32</sup>, malversación<sup>33</sup>, quebrantamiento de condena<sup>34</sup>, así como sobre el derogado delito de uso público de nombre supuesto<sup>35</sup>. Además, en relaciones plurales, sobre la existencia de concurso entre el delito de cohecho y los delitos de falsedad y estafa<sup>36</sup>, falsedad y malversación<sup>37</sup>, malversación e infidelidad en la custodia de documentos<sup>38</sup>, violación de secretos, infidelidad en la custodia de documentos y daños<sup>39</sup>, y contrabando y tráfico de drogas<sup>40</sup>. Por último, al margen de lo que hoy es el art. 419 y en cuanto a relaciones concursales de los actuales arts. 420, 421 o 423, motivadas por razones en las que no es posible ni necesario detenerse ahora, se ha aceptado también un concurso entre el delito de cohecho y los delitos de apropiación indebida<sup>41</sup>, estafa<sup>42</sup>, falsedad<sup>43</sup>, falsedad y estafa<sup>44</sup> o falsedad y malversación<sup>45</sup>.

En lo que respecta al concurso con el delito de prevaricación, el Tribunal Supremo sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse en muy puntuales oportunidades y, en todo caso, creo que excepto en una sentencia, al menos en las últimas décadas, sin argumentaciones en torno a la problemática concursal.

Así, niega la existencia tanto de cohecho como de prevaricación en las SsTS de 5 de junio de 1993 (RJA 4824) y de 15 de febrero de 1994 (RJA 925) y niega la prevaricación –pero simplemente por inexistencia de resolución–, admitiendo el cohecho de los antiguos arts. 386 y 387, respectivamente, en las SsTS de 15 de abril de 1972 (RJA 1887) y 30 de mayo de 1973 (RJA 2478) y en la de 28 de mayo de 1966 (RJA 2733).

Sí admite, en cambio, la existencia de ambos delitos, pero en relación concursal que, interesa destacarlo, se establece entre el delito de cohecho del art. 385 –actual art. 419– y la prevaricación del art. 353 –actual art. 446, relativo a la prevaricación judicial–, en la STS de 16 de marzo de 1953 (RJA 478) y entre el delito de cohecho del art. 387 –actual art. 421– y la prevaricación del art. 359 –actual art. 408, relativo a la omisión del deber de perseguir deli-

<sup>31</sup> SsTS 14-6-1954 (RJA 1679), 2-11-1962 (RJA 4038), 15-3-1982 (RJA 1710) y 6-3-1995 (RJA 1809).

<sup>32</sup> SsTS 23-12-1964 (RJA 5225), 15-3-1982 (RJA 1710) y 21-5-1993 (RJA 4244).

<sup>33</sup> SsTS 31-1-1964 (RJA 532), 1-2-1964 (RJA 570), 14-10-1966 (RJA 4277) y 9-3-1990 (RJA 2442).

<sup>34</sup> STS 26-2-1952 (RJA 385).

<sup>35</sup> STS 18-10-1986 (RJA 5747).

<sup>36</sup> STS 7-4-1981 (RJA 1605).

<sup>37</sup> SsTS 24-10-62 (RJA 3953), 20-2-1963 (RJA 614), 7-5-1963 (RJA 2539), 9-5-1963 (RJA 2314), 18-5-1963 (RJA 2428), 3-7-1963 (RJA 3408), 22-10-1963 (RJA 4207), 2-11-1963 (RJA 4417), 20-11-1963 (RJA 4563), 6-2-1964 (RJA 642), 20-4-1964 (RJA 2058), 6-7-1965 (RJA 3622) y 2-11-1965 (RJA 4967).

<sup>38</sup> STS 2-7-1963 (RJA 3381).

<sup>39</sup> STS 11-6-1966 (RJA 2733).

<sup>40</sup> STS 6-11-1996 (RJA 8051).

<sup>41</sup> SsTS 2-12-1961 (RJA 4409) y 1-6-90 (RJA 4966).

<sup>42</sup> STS 4-2-1964 (RJA 588).

<sup>43</sup> SsTS 10-2-1969 (RJA 867) y 18-10-1994 (RJA 8026).

<sup>44</sup> STS 9-2-1976 (RJA 371).

<sup>45</sup> SsTS 31-5-1991 (RJA 4016) y 10-1-1997 (RJA 819).

tos, calificado entonces como delito de prevaricación—, en las SsTS de 9 de octubre de 1969 (RJA 4946) y de 18 de enero de 1993 (RJA 126), sin que en ninguna de ellas el Tribunal se extienda en consideración alguna sobre la cuestión concursal.

Unicamente en la STS de 22 de abril de 1996 (RJA 2893), de la que esponente el magistrado Joaquín Delgado García, al establecer la relación concursal también entre los antiguos arts. 387 y 359 se posiciona expresamente el Tribunal al señalar: “Desde luego que no hubo violación del ‘ne bis in idem’ cuando por estos hechos, además de condenar por delito de cohecho pasivo del art. 387, se sancionó también por la prevaricación aquí examinada del art. 359. Una conducta, la recepción del dinero para abstenerse de vigilar, es antecedente de la otra, la efectiva falta de vigilancia o vigilancia que sí se practicó, pero dejando que se llevaran el tabaco, como ocurrió en el hecho de marzo o abril de 1983 en el que intervinieron T. y otros dos guardias más, pero ambas son perfectamente separables y cada una de ellas merece su propia sanción. No hay incompatibilidad entre una y otra condena. Se hace necesario condenar por los dos para cubrir con las respectivas penas la antijuridicidad de ambos comportamientos. No nos hallamos ante un concurso de normas, sino ante un concurso de delitos”. Estamos, como se verá, ante la cuestión nuclear a decidir: la existencia o no de un desvalor adicional, la existencia o no de una doble antijuridicidad.

Ya en la STS de 14 de febrero de 1945 (RJA 234), en un supuesto de concurso entre el delito de cohecho del art. 385 —actual art. 419— y de nuevo el referido art. 359 —actual art. 408—, señalaba escuetamente el Tribunal: “Que siendo tan claro y terminante el precepto legal del artículo 390 del Código Penal de 1932, cuyo contenido recoge textualmente el 385 del vigente, al establecer que cuando la dádiva, causa eficiente del delito de cohecho, tenga por objeto ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituye delito, se impondrá, además de las sanciones señaladas a esta infracción, la correspondiente al delito cometido de resultas de la dádiva si se hubiera ejecutado, la tesis planteada, en términos generales, como primer motivo el recurso, de si un solo hecho puede o no dar lugar a diversas sanciones, carece en absoluto de consistencia jurídica dentro de nuestro ordenamiento penal”.

Por último, aunque no se trate de una sentencia relativa al delito de cohecho, interesa también destacar la de 3 de mayo de 1986 (RJA 4666), en la que negando el Tribunal la existencia de un delito de prevaricación del antiguo art. 356 —dictar auto injusto—, en voto particular los magistrados Luis Vivas Marzal y Juan Latour Brotons aceptan la presencia de dicho delito, pero además, y en lo que aquí importa, con la agravante de precio del antiguo art. 10.2ª.), propuesta sobre la que luego se volverá —alternativa quizás a la admi-

sión de un concurso—, que expresamente al tratar esta cuestión ha considerado OLAIZOLA rechazable<sup>46</sup>.

### III

En cuanto a la naturaleza de la relación concursal, y partiendo de la existencia de un concurso de delitos, algún autor ha aceptado la posibilidad de calificar el mismo como ideal<sup>47</sup>.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, ha entendido que habremos de aceptar un concurso real de delitos<sup>48</sup>, si bien, dentro de éste y dependiendo de la dinámica comisiva, se admite que el concurso pueda ser medial<sup>49</sup>. Señala en este sentido OLAIZOLA, refiriéndose al delito de prevaricación, cómo el delito de cohecho va a ser el medio para la consecución de un fin delictivo constitutivo de prevaricación, lo que ocurrirá siempre que estemos en supuestos de cohecho antecedente<sup>50</sup>. Puntualiza RODRÍGUEZ PUERTA, sin embargo, que el análisis del supuesto concurso —en caso de admitirse que el mismo lo es de infracciones y no de normas— debiera hacerse caso por caso, teniendo en cuenta que en ocasiones la solicitud o entrega de la dádiva y al acto propio del cargo se encontrarán muy distanciados en tiempo, lo que remitiría en opinión de esta autora al concurso real<sup>51</sup>.

Frente a esta postura, en relación con el delito de prevaricación, únicamente GONZÁLEZ CUSSAC y, siguiendo a éste, PAZ RUBIO y COVIAN REGALES, han aceptado la existencia no de un concurso de delitos, sino de un concurso de leyes —postura que ya se adelanta será la que aquí se mantenga—, desde una argumentación que, sin embargo, no parece correcta.

Así, GONZÁLEZ CUSSAC indica que “fuera del supuesto del art. 419, donde éste constituye delito y se deberá castigar separadamente, la pena

<sup>46</sup> OLAIZOLA, 1999, 482, que señala, con referencias no contrastadas, cómo en este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en las SsTS de 18-2-1992 (RJA 5961), 26-3-1992 (RJA 2475), 18-1-1993 (RJA 126), 6-4-1993 (RJA 3043) y 5-6-1993 (RJA 4824).

<sup>47</sup> Así, FEIJÓO, 1997, 1130, y SERRANO, 1999, 741, quien también acepta, no obstante, la posibilidad de concurso real.

<sup>48</sup> Expresamente, entre otros, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, 1995, 1088, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1997, 3999 y MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1205.

<sup>49</sup> Así, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, 1995, 1088, MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1205, OLAIZOLA, 1999, 480 y RODRÍGUEZ PUERTA, 1999.

<sup>50</sup> OLAIZOLA, 1999, 480 y 483, afirmación que matizará Rodríguez Puerta, 1999, 235, al entender que el delito objeto del cohecho integrará la finalidad perseguida por el particular que utiliza la dádiva como medio para conseguir el acto propio del cargo, mientras que en cuanto al funcionario, medio y fin se invierten, pues la finalidad perseguida por el funcionario suele ser la obtención de la ventaja y el instrumento del delito objeto del mismo. Ello, sin embargo, no obsta, a que ciertamente en los supuestos de cohecho antecedente, con independencia de cuál sea la finalidad perseguida, el delito de cohecho se perfeccione con anterioridad al segundo delito, sea cual sea, y en tal sentido sea medio del mismo.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 235.

se impone en función directa de si el acto se ha ejecutado o no. Si no se ha ejecutado no podrá tampoco haber prevaricación. Si por el contrario, si se ha ejecutado, entonces la pena del cohecho aumenta, con lo que parece absorber también ese mayor contenido de injusto. Se resuelve entonces el conflicto por vía del concurso de leyes, aplicando la regla de subsidiariedad expresa<sup>52</sup>. Y, siguiendo similar argumentación, PAZ RUBIO y COVIÁN REGALES entienden que "nada impide la compatibilidad del delito de prevaricación con otras figuras relativas al ejercicio de la función pública, y respecto al cohecho, habría que distinguir según que el acto no se ha ejecutado, en cuyo supuesto no puede haber prevaricación, y si se ha ejecutado la pena del cohecho aumenta, con lo que parece absorber el mayor contenido del injusto. Se resuelve el conflicto por la vía del concurso de leyes"<sup>53</sup>.

Sin embargo, como bien ha señalado OLAIZOLA, en los supuestos en los que el acto que se compromete a realizar el funcionario es un acto injusto, éste debe consistir en un acto que no constituya delito de prevaricación, porque si lo es habrá de acudir no al art. 420, sino al art 419<sup>54</sup>. Y, por tanto, la única posibilidad de que concurren los delitos de prevaricación y de cohecho, en supuestos de cohecho antecedente —con independencia de la calificación que merezca la relación entre ambos—, se producirá en los supuestos que describe el art. 419, pero nunca en los del art. 420 —precepto que es el que establece esa distinción de penas a que aluden los autores anteriores según el acto se haya ejecutado o no—, con lo cual la argumentación penológica a que los mismos acuden deja de tener sentido.

#### IV

La opción que toma la doctrina mayoritaria a favor de la existencia de un concurso de infracciones y no de leyes, ya sea en la relación concursal entre el delito de cohecho y el de prevaricación, ya en la relación con el resto de delitos que se admite pueda realizar el funcionario en el ejercicio de su cargo, se fundamenta en consideraciones de diferente índole.

La primera argumentación remite al propio tenor literal del art. 419. En tal sentido, subrayan los autores que tanto el derogado art. 385 como el nuevo

<sup>52</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, 1997, 137, pero ya también en su primera edición de 1994 (pg. 130), que expresamente rechaza la posibilidad concursal también, obviamente, en relación con el art. 421, como él señala al haberse descartado la modalidad omisiva en la prevaricación —al margen de que, en todo caso, toda modalidad omisiva delictiva remitiría al art. 419—, y en relación con el art. 426, en cuanto éste se refiere a un acto no prohibido legalmente, lo que es incompatible con la exigencia de arbitrariedad del art. 404 (pg. 138).

<sup>53</sup> PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, 1996, 3847.

<sup>54</sup> OLAIZOLA, 1999, 480.

art. 419 concretan la sanción a imponer por la solicitud o la recepción de la dádiva, presente o promesa "sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido" en razón de aquéllas, lo que obliga a penar separadamente uno y otros delitos<sup>55</sup>, solventándose, se señalará, el problema concursal<sup>56</sup>.

La remisión que establece el propio art. 419 a la pena del delito cometido no obliga, sin embargo, a asumir una postura a favor del concurso de infracciones y en detrimento del concurso de leyes. Ello deberá hacerse depender de cuál sea el delito cometido. En ese sentido nada aporta la cláusula, pues ni de su ausencia debiera predicarse que en todos los supuestos planteables la realización del acto delictivo habría de tratarse como un acto posterior copenado ni de su presencia, también para todos los casos, la obligación de establecer aquella relación concursal a la que acude la doctrina mayoritaria. No estamos sino ante una llamada de atención que obliga a analizar cada supuesto, en virtud de la cual el legislador advierte que el posible desvalor que surja con la ejecución del acto delictivo no necesariamente aparece ya abarcado por la pena prevista para el delito de cohecho. Eso y no más dice la remisión: sin perjuicio de la pena correspondiente, si es que corresponde alguna, al delito cometido.

El segundo de los argumentos parte de la estructura del precepto, concebido como tipo mutilado de dos actos, en el que basta para su perfecta realización la solicitud o la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa<sup>57</sup>. Y, en sentido similar, de la consideración del precepto como de simple actividad, para cuya consumación, se dirá, no es preciso ningún tipo de resultado lesivo o peligro concreto<sup>58</sup>.

Nada hay que objetar, obviamente, en cuanto a la consideración del precepto como mutilado de dos actos. Ello, sin embargo, obliga únicamente a aceptar la perfección delictiva con la realización del primer acto; a lo que no obliga es a acudir al concurso de infracciones realizándose el segundo. Este segundo acto tendrá o no relevancia en cuanto a la imposición de la pena en función de su desvalor en relación con el primero. Así, cuando en ejemplo característico el art. 386 pfo. 2 sanciona la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución no está obligando a imponer en caso de que efectivamente se produzcan tales conductas dos penas, sino a prescindir de la pena que prevé el art. 386 pfo.1, 3º cuando las mismas no se lleven a cabo o a aplicar la misma, pero no la del pfo. 2, cuando sí se lleven a cabo. Eso implica concebir un precepto como tipo mutilado de dos actos: adelantar las barreras

<sup>55</sup> Entre otros, aluden a este argumento legal ASUA, 1997, 41, CASAS, 1978, 914, FEIJÓO, 1997, 1130, OLAIZOLA, 1999, 481 o VALEIJE, 1996, 250.

<sup>56</sup> Así, FEIJÓO, 1997, 1130.

<sup>57</sup> Véase, entre otros, ASUA, 1997, 41.

<sup>58</sup> Así, OLAIZOLA, 1999, 481.

de protección exigiendo en el autor del delito un ánimo subjetivo intencional que trasciende el dolo pero sin que sea necesaria para la imposición de la pena la consecución de la finalidad pretendida. Y lo mismo ocurrirá, por ejemplo, con la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico sancionada en el art. 368.

En cuanto a la consideración del precepto como de simple actividad y la no exigencia de un resultado o peligro concreto, de nuevo hay que destacar que la caracterización de un tipo como de mera actividad no afecta necesariamente a su consideración como delito de peligro o de resultado, dependiendo evidentemente la postura que se adopte del modo en que se entienda el concepto de resultado; pero si éste, en cuanto afección al bien jurídico protegido, se define al margen del resultado estructural que predominantemente se viene aceptando no concurre en los delitos de mera actividad, ningún problema existirá en aceptar que un delito de mera actividad ni predetermina la configuración del injusto típico ni impide, en consecuencia, afirmar que estemos ante un delito de lesión. El resultado delimita la configuración típica del precepto y el desvalor de resultado afecta a la antijuricidad material de la conducta.

Sin necesidad de entrar a discutir la consideración o no del tipo recogido en el art. 419 como de mera actividad o de resultado, llama en todo caso la atención que se utilice precisamente como argumento para aceptar un concurso de delitos que el tipo del art. 419 no exija, según se señala —y aunque posteriormente se vuelva de nuevo sobre esta idea—, ningún resultado lesivo y ni siquiera un resultado de peligro concreto. Llama la atención porque pareciera que se está afirmando la existencia de un delito de peligro abstracto del cual es posible —aunque no se requiera— se derive ese resultado o peligro concreto. Pero, en tal caso, y si ejemplo de concurso de leyes, a partir de una relación de subsidiariedad —ciertamente derivada hacia una relación de alternatividad, en base a razones exclusivamente penológicas—, que es la que en principio rige la vinculación entre los delitos de peligro y los de lesión, es el art. 383, en conexión con los arts. 379, 381 y 382, en el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, similar postura debiera adoptarse también en relación con el art. 419 y su vinculación con ulteriores resultados lesivos, a partir de la consideración del art. 419 como delito de peligro abstracto. Por supuesto, habría que precisar, que es lo que no se indica, de qué bienes jurídicos estamos hablando cuando aludimos a la idea de peligro abstracto y de cuáles cuando a la idea de resultado o de peligro concreto. Pero en todo caso ni la argumentación utilizada puede ser definitiva ni conduce, sino al contrario, a una postura favorable al concurso de infracciones.

El tercero de los argumentos esgrimidos a favor del concurso de infracciones, en referencia explícita al delito de prevaricación, es el de la diferencia

de penas –de mucha mayor gravedad en el delito de cohecho–, que existe entre ambos tipos, lo cual, se dirá, hace inviable la idea de considerar que el delito de prevaricación pueda absorber el delito de cohecho<sup>59</sup>. No se explica, sin embargo, por qué no puede ocurrir a la inversa, considerando la prevaricación acto posterior copenado y acudiendo a una relación de consunción, o por qué, también en el ámbito del concurso de leyes, no se aplica el principio de alternatividad. Obviamente han de tenerse en cuenta las diferentes penas que prevén uno y otro delito, pero no necesariamente en el sentido que se indica.

El cuarto de los argumentos, también en relación al delito de prevaricación, hace referencia a la imposibilidad de aplicar la agravante de precio del actual art. 22.3<sup>a</sup> del Código sobre la pena base que el mismo determina, como alternativa a un concurso con el delito de cohecho, sin aplicación de dicha agravante. En este sentido se manifiesta OLAIZOLA –que obviamente critica se considere al cohecho una prevaricación cometida por precio, recompensa o promesa, en cuanto ciertamente son muy diversos los delitos que el funcionario puede comprometerse a realizar por precio–, en base a tres consideraciones dirigidas a mostrar la mayor gravedad de la oferta y aceptación de una cantidad de dinero en el ámbito de la Administración Pública que en el ámbito de los delitos comunes y el diferente contenido del tipo de cohecho de lo que en sí representa la agravante genérica del art. 22.

Así, señala cómo la discusión –ya zanjada legalmente a favor de la interpretación restrictiva– sobre si la circunstancia de precio ha de agravar también a quien ofrece o únicamente a quien acepta, no se plantea en el delito de cohecho, en cuanto expresamente se prevé en el cohecho activo la sanción de quien ofrece una dádiva a cambio de la realización o abstención del acto que prevén los arts. 419, 420 y 421, dando a dicha circunstancia, en este sentido, un mayor ámbito de aplicación respecto al juego normal de la agravante.

En segundo lugar, también se constata dicha ampliación en cuanto si bien la agravante exige para su aplicación un pacto anterior a la ejecución del delito, ello no es exigible en el delito de cohecho, que admite la posibilidad de cohecho subsiguiente.

Y en tercer lugar, con la regulación del cohecho, continuará, se pretende elevar en determinados casos las conductas de ofrecimiento y recepción de un precio a la categoría de delitos autónomos, lo que impide aplicar la circunstancia agravante del art. 22.3<sup>a</sup> en detrimento de la aplicación del delito de cohecho. Si se considerara absorbido el delito de cohecho por el de prevaricación, resultaría menos penado a su juicio el funcionario que comete un delito

<sup>59</sup> Véase OLAIZOLA, 1999, 482.

de prevaricación motivado por dinero que cualquier particular que cometiera un delito común motivado por ese mismo dinero [¿?], pero precisamente si la conducta de aceptación de dinero por cometer un delito se eleva en determinados casos a delito, es porque se considera más grave la conducta del funcionario que lo acepta en el ejercicio de su función, que la del particular que lo hace para realizar cualquier otro delito.

Por todo ello, señalará la autora, si en un delito común motivado por precio puede ser de aplicación la circunstancia agravante de precio, cuando se trata de un delito propio de un funcionario, el soborno no puede quedar consumido por el delito cometido<sup>60</sup>.

Ciertamente es más amplio el ámbito de aplicación de la entrega y recepción de una dádiva o presente en el delito de cohecho que en relación con la agravante del art. 22.3<sup>a</sup> por las dos primeras razones que se han indicado. Ello, sin embargo, ya de entrada debe señalarse que no afectará a la relación concursal entre los arts. 404 y 419, sino, en su caso, a la relación que se establezca entre el art. 404 y los arts. 423 o 425.

Por otra parte, lo que ha de plantearse es qué ocurre cuando la aplicación de la agravante es posible. Cuando no lo sea obviamente no cabe apelar a la misma y la opción entre el concurso de leyes o de delitos habrá de decidirse a partir de la concurrencia de los tipos realizados: cohecho y prevaricación sin agravante de precio. Pero ello no impide que cuando sí pueda aplicarse deba plantearse la posibilidad que critica la autora, lo que no necesariamente debe conducir a la solución que ella rechaza, pues la opción —aunque no se asuma la postura favorable al concurso de infracciones por el que ella opta— puede ser la de aceptar la aplicación, únicamente, del delito de cohecho. Ello estará en función de cuál se entienda es el principio, dentro de los que se aplican en el concurso de leyes, por el que hay que optar. El problema no es, además, si se pena más o menos al funcionario, sino si existen razones para acudir al concurso de delitos, y ellas sólo pueden venir dadas por el siguiente de los argumentos a que acude la doctrina, que es el que verdaderamente hace referencia a la problemática concursal.

Así, por último, en argumento ya de mayor calado, se apela al incremento del desvalor de resultado —doble antijuricidad indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 1996 (RJA 2893) antes considerada— que se produce con la ejecución del acto delictivo que se pretende obtener mediante la contraprestación en relación con el que surge si únicamente se adopta el acuerdo sobre ésta.

<sup>60</sup> Así, OLAIZOLA, 1999, 482, para quien a su juicio también en este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en algunas sentencias, entre las que ella cita, como se señalaba, las de 26 de marzo de 1992 (RJA 2475), 18 de enero de 1993 (RJA 126), 18 de febrero de 1993 (RJA 5961) y 5 de junio de 1993 (RJA 4824).

En este sentido se pronunciarán diferentes autores, con terminología diversa. Así, señalaba ya CASAS cómo “el desvalor del acto inicial no abarca en sí al del subsiguiente con relevancia típica”<sup>61</sup>. Y VALEIJE, recogiendo la opinión de ORTS, ha entendido cómo el último inciso de lo que hoy es el art. 419 “está indicando que el castigo de la corrupción conforme al referido precepto no agota la responsabilidad del funcionario que realiza el delito relacionado con el ejercicio de su cargo, sino que, por ser distinto y no estar absorbido su desvalor por el primero, genera una responsabilidad separada que como tal ha de ser sancionada”<sup>62</sup>.

Ya en referencia al nuevo Código, CRESPO alude al mayor daño social que se produce cuando el funcionario ejecuta el acto delictivo o el ilícito que se pretende obtener con el soborno, tomando como ejemplo, precisamente, el delito de prevaricación.

Y desarrollando el argumento en relación con este delito, de nuevo OLAIZOLA ha encontrado razones que entiende obligan a desechar la idea del concurso de leyes. Así, acepta que ambos delitos protegen el correcto funcionamiento de la Administración, entendido como el correcto servicio que ésta debe prestar a los ciudadanos, pero acertadamente considera que dicho bien es demasiado amplio y que se hace necesario concretar qué aspectos de ese correcto funcionamiento se ven perturbados con las conductas que vienen tipificadas con cada uno de los diferentes delitos. Para ella, el delito de cohecho implica fundamentalmente una mezcla de intereses públicos con intereses privados que perjudica el funcionamiento interno de la Administración, pero que sobre todo frustra las expectativas que los ciudadanos tienen en ella, aspectos ambos que se perturban desde el mismo momento en que el ciudadano sabe que tiene que pagar los servicios de la Administración o que el funcionario a cambio de dinero está dispuesto incluso a cometer un delito, aunque finalmente no llegue a cometerlo, postura que también aquí se comparte. Pero si efectivamente el funcionario, ya en el ámbito de la prevaricación, llega a dictar una resolución arbitraria, entiende que produce una mayor perturbación del correcto funcionamiento de la Administración que si no llega a dictarla, lo cual, señalará, debe quedar reflejado en la pena a través, justamente, de la aplicación de un concurso de delitos -aunque, siguiendo este razonamiento, que en principio podría aceptarse, llama la atención que esa mayor perturbación no implique una mayor pena en el delito de prevaricación que en el delito de cohecho- en cuanto uno sólo de los delitos no puede recoger todo el desvalor del hecho al no ser capaz de abarcar todos los aspectos jurídicamente relevantes de ambas conductas<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> CASAS, 1978, 910.

<sup>62</sup> VALEIJE, 1996, 250.

<sup>63</sup> OLAIZOLA, 1999, 481 ss.

A ello añadirá, en argumentación referida a la interpretación del art. 423.1, cómo el legislador prevé una diferente penalidad para el particular, según el acto objeto de soborno sea o no delictivo y según se ejecute el mismo o no, de forma lógica a su juicio en cuanto, por una parte, cuando el dinero lo ofrece para que se cometa un delito se está lesionando de forma más grave el funcionamiento de la Administración que cuando únicamente se ofrece para que se ejecute un acto injusto y, por otra, en relación con su ejecución, hace surgir en el funcionario la idea de cometer un delito con el cual se va a lesionar otro bien jurídico diferente, incluso aun cuando se trate de un delito contra la Administración Pública, pues como ya antes se señalaba, recuerda esta autora que cada delito tiene un matiz diferente respecto al correcto funcionamiento de dicha Administración. La conducta del particular implica en su opinión un peligro adicional para el bien jurídico que efectivamente se lesione cuando el funcionario realice el acto objeto de la dádiva y ello considera que ha de reflejarse en la pena, “con independencia de la parte de *bis in idem*” que admite pueda darse en tal supuesto. Y, por ello, concluye que el particular que induce al funcionario a través de un soborno a realizar otro delito deberá responder como autor de un delito de cohecho activo en concurso medial con la inducción a dicho delito en aras a no dejar impune el mayor desvalor que implica hacer nacer la voluntad delictiva<sup>64</sup>.

Al margen de la particular y mucho más compleja problemática que plantea la interpretación del art. 423.1 en relación con la cuestión concursal, vinculada a la tipificación autónoma de supuestos de inducción, la cuestión que aquí se ha planteado sólo puede abordarse desde esta última perspectiva a que aluden los autores citados. Si la pena prevista para el delito de cohecho no permite abarcar el desvalor que pueda surgir con la realización de la conducta para la cual el funcionario solicita o recibe la dádiva, presente o promesa —en nuestro caso, el dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo— habrá de acudir a un concurso de delitos. Si en cambio dicho desvalor se identifica con el que pueda existir aun sin dicha realización, se puede entender consumido en el mismo o, a la inversa, consume él al previo, estaremos en el ámbito de aplicación del concurso de leyes, por más que las consecuencias penológicas puedan no parecer acertadas, para evitar parcialmente lo cual, en todo caso, podrá recurrirse al principio de alternatividad. A las argumentaciones de los autores citados que observan un mayor desvalor de resultado o daño social cuando el funcionario dicta la resolución arbitraria objeto de la entrega de la dádiva habrá que referirse con posterioridad.

<sup>64</sup> OLAIZOLA, 1999, 207 ss., que únicamente aceptará —pero es importante destacarlo, en cuanto al delito de prevaricación le corresponde, frente a la del cohecho, una única pena de inhabilitación, incluso más leve que la de éste— que delitos poco graves puedan considerarse consumidos en el delito de cohecho, poniendo como ejemplo el delito de revelación de secretos del actual art. 417, cuya pena es de multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial de 1 a 3 años.

## V

Antes de ello, aunque sea brevemente, conviene hacer una referencia a la distinción entre el concurso de leyes y el concurso de delitos. Como señala PEÑARANDA, en el concurso de delitos cada una de las formulaciones legales a las que se ajusta el comportamiento del autor cubre sólo una parte del contenido delictivo del hecho o hechos realizados, cometiéndose, en tal medida, una pluralidad de delitos, mientras que en el concurso de leyes la conducta del autor cumple los presupuestos de varias formulaciones legales —varios tipos de delito— que expresan un solo contenido delictivo, encontrándose, por tanto, ante un único delito pluralmente formulado<sup>65</sup>.

Siguiendo a GARCÍA ALBERO a la hora de analizar las diversas clases de relaciones que se plantean en esta modalidad concursal, sustentada básicamente en el principio *non bis in idem*, puede hacerse la siguiente síntesis.

En la relación de especialidad, el solapamiento de injusto es total: el desvalor del tipo general no sólo está enteramente cubierto por el tipo especial, sino que además éste supone la concreción, en la órbita del tipo genérico, de un *plus* o *minus*, bien de injusto o de culpabilidad, en relación con determinados hechos del *genus* representado por el tipo más amplio, existiendo, desde un punto de vista lógico, una relación subyacente de inclusión o subordinación<sup>66</sup>. Obviamente no se plantea en estos términos la relación entre los delitos de cohecho y de prevaricación en cuanto que no todos los supuestos incluíbles en el primero pueden entenderse incluídos en el segundo, pues la prevaricación, aunque se entienda que añade el *plus* de la ejecución delictiva, ni hace referencia a la circunstancia de actuar motivado por la recepción de una dádiva, presente o promesa ni abarca el resto de supuestos delictivos a los cuales, en el ámbito de las falsedades, la malversación o cualesquiera otros delitos de posible comisión, hace también referencia el delito de cohecho.

En la relación de subsidiariedad, la suficiencia de uno de los tipos concurrentes en la captación del total desvalor de la conducta se basa principalmente en una relación valorativa —a diferencia de la relación de especialidad en que la coincidencia de injustos se deduce directamente de reglas lógicas—, lo que explica que si bien se trata de una categoría admitida en doctrina y

<sup>65</sup> PEÑARANDA, 1991, 184 ss.

<sup>66</sup> GARCÍA ALBERO, 1995, 321 ss. Véase, en sentido similar, por todos, Peñaranda, 1991, 36, si bien interesa destacar, como recuerda este autor (pgs. 47 ss.) que la disyuntiva en algunos casos se plantea no entre inclusión y exclusión, sino entre interferencia y exclusión, de modo tal que existen comportamientos que únicamente realizan el tipo de uno de los preceptos en cuestión, comportamientos que sólo resultan subsumibles en el del otro y comportamientos que pueden ser subsumidos en ambos, representándose gráficamente la relación de interferencia entre ambos no como dos círculos concéntricos sino como dos círculos secantes.

jurisprudencia, la concreción de los supuestos en ella incardinables no resulte pacífica. Con todo, señala GARCÍA ALBERO cómo habitualmente se define la relación de subsidiariedad en sentido formal. Así, se indica que un precepto está en relación de subsidiariedad cuando su sino es ser aplicado sólo en defecto de otro, puesto que se configura como medio auxiliar o tipo de recogida para el caso en que no resulte aplicable el tipo principal<sup>67</sup>. Tendría sentido acudir a esta clase de relación de entender, por ejemplo, que el delito de cohecho implica la puesta en peligro de un bien que efectivamente se lesionará cuando se ejecute la finalidad delictiva o si se entiende que aquel delito no representa sino la sanción autónoma de un acto preparatorio, de secundaria aplicación en relación con la realización de actos de ejecución.

La relación de consunción es prácticamente un subterfugio donde incluir aquellos supuestos en los que de modo más o menos intuitivo se niega la posibilidad de apreciar un concurso de delitos, convirtiéndose en una categoría residual, a definir negativamente. Así, si en la relación de especialidad el desplazamiento típico se deriva de la relación lógica entre dos preceptos y en la de subsidiariedad de consideraciones fundamentalmente teleológico-sistemáticas, trayendo causa la inaplicabilidad de uno de los delitos —en ambas constelaciones de casos— en la relación abstracta entre ellos (género-especie; secundario-primario), por el contrario, en la relación de consunción se pone el acento en la contemplación no de los tipos delictivos abstractamente formulados, sino de los hechos concretamente verificados. Ejemplo de esta relación son los denominados hechos acompañantes típicos y los actos posteriores copenados o impunes, pero, en relación a estos últimos, desde una interpretación restrictiva que limite su admisión a los supuestos en los que se produce en verdad un mismo desvalor de resultado, tomado dos veces en consideración de apreciarse un concurso de delitos<sup>68</sup>. También tendría sentido acudir a este tipo de relación —como en el supuesto de uso por el falsificador del documento falsificado o en el de venta de drogas por quien las posee con tal fin— de entender que el bien jurídico que protege el delito de prevaricación se identifica con el objeto de protección del delito de cohecho. Ahora bien, como señala PEÑARANDA, es difícil en principio sostener la existencia de una relación de interferencia en los supuestos de los llamados actos anteriores y posteriores impunes o copenados, pues, al menos aparentemente, ninguna de las dos normas en cuestión contempla el supuesto de hecho de la otra. De ahí que algunos autores estimen que nos hallamos en tales casos ante un genuino concurso de delitos, otros admitan una causa personal de exclusión de la pena para evitar la imposición acumulada de todas las sanciones, otros tiendan a estable-

<sup>67</sup> GARCÍA ALBERO, 1995, 332 ss.

<sup>68</sup> GARCÍA ALBERO, 1995, 382 ss.

cer una relación de exclusividad implícita y otros se esfuerzan en demostrar, en contra de aquella apariencia, que se da una verdadera interferencia de los tipos en cuestión<sup>69</sup>.

Por último, cuando desde la confrontación directa de los supuestos de hecho implicados no es dable extraer la primacía de uno de ellos, sino sólo la inviabilidad de su afirmación conjunta, ambos preceptos se entiende están en relación de alternatividad<sup>70</sup>.

Cuál de todas ellas sea la relación aplicable a cada supuesto planteable es cuestión controvertida en cuanto, como el propio GARCÍA ALBERO señala, toda clasificación en esta materia es meramente instrumental. Pero lo que sí debe estar fuera de toda duda es la admisión del concurso de leyes cuando éstas protegen un mismo bien jurídico de diversas afecciones que sólo difieren en su intensidad<sup>71</sup>. En este sentido, recuerda PEÑARANDA que casi todos los autores que se han ocupado de la cuestión están de acuerdo en que el concurso de leyes presupone, en cualquiera de sus modalidades, la realización de una pluralidad de tipos penales, pero que la necesidad de distinguirlo del concurso de delitos conduce a afirmar que en aquél la posibilidad de subsumir el hecho bajo una pluralidad de tipos de delito es sólo aparente o formal y a sostener que nos hallamos ante una apariencia de concurso. La discrepancia es más terminológica que de fondo para este autor y con tales expresiones –que parecen sugerir la idea de una exclusión recíproca de los correspondientes tipos delictivos– sólo se quiere indicar que una de las normas penales en las que esos tipos se describen basta por sí sola para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes y que decae por consiguiente una ulterior necesidad de pena que justifique la aplicación de las restantes. Por ello, por ejemplo, se considera preferible hablar de hechos anteriores o posteriores copenados y no de hechos impunes, porque no son actos en que resulte excluida una pena, sino actos que quedan ya penados con el castigo de la infracción junto a la que aparecen al contener el precepto de aplicación preferente una valoración implícita sobre el comportamiento expresamente contemplado en la norma desplazada<sup>72</sup>.

Es entonces absolutamente imprescindible definir cuáles son los bienes protegidos por los tipos de prevaricación y cohecho y concretar si la ejecución de la resolución arbitraria para la que se recibió un precio implica un desvalor no sólo adicional, sino vinculado a un bien jurídico diferente, en relación con el que merece la mera solicitud o recepción de la dádiva, presente o promesa.

<sup>69</sup> PEÑARANDA, 1991, 49 ss.

<sup>70</sup> GARCÍA ALBERO, 1995, 420.

<sup>71</sup> GARCÍA ALBERO, 1995, 343.

<sup>72</sup> PEÑARANDA, 1991, 182 ss.

VI

En relación con la discusión genérica sobre el objeto de protección de los delitos contenidos en el actual Título XIX del Código Penal, ha de recordarse la ya práctica unanimidad doctrinal a la hora de rechazar el deber del cargo como bien jurídico de dicho Título, en cuanto concepción que traduce una visión totalitaria de la actividad administrativa, sin que sea necesario volver a insistir en las razones del prácticamente consensuado estado de opinión al respecto<sup>73</sup>. Únicamente insistir con GARCÍA ARÁN en que el deber del cargo sólo es un concepto que existe en función de la protección de un auténtico bien jurídico y en la necesidad de huir de la tesis que reduce estos delitos a meras infracciones de los deberes de los funcionarios respecto de la Administración, una Administración que, por otra parte, no debe entenderse como conjunto orgánico cuya dignidad o prestigio ha de protegerse, sino desde su función de prestación hacia los administrados<sup>74</sup>. Por ello, aquél sólo puede concretarse —sin que sea ni posible ni necesario aquí un mayor detenimiento en una cuestión, por otra parte, hoy ya sí ampliamente tratada doctrinalmente—, como bien jurídico común a todos los tipos del Título, en el correcto desarrollo de la función pública<sup>75</sup> y, más concretamente, como dirá RODRÍGUEZ PUERTA, en los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado<sup>76</sup>, perspectiva que exige una interpretación de su contenido atenta a los parámetros constitucionales<sup>77</sup>.

Tomando el modelo constitucional como pauta de referencia, señala ASUA, se produce el tránsito de la teoría del deber de lealtad y probidad a la de la tutela de las expectativas de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, refiriéndose la materia necesitada de protección a la preservación de la forma de actuación de aquélla conforme a sus fines y sometida a los principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia. Por ello, tutelar la Administración no significa proteger los entes en sí mismos, sino preservar sus funciones y cometidos valiosos para la organización social articulada conforme a la Constitución democrática<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Véase, fundamentalmente, OCTAVIO DE TOLEDO, 1980, 135 ss. y 239 ss. Recientemente, por todos, en el ámbito de diversos delitos incluidos en el Título XIX, CUGAT, 1997, 63 ss., DE LA MATA/ETXEBARRIA, 1995, 72 ss., y RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 25 ss.

<sup>74</sup> GARCÍA ARÁN, 1991, 27 y 1997, 357.

<sup>75</sup> Véase, afirmando la función pública como objeto genérico de protección, la extensa relación de autores a que alude OLAIZOLA, 1999, 83 ss. Asimismo, la completa exposición de CUGAT, 1997, 76 ss.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 37.

<sup>77</sup> Por todos, OLAIZOLA, 1999, 85 ss.

<sup>78</sup> ASUA, 1997, 19 ss. En parecidos términos indica GARCÍA ARÁN, 1997, 358, cómo el bien jurídico no se circunscribe a las relaciones internas de la Administración en sentido orgánico, esto es, entre el funcio-

A tales principios, desde la referida perspectiva constitucional, se refiere detenidamente CUGAT, aludiendo a los de objetividad y legalidad de la actuación administrativa, en cuanto a la cuestión de la racionalidad de las decisiones administrativas –principios reconocidos en los arts. 9.1, 9.3, 103.1 2º y 106.1 del Texto Constitucional–, a la objetividad y al principio social, en referencia a la idea de eficacia en el estado de Derecho –desde la perspectiva de los arts. 9.2, 103.1.1º, 103.1 2º y 106.1– y a la objetividad e imparcialidad –en el ámbito del propio art. 103–<sup>79</sup>. Se trata de proteger, en definitiva, el buen funcionamiento de la Administración pública garantizando que el mismo se sustenta en los principios de imparcialidad, legalidad, objetividad y atención a los intereses generales de la sociedad –lo que se viene en denominar la eficacia indiferente de la Administración–, tal y como prescriben los referidos preceptos constitucionales.

Ahora bien, situado el objeto de tutela genéricamente protegido en el funcionamiento correcto de la Administración Pública, la doctrina mayoritaria –sin perjuicio de que se siga aceptando un bien jurídico categorial en todo el Título<sup>80</sup>– se ha esforzado en destacar que la Administración Pública a que se alude en la rúbrica del Título no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, debiendo identificarse el aspecto de la Administración o sector de la función pública que se cuestiona o puede verse afectado en cada uno de ellos en relación con los principios que inspiran su actuación: toma de decisiones conformes con la legalidad vigente, actuaciones dirigidas al cumplimiento de los fines previstos legalmente, respeto de los principios de objetividad o imparcialidad, etc. En tal sentido, la alusión a la función pública servirá únicamente, en cuanto *ratio legis* o finalidad tuitiva general del Título, para agrupar y determinar las coordenadas en que ha de averiguarse el bien jurídico protegido por cada grupo de incriminaciones<sup>81</sup>.

Señalará a este respecto OCTAVIO DE TOLEDO cómo la apelación a la función pública, sin ulterior concreción, configura un objeto de tutela tan amplio que haría de todos los delitos directamente referidos a ella delitos de peligro potencial o abstracto, pues su magnitud impediría a la ley penal crear tipos que exigieran su destrucción o menoscabo; a su juicio, el análisis de los tipos pone de manifiesto, sin embargo, que sus respectivos objetos de protección son

nario y su cargo, sino que, orientándose a la actividad de prestación, posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas. Véase también MORILLAS/PORTILLA, 1994, 191.

<sup>79</sup> CUGAT, 1997, 77 ss.

<sup>80</sup> Así, GONZÁLEZ CUSSAC, 1997, 22. Como señala GARCÍA ARÁN, 1997, 357, la propia denominación del Título supone, en primer lugar, reconocer la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos en él incluidos.

<sup>81</sup> Véanse, entre otros, ASUA, 1997, 21, Cugat, 1997, 100, FEIJÓO, 1997, 1679, GARCÍA ARÁN, 1991, 39 y 1997, 358, GONZÁLEZ CUSSAC, 1997, 22, MUÑOZ CONDE, 1997, 480 y 1999, 922, OCTAVIO DE TOLEDO, 1996, 1516, y OLAIZOLA, 1999, 488.

las singulares cualidades que, derivadas inmediatamente de la Constitución o establecidas en el marco de ésta por las leyes, resultan predicables de todas o cada una de las funciones o actividades públicas<sup>82</sup>. Por otra parte, como indica ASUA, por exigencias del principio de legalidad y en aras a la garantía de seguridad jurídica, la descripción de las conductas delictivas debe ser lo más precisa y clara posible; de ahí que la técnica legal tenga que recurrir a la diferenciación de formas de ataque a un mismo bien jurídico y a la previsión de distintas situaciones desde las que aquél puede resultar menoscabado. Pero aunque la tipificación de las distintas formas de ataque a las diversas propiedades que legitiman el funcionamiento de la Administración se traduce en la existencia de preceptos diferenciados, éstos, no obstante, se alimentan de un sustrato común<sup>83</sup>.

Esta es la razón que ha permitido a la doctrina tratar de clasificar los delitos que el legislador recoge en el Título XIX, siempre desde ese sustrato común, básicamente en tres grupos de delitos.

Así, y sin perjuicio de ulteriores matizaciones, se señala cómo el legislador ha situado el vértice fundamental de la tutela a la función pública en el debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de funciones públicas al ocuparse en primer término —Capítulos I y II del Título— de la prevaricación y otros tipos de decisiones injustas. En segundo lugar, la tutela penal se ha articulado sobre otros principios básicos para el correcto funcionamiento de la Administración, en este caso de carácter organizativo, como son, entre otros, los principios de eficacia, jerarquía y coordinación —Capítulos III y IV—, integrando en un tercer y último gran grupo aquellos delitos denominados de corrupción en los que el móvil principal se encuentra en el deseo de obtener una ganancia ilícita —Capítulos V a IX—<sup>84</sup>.

## VII

En esta estructuración que de los diversos delitos que afectan al buen funcionamiento de la Administración Pública realiza el legislador se ubica como primer delito del Título XIX la prevaricación. Señala MUÑOZ CONDE que algunas de las infracciones graves a los principios básicos de actuación de la Administración constituyen tipos delictivos específicos, pero que para sancionar adecuadamente otras actuaciones administrativas incorrectas igualmente merecedoras de sanción penal se requiere un delito genérico de prevaricación que, de algún modo, constituya el tipo básico al que reconducir los hechos que no

<sup>82</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, 1996, 1516.

<sup>83</sup> ASUA, 1997, 38.

<sup>84</sup> Véase, por todos, RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 36.

son subsumibles en otros tipos delictivos del título XIX más específicos, siendo ésta la función que cumple el art. 404<sup>85</sup>. La doctrina, sin embargo, ha aceptado reiteradamente la posibilidad concursal de este delito con otros delitos contra la Administración Pública<sup>86</sup>, lo que despojaría a la prevaricación de aquella condición. E incluso el propio autor, que acepta cómo al constituir el tipo básico de todos los delitos contra la Administración pública queda generalmente desplazado por aquéllos cuya esencia consiste de algún modo en la realización de un acto injusto, acepta, sin embargo, determinados concursos como, por ejemplo, con los delitos de cohecho o tráfico de influencias<sup>87</sup>; ello dependerá, como se viene insistiendo, del modo en que se concreten los respectivos bienes jurídicos de cada uno de los delitos cuya relación se quiera definir.

A la hora de identificar el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación, la doctrina busca un primer marco de referencia en lo que se describirá, genéricamente, como el correcto ejercicio de la función pública<sup>88</sup> o, según suele señalarse en la Jurisprudencia, el recto y normal funcionamiento de la Administración con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución<sup>89</sup>. Pero como ya antes se indicaba la función pública hacia cuya genérica protección parece dirigirse la norma que prevé este delito no puede tomarse como concepto vago y omnicompreensivo de todas las actividades realizadas por y para el Estado; de ahí que la función pública, exclusivamente tomada en la averiguación del objeto de protección como punto de arranque, se vea substituida por la más concreta referencia a cada una de las actividades legislativa, judicial y administrativa propias de dicha función<sup>90</sup>. Y a la hora de concretar esta primera aproximación, precisamente tomando como referencia la Constitución, los autores especifican cómo el bien jurídico concretamente protegido es la correcta actuación de la Administración con sometimiento pleno a la ley y al derecho, tal y como se deduce del art. 103.1 CE<sup>91</sup>, el normal funcionamiento de la Administración derivado de su sujeción a los principios de legalidad (art. 9.3 y 106), a la ley y el derecho (103.1) y al servicio con objetividad de los intereses generales

<sup>85</sup> MUÑOZ CONDE, 1999, 930. Sobre la consideración de la prevaricación como figura residual de entre los delitos contra la Administración pública, véase también GONZÁLEZ CUSSAC, 1994, 50 ss. y ROLDÁN, 1994, 1025.

<sup>86</sup> Véanse, entre otros, CATALÁN, 1999, 74, GONZÁLEZ CUSSAC, 1997, 136 ss. y ORTS/VALEIJE, 1996, 1783.

<sup>87</sup> MUÑOZ CONDE, 1999, 932.

<sup>88</sup> Detenidamente sobre el alcance del bien jurídico en todo el Título XIX y, en concreto, en su Capítulo I, véase Octavio de Toledo, 1996, 1514 ss. En relación con el Código derogado, OCTAVIO DE TOLEDO, 1980, 297 ss.

<sup>89</sup> Véase, por todas, la STS de 17 de septiembre de 1990 (RJA 7322). Véanse también Feijóo, 1997, 1087 o Morales/Puerta, 1996, 1130. GONZÁLEZ CUSSAC, 1997, 23, aludirá al correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público.

<sup>90</sup> Así, por todos, ya OCTAVIO DE TOLEDO, 1980, 332.

<sup>91</sup> Feijóo, 1997, 1087.

(103.1)<sup>92</sup> o, genéricamente y siguiendo a OCTAVIO DE TOLEDO, la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa o legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la Administración presta a través de sus funcionarios<sup>93</sup>.

Sí interesa, con todo, a efectos de establecer su vinculación concursal con el delito de cohecho, destacar la alusión a determinados principios, íntimamente ligados al de legalidad, que varios autores identifican también como objeto de protección del delito de prevaricación; destacan en este sentido los principios de objetividad y de imparcialidad.

Así, en relación al primero de ellos, CATALÁN señalará que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación es el funcionamiento de la Administración sometido a los principios de legalidad [...] y objetividad<sup>94</sup>, FEIJÓO, refiriéndose a las tesis del Tribunal Supremo, recordará la exigencia del art. 103 CE de que la Administración sirva con objetividad a los intereses generales<sup>95</sup> y ROLDÁN expresamente indicará como bien específicamente protegido el deber de objetividad, enunciado en la propia Constitución<sup>96</sup>.

Y en relación con la idea de imparcialidad, expresamente señalará MUÑOZ CONDE que, en lo que a la prevaricación afecta, los principios de imparcialidad y corrección en la actuación administrativa son básicos en el Estado de derecho<sup>97</sup>.

Aunque luego se volverá sobre esta cuestión, en su excelente trabajo sobre el delito de tráfico de influencias, cuyo bien jurídico identifica con el principio de imparcialidad, subraya CUGAT cómo ésta viene a ser el momento personal del respeto a la objetividad, en cuanto la exclusión de factores subjetivos garantiza las condiciones personales necesarias para la satisfacción de los intereses generales objetivados en la ley y, en definitiva, del principio de igualdad, que se encuentra en la raíz de la definición democrática de tales intereses. Y si bien distingue objetividad, imparcialidad y legalidad, entiende cómo del principio de objetividad se deriva en negativo la interdicción de la arbitrariedad de la actuación administrativa y ambos, objetividad e imparcialidad, legitimados por la necesidad de actuación de la Administración en aras a la satisfacción de los intereses generales, se derivan del principio de legalidad<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> CATALÁN, 1999, 43.

<sup>93</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, 1980, 334. Legalidad en el desempeño del servicio en cuanto, como señala este autor, es aquella la cualidad más esencial que ha de acompañar su ejercicio. También, entre otros, Catalán, 1999, 43, CUGAT, 1997, 276, GARCÍA ARÁN, 1997, 358, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1991, 389, MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1130, ORTS/VALEIJE, 1996, 1777, o POLAINO, 1997, 280.

<sup>94</sup> CATALÁN, 1999, 43.

<sup>95</sup> FEIJÓO, 1997, 1088.

<sup>96</sup> ROLDÁN, 1994, 1026.

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, 1997, 986 y 1999, 929.

<sup>98</sup> CUGAT, 1997, 104 ss.

VIII

En la definición del bien jurídico protegido por el delito de cohecho, la doctrina ha venido entendiendo mayoritariamente la necesidad de proponer un único objeto de tutela común para las diversas modalidades de cohecho<sup>100</sup>. Ubicado este delito en el ámbito de lo que se conoce como corrupción pública<sup>101</sup>, ello no obsta para que también aquí, como en el delito de corrupción del funcionario público. Como señala VALEIJE, deben rechazarse todas las concepciones que consideran el delito de cohecho como una violación o quebrantamiento del deber de lealtad, integridad u honestiad<sup>102</sup>, por cuanto en una concepción objetiva del Derecho Penal, la violación del deber sólo puede tener carta de naturaleza como ulterior requisito para determinar la culpabilidad del sujeto, pero no como fundamento de su responsabilidad, y siempre en unión a la ofensa de un bien jurídico<sup>103</sup>.

Tampoco pueden aceptarse las concepciones que cifran el bien jurídico protegido en el prestigio, la pureza o la confianza en el buen funcionamiento de la Administración Pública<sup>104</sup>, por cuanto, además de presentarse como demasiado amplias y genéricas para cumplir las funciones que un bien jurídico debe desempeñar, ofrecen una visión autoritaria de la Administración, al concebirla como un fin en sí misma y no como una organización al servicio del ciudadano<sup>105</sup>. Recuerda además OLAIZOLA que la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración no es algo específico del delito de cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Adminis-

<sup>99</sup> Véanse los trabajos de OLAIZOLA, 1999, 89 ss., RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 41 ss. y VALEIJE, 1995, 318 ss.

<sup>100</sup> Por todos, OLAIZOLA, 1999, 93.

<sup>101</sup> Sobre el significado de la corrupción en el marco constitucional, véase ASUA, 1997, 18 ss. En cualquier caso una cosa es que en los delitos de cohecho se persiga la finalidad de eliminar la corrupción o venalidad de la Administración Pública para que pueda servir con objetividad a los intereses generales (Feijóo, 1997, 1679) y otra distinta considerar que el bien jurídico es, como en ocasiones se señala, el interés en evitar que los funcionarios ejerciten sus funciones en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos (véase Córdoba, 1983, 175).

<sup>102</sup> Véase, por ejemplo, Polaino, 1997, 370, que define el bien jurídico del delito de cohecho como el correcto ejercicio de la función pública y la incorruptibilidad de los titulares de la misma, considerando innecesario exigir "cualidades funcionariales plausibles como la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración". Asimismo, CASAS, 1978, 871 y 1982, 658, señala que en el delito de cohecho pasivo el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo que dentro de la organización jurídico-administrativa en concreto le compete.

<sup>103</sup> Valeije, 1995, 368.

<sup>104</sup> Véanse CASAS, 1978, 872 y 1982, 658, y CÓRDOBA, 1983, 176. MUÑOZ CONDE, 1999, 957, alude al quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario, en cuanto al cohecho pasivo, y al respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales, en el cohecho activo.

<sup>105</sup> VALEIJE, 1995, 368.

tración pública, pues la misma debe presidir todo el funcionamiento de ésta<sup>106</sup>. Y, por similares razones, tampoco pueden aceptarse las posiciones de autores que indistintamente aluden como bien jurídico al quebrantamiento del deber de fidelidad del funcionario y a la confianza depositada en él por la Administración, al mismo tiempo que al correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la concreta función que tenga encomendada, entre las públicas, el sujeto activo<sup>107</sup>, agrupando tres concepciones diferentes en una única definición.

Orientada la concreción del bien jurídico hacia una vertiente objetiva en la que se tenga en cuenta la Administración no en sí misma considerada sino en lo que representa en cuanto al servicio que debe prestar a los ciudadanos<sup>108</sup>, la mayoría de la doctrina actual opta por considerar bien jurídico protegido del delito de cohecho, genéricamente, el buen funcionamiento de la Administración.

Como señalan MORILLAS y PORTILLA, se lesiona el correcto desarrollo de la Administración Pública desde el instante en que se vulneran las reglas que rigen el ejercicio de las funciones administrativas, pero surgiendo la necesidad de tutela penal únicamente cuando junto a la infracción del régimen disciplinario se dejan de considerar por el funcionario los intereses de los ciudadanos de modo objetivo<sup>109</sup>.

El funcionamiento de la Administración precisa OLAIZOLA que se perturba, desde un punto de vista interno, en cuanto la conducta del funcionario implica confundir los intereses públicos con sus intereses privados, lo que lleva a que se diluya la delimitación entre la propia Administración y su entorno, siendo necesaria dicha delimitación para que ésta pueda prestar correctamente sus servicios, y, desde un punto de vista externo, en cuanto se produce una frustración de los ciudadanos que ven que la Administración no se rige por criterios de objetividad, sino por intereses particulares<sup>110</sup>.

Obviamente, como esta misma autora señala, el correcto funcionamiento de la Administración no se perjudica por un único comportamiento

<sup>106</sup> OLAIZOLA, 1999, 99.

<sup>107</sup> CATALÁN, 1999, 193.

<sup>108</sup> En este sentido, señalan ORTS/VALEIJE, 1996, 1809, que la búsqueda del bien jurídico en el delito de cohecho ha de partir de la relación que debe establecerse entre ciudadano y funcionario, concretándose en "los servicios que los Poderes públicos vienen obligados a ofrecer a los ciudadanos con arreglo a los principios y criterios marcados en la Constitución". Por su parte, OLAIZOLA, 1999, 111, aludirá a la correcta prestación de servicios que la Administración debe prestar a los ciudadanos para garantizar su desarrollo y su participación. Véanse las tesis de Rudolphi y Loos, recogidas por esta autora (pg. 99), en relación con la institución de la Administración como unidad funcional valiosa, tanto en su función interna como externa.

<sup>109</sup> MORILLAS/PORTILLA, 1994, 193.

<sup>110</sup> OLAIZOLA, 1999, 111. Ello llevará a esta autora a afirmar que las condiciones básicas de funcionamiento que peligran con el delito de cohecho serían desde un punto de vista interno los criterios de objetividad e imparcialidad necesarios para que un sistema funcione y, desde un punto de vista externo, la confianza de la sociedad en el funcionamiento objetivo e imparcial de la Administración (pg. 488).

individual, pero el mismo precisa de unas condiciones básicas —que ella considera bienes intermedios—, cuya lesión producirá, en caso de reiteración, la efectiva perturbación del bien mediato, protegido en tales casos a través de los bienes intermedios que lo representan<sup>111</sup>. Se trata, en definitiva, de garantizar las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración, de garantizar para su vigencia e indemnidad, las cuales necesitan los ciudadanos para su libre desarrollo y participación en el sistema social<sup>112</sup>.

Y, por supuesto, la única forma de entender lo que ha de ser el buen funcionamiento de la Administración Pública de nuevo pasa por acudir a la Constitución como marco de referencia en el que se definen los parámetros que concretan cómo ha de desarrollarse el mismo<sup>113</sup>.

Ya se señalaba, sin embargo, cómo los autores han venido insistiendo en la necesidad de especificar en cada precepto el principio a que hace referencia la actividad concreta que desarrolla la Administración. En el delito de cohecho se ha venido entendiendo que es el principio de imparcialidad el concreto objeto de tutela<sup>114</sup>, principio que, no obstante, recuerda OLAIZOLA no es específico del delito de cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Administración Pública, en cuanto debe presidir todo el funcionamiento de la Administración y en cuanto, por tanto, se lesiona cuando se realizan muchos de los comportamientos tipificados en el Título XIX<sup>115</sup>.

La imparcialidad, calificada como esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública<sup>116</sup> o como bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos los ciudadanos en la obtención de prestaciones públicas<sup>117</sup>, se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas<sup>118</sup> o como deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, cualquiera que sea su naturaleza<sup>119</sup>.

Pero como ya antes se indicaba en relación con el delito de prevaricación, también respecto al delito de cohecho, sin perjuicio de que mayoritariamente se opte por el principio de imparcialidad como objeto tutelado, los autores acuden para definir el bien jurídico protegido a otros principios que

<sup>111</sup> OLAIZOLA, 1999, 103.

<sup>112</sup> OLAIZOLA, 1999, 488.

<sup>113</sup> Así, RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 66 ss.

<sup>114</sup> Véanse, entre otros, CRESPO, 1996, 4393, FEIJÓO, 1997, 1679, MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1189 y 1195, MORILLAS/PORTILLA, 1994, 193, ORTS/VALEIJE, 1996, 1809, RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 68 ss., SERRANO, 1999, 740 o VALEIJE, 1996, 30 ss. También, por todos, CUGAT, 1997, 104, en relación al delito de tráfico de influencias.

<sup>115</sup> OLAIZOLA, 1999, 99.

<sup>116</sup> MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1189.

<sup>117</sup> VALEIJE, 1996, 31.

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 84. Véase también MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1189.

<sup>119</sup> VALEIJE, 1995, 368. También ORTS/VALEIJE, 1996, 1810.

vinculan, pero diferencian, a la imparcialidad y que es preciso considerar, precisamente, porque si en la prevaricación, además de a la legalidad, se aludía a la imparcialidad y a la objetividad, lógicamente aquí, además de a la imparcialidad, se aludirá a la legalidad y a la objetividad.

Así, en relación con la idea de legalidad, MORALES y RODRÍGUEZ PUERTA entienden que de verificarse un acuerdo o trato entre funcionario y particular, o intentarse éste, con la finalidad de obtener un acto contrario a derecho, sea o no delictivo, tanto la conducta del funcionario como la del particular atentan contra el principio de imparcialidad y también, en la medida en que el acuerdo tiene por objeto un acto injusto, contra el principio de legalidad, lo que permitirá a estos autores hablar de un delito pluriofensivo<sup>120</sup>.

En relación con la de objetividad, hay autores como MORILLAS y PORTILLA que expresamente se refieren al deber de objetividad e imparcialidad como bien jurídico protegido en el cohecho impropio<sup>121</sup>, como VALEIJE que entiende que el delito de cohecho contribuye a echar por tierra los principios de igualdad y objetividad<sup>122</sup> o como CRESPO, para quien, tras identificar como bien jurídico del delito de cohecho la imparcialidad, en estos preceptos se criminalizan comportamientos que suponen o persiguen un ejercicio desviado del poder público, eludiendo o quebrando los principios de objetividad, eficacia y sometimiento a la ley y al derecho<sup>123</sup>. Desde otra perspectiva, CATALÁN, que ve como bien jurídico del cohecho pasivo el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la concreta función que tenga encomendada, entre las públicas, el sujeto activo, al mismo tiempo señala que los principios constitucionales que mejor se integran en la definición del bien jurídico tutelado son el de objetividad y, según se interprete, el de eficacia de la Administración, pero no el de imparcialidad, que en su opinión —en este extremo no compatible— no es un principio expreso en nuestra Carta Magna, sino un aspecto concreto del principio de objetividad<sup>124</sup>.

Por último, relacionando estos principios —si bien en referencia al delito de tráfico de influencias—, CUGAT ha indicado que si la imparcialidad constituye el núcleo del bien jurídico afectado por este delito, su distinción con la prevaricación reside en que en aquél la protección se centra más en el proceso de toma de la decisión que en el resultado, lo cual le ha valido la calificación de mera participación o, incluso, acto preparatorio de la prevaricación<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1190 y 1195.

<sup>121</sup> MORILLAS/PORTILLA, 1994, 193.

<sup>122</sup> VALEIJE, 1995, 368.

<sup>123</sup> CRESPO, 1996, 4393.

<sup>124</sup> CATALÁN, 1999, 193 ss.

<sup>125</sup> CUGAT, 1997, 104 ss.

La alusión a estos diversos principios, distinguiéndolos entre sí y dotándoles de un desvalor diferenciado, ha permitido incluso a algún autor, como se ha indicado, considerar en lo que respecta al cohecho propio –y ello debiera ser tenido en cuenta a la hora de tratar las relaciones concursales– que éste debería ser examinado como tipo agravado, puesto que las conductas del funcionario o del particular se dirigen no sólo contra el principio de imparcialidad sino también –en la medida en que el acuerdo tiene por objeto un acto injusto– contra el principio de legalidad, lo que justificaría entonces la agravación de la pena en relación con otras modalidades de cohecho<sup>126</sup>.

Y ya para concluir estas consideraciones, otra cuestión que también afectará a la postura que se adopte en relación con la problemática también es la que se refiere a la consideración de los diversos tipos de cohecho como de lesión o como de peligro, en cuanto si se consideran de peligro, materializado éste en una lesión efectiva debiera ser el tipo que contemple ésta la que desplace a aquéllos, con independencia del adelantamiento de la protección que pueda haber querido prever el legislador. En este sentido, son varios los autores que entienden que en el delito de cohecho, al cometerse con independencia de que el resultado llegue a producirse, el legislador pretende proteger la imparcialidad de la actuación administrativa incluso frente a conductas que simplemente ponen en peligro ese bien protegido<sup>127</sup>.

## IX

Como señala ASUA, la tipificación de las distintas formas de ataque a las diversas propiedades que legitiman el funcionamiento de la Administración se traduce en la existencia de preceptos diferenciados, que, no obstante, se alimentan de un sustrato común. Esta tipificación es exigida por el principio de legalidad, en cuanto se han de describir las diferentes formas de ataque a aquel funcionamiento, las distintas situaciones desde las que puede resultar menoscabado, de la manera más precisa posible. Ahora bien, a la hora de enjuiciar una conducta, ello obliga a tener en cuenta la pluralidad de normas existentes en relación con ese sustrato común y su vinculación y, en conse-

<sup>126</sup> Así, RODRÍGUEZ PUERTA, 1999, 88, que cita como partidarios de considerar la corrupción delito pluriofensivo, en Alemania, a Lackner y Graupe y, en Italia, a Vassali, Mirri, Pagliaro y Fiandaca y Musco.

<sup>127</sup> Véanse CRESPO, 1996, 507, FEIJÓO, 1997, 1679, que indistintamente hablará de peligro o lesión al principio de imparcialidad, MORILLAS/PUERTA, 1994, 193, refiriéndose únicamente al cohecho impropio, OLAIZOLA, 1999, 481, que considera no exige el cohecho ningún tipo de resultado lesivo ni de peligro concreto para su consumación, o bien ORTS/VALEIJE, 1996, 1810, también aludiendo indistintamente a preterición o puesta en peligro. No así, sin embargo, por ejemplo, MORALES/RODRÍGUEZ PUERTA, 1996, 1191, que expresamente afirmarán la condición del cohecho pasivo como tipo de lesión aceptando considerar tipo de peligro únicamente al cohecho activo.

cuencia, a decidir si los diferentes preceptos penales que puedan entrar en consideración se encuentran en una relación tal que la aplicación de uno de ellos desplaza la del otro o si, por el contrario, es necesario que entren en juego todos o varios de ellos para abarcar plenamente el desvalor de la conducta<sup>128</sup>.

Esta misma autora destaca cómo a pesar de que la prohibición del *bis in idem* proscribiera la acumulación respecto de un mismo hecho de dos calificaciones jurídicas sancionadoras basadas en el mismo sustrato valorativo, a diferencia de lo que ocurre en otras materias, en el campo de la Administración Pública no se ha producido un suficiente desarrollo ni jurisprudencial ni doctrinal que permita fundamentar con claridad la frontera entre el concurso de leyes y el concurso de infracciones y los Tribunales han venido acudiendo al expediente de la infracción del deber como explicación que justifica la individualización de tantos delitos como deberes concretos se lesionen. Pero acertadamente concluye cómo una interpretación acorde al objeto de tutela, teniendo en cuenta que la afección a las distintas propiedades que deben informar el funcionamiento de la Administración constituyen perspectivas complementarias y participan de las mismas premisas político-criminales de tutela del correcto desempeño de las funciones públicas, debe conducir preferentemente a la solución del concurso de leyes. Y así, si se considera que la violación de las distintas propiedades de legalidad, objetividad, sometimiento al derecho o imparcialidad participan de un mismo común denominador, las infracciones previstas para evitar su menoscabo no pueden sumarse como entidades heterogéneas<sup>129</sup>.

Sin embargo, la doctrina dominante hemos visto cómo opta por aceptar el concurso de infracciones entre los delitos de cohecho y cualesquiera otros que el funcionario cometa en el ejercicio de su cargo, lo que si bien puede aceptarse en supuestos de concurrencia con los delitos de falsedad en documento público, detenciones ilegales o todos aquéllos en los que el bien jurídico protegido se distancia del mero buen funcionamiento de la Administración, no parece acertado cuando, como en el caso de la prevaricación, y a partir de ese sustrato común antes aludido, puede afirmarse la si no identidad sí cuando menos estrecha vinculación en los respectivos objetos de tutela.

No se ha abordado de modo específico por la doctrina la problemática concursal respecto al art. 423 –a ella tampoco han pretendido dedicarse estas páginas–, pero debiera tenerse en cuenta que si se acepta un concurso de infracciones entre el delito de prevaricación y el cohecho pasivo del art. 419, debiera, en principio, aceptarse también en relación con dicho artículo 423, a partir de la identidad en el objeto de protección de las distintas figuras de cohecho.

<sup>128</sup> ASUA, 1997, 38 ss.

<sup>129</sup> Asua, 1997, 40.

Ahora bien, como antes se señalaba, en este caso ya sí claramente se van a hacer derivar de una única conducta dos consecuencias penales diversas, lo que difícilmente puede encontrar justificación al no verse afectados dos sujetos pasivos diferentes, implicando además la interpretación favorable al concurso de infracciones la sanción por dos delitos, cohecho y prevaricación, tanto a quien recibe el precio como a quien lo ofrece, de forma absolutamente contraria a la nueva línea que sigue el Código Penal que, y tras un largo debate doctrinal, opta definitivamente –acertadamente o no– por aplicar la agravante genérica de precio del art. 22.3<sup>a</sup> únicamente al receptor.

A este respecto, y en relación con la interpretación de dicha agravante, al margen de que la misma sólo pueda aplicarse por decisión legal a dicho receptor, ejecutor del delito cometido –y así ha de entenderse conforme a la nueva redacción del art. 22.3<sup>a</sup>–, ha de tenerse en cuenta que cuando éste vea motivada su decisión precisamente por la recepción del precio, recompensa o promesa –eficacia motivadora–, es porque quien pacta con él consigue influir en aquélla mediante la entrega o promesa del precio, lo que permite considerarle inductor. Agravar su conducta en base a lo que permite su sanción como tal inductor del delito ejecutado implicaría la doble desvaloración de una misma circunstancia, a lo que –bien es cierto que fuera del ámbito de aplicación del delito de cohecho– se ha opuesto la doctrina dominante. En tal sentido señalará PRATS, por ejemplo, cómo si los incentivos son únicos, excluyentes y causales, convierten al dador o promitente en autor por inducción del delito que comete materialmente el inducido, sin que sea posible agravar su responsabilidad por el mismo motivo, acudiendo a una especie de inducción agravada<sup>130</sup>, pero es que dichos incentivos han de ser únicos, excluyentes y causales, pues si no lo son, al receptor no se le podrá aplicar la agravante en cuestión, porque no actuará movido por ella, sino en base a otras consideraciones, de modo tal que la misma debiera implicar la consideración del dador como inductor de la infracción cometida. Así, debe recordarse, siguiendo con la interpretación del art. 22.3<sup>a</sup>, que la circunstancia de precio no podrá apreciarse cuando el ejecutor estuviera ya decidido, con independencia del pacto que posteriormente pudiera existir y por un móvil particular, a la comisión del hecho delictivo –pues éste no se vería motivado por dicho pacto, sino por consideraciones ajenas a él– salvo, según la interpretación aquí combatida, que dicho ejecutor fuera un funcionario, supuesto en el cual se le aplicaría además de la pena correspondiente al delito cometido, sea la prevaricación sea otro cualquiera, la correspondiente al delito de cohecho –que sustituiría a la agravante de precio– con lo cual de nuevo el

<sup>130</sup> PRATS, 1996, 240.

ámbito de aplicación dado al delito de cohecho respecto de la modificativa -y ahora en relación con el ejecutor- es considerablemente mayor<sup>131</sup>.

Sin embargo, como veíamos recordaba OLAIZOLA, en el delito de cohecho ni se necesita pacto anterior motivador expreso, ni recepción anticipada del precio, ni se sanciona únicamente al receptor y no al dador de la dádiva. Obviamente existe una decisión del legislador al respecto que, sin embargo, sólo puede venir amparada en criterios de lesividad respecto a un objeto merecedor de tutela que expliquen el porqué de la tipificación autónoma de lo que además no es, en otro ámbito ajeno al funcionamiento de la Administración Pública, sino mera circunstancia modificativa de una responsabilidad criminal fundamentada en razones de antijuricidad material ajenas a la presencia de la recepción del precio. Tal se ha venido entendiendo es el principio de imparcialidad.

Nada cabe oponer a la decisión legal ni en cuanto a la sanción de las diversas modalidades de cohecho, siempre desde esa idea de quiebra al principio de imparcialidad, ni en cuanto al ámbito extensivo en relación con la aplicación de la circunstancia agravante de precio que a tales modalidades se concede, que puede encontrar fundamentación quizás -aunque se antoja difícil- en consideraciones de índole político-criminal en las que ahora no voy a entrar. Pero, en todo caso, muchas son las cuestiones a mi juicio todavía sin resolver sobre lo que la misma implica, pues, y en lo que ahora interesa, ni existe consenso doctrinal acerca de si estamos ante una mera anticipación de la intervención punitiva sancionando autónomamente diversas formas de participación delictiva ni existe en consecuencia consenso sobre si en los supuestos expresamente tipificados existe vulneración efectiva del bien jurídico mayoritariamente considerado objeto de tutela en las diferentes modalidades de cohecho tipificadas o únicamente una mera puesta en peligro del mismo -o tal vez de otros o de ninguno y sí reprobación motivada por la actuación por móviles lucrativos- y ello afecta a la cuestión concursal y al correcto entendimiento de la vinculación entre el cohecho y el resto de delitos que integran el Título XIX del Código.

A este respecto, si bien en argumentación desarrollada en relación al delito de tráfico de influencias, no plenamente trasladable a nuestro supuesto pero sí merecedora de ser tomada en consideración también en este contexto, ha señalado CUGAT cómo entre el delito de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 y la inducción a la prevaricación, en la medida en que además de "compartir bien jurídico", se considera que tienen una estructura similar, parece, en principio, que existe un concurso de leyes, en el que el tipo del trá-

<sup>131</sup> Véanse sobre estas consideraciones, referidas con carácter únicamente genérico a la agravante del art. 22.3º, DE LA MATA, 1999, 5 y 12.

fico de influencias sería ley especial, por la presencia de los elementos de prevalimiento y beneficio económico, si bien subraya cómo no es menos cierto que también podría apreciarse una prevaricación agravada por las circunstancias de abuso de superioridad o prevalimiento del carácter público del culpable de los arts. 22.2ª o 22.7ª, implicando entonces el delito de tráfico de influencias únicamente un aumento de pena respecto la que se hubiera deducido de la regulación anterior en que dicha figura no existía. Sin embargo, continúa la autora, en cuanto al delito de tráfico de influencias también le caracteriza la capacidad de la resolución de generar beneficios económicos, sin recoger por tanto los supuestos de resoluciones injustas por otros motivos que no sean los lucrativos, que, en cambio, sí puede recoger el delito de prevaricación, aquél no supone sino una especificación de la conducta típica de inducción a la prevaricación de aplicación preferente, bien por especialidad, bien por alternatividad cuando aparezcan elementos de los arts. 428 y 429 que no se recogen en el delito de prevaricación, como en supuestos de resoluciones por omisión o de resoluciones simplemente desviadas<sup>132</sup>. Señala CUGAT cómo la proximidad entre el delito de tráfico de influencias y la inducción a la prevaricación conduce a buscar las razones de la tipificación autónoma del primero en un plano político-criminal y, desde este punto de vista, concluye que la “mayor frecuencia de la criminalidad de orden económico en el ámbito de la función pública puede justificar una tipificación que se centre específicamente en las conductas orientadas a obtener una resolución generadora de beneficios económicos”, tipificación autónoma que permite relativizar los requisitos estrictos de la inducción como institución de la Parte general, permitiendo, en cambio, la aplicación de reglas de imputación propias de esta figura<sup>133</sup>. Quizás ello también esté en la base de la decisión incriminadora de las conductas de cohecho.

Basten las afirmaciones anteriores para poner de relieve la dificultad de aceptar un concurso de infracciones, y no de leyes, cuando menos, entre la inducción a la prevaricación y los delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 o de cohecho activo del art. 423.1.

Sin entrar a cuestionar la propia necesidad desde criterios de ofensividad del cohecho pasivo —téngase en cuenta que se prescinden de las exigencias de aplicación de lo que no es sino una circunstancia de agravación para crear un tipo autónomo, bien es cierto que en el ámbito de funcionamiento de la Administración pública, que, en definitiva, es lo que legitima la figura—, la propuesta de aceptar una relación concursal de leyes entre el cohecho pasivo del art. 419 y el delito de prevaricación, al margen de la opinión ya ofrecida

<sup>132</sup> CUGAT, 1997, 255 ss.

<sup>133</sup> CUGAT, 1997, 259 y 278.

para contestar los argumentos considerados páginas atrás favorables a la postura del concurso de infracciones, obliga especialmente, en primer lugar, a aceptar la vulneración del *bis in idem* en caso de no apreciarse dicha relación, lo que niega la doctrina dominante y, en segundo lugar, a determinar el principio de solución del concurso a aplicar. A este respecto, sin embargo, ha de insistirse, como subrayaba GARCÍA ALBERO, en que la opción por uno u otro es meramente instrumental, pudiendo igualmente resultar legítimas otras opciones<sup>134</sup>. Pero, en todo caso, ello exige determinar, incuestionada la prevaricación como tipo tutelador de la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa, qué protegen las diferentes modalidades típicas de cohecho y, en concreto, la prevista en el art. 419 del Código Penal.

Partiendo de la tutela de un mismo bien jurídico sería posible plantear una relación de especialidad en que el delito de prevaricación agravado por una circunstancia de precio fuera ley especial si la resolución administrativa se viera motivada por la recepción de la dádiva o presente —si se entiende que lo que añade o especifica la prevaricación respecto del cohecho es la resolución dictada efectivamente—, pero no cuando existiendo tales la resolución se dictara en razón a consideraciones de otra índole, y aun cuando los mismos se recibieran para la comisión del delito y se entendiera por tanto de aplicación el tipo de cohecho, puesto que en tal caso la posible ley especial no contendría uno de los elementos que definen la ley general, la existencia de precio. Con todo, se obviaría, sin embargo, que el tipo de cohecho se prevé también respecto a la comisión de delitos diferentes del de prevaricación, con lo que difícilmente ésta podría entenderse, con carácter general, como ley especial.

Sería posible plantear una relación de subsidiariedad, si se entendiera, por ejemplo, que con la conducta tipificada por el art. 419 —tipo mutilado de dos actos— únicamente se pone en peligro el bien efectivamente lesionado con la que describe el tipo de prevaricación. Ello obligaría a entender que el bien jurídico tutelado en ambos delitos, sea cual sea, es el mismo y que, en todo caso, no se lesiona con la mera solicitud por el funcionario de una dádiva o presente. Pero esto último, fácil de aceptar en relación con las conductas de cohecho activo —en relación a las ideas de imparcialidad o de legalidad—, es de difícil explicación en el cohecho pasivo, en el cual se actúe posteriormente o no, mayoritariamente se ha venido entendiendo que en ese momento ya se ha materializado la quiebra, cuando menos, de dicho principio de imparcialidad y con independencia de que sí pueda existir ya entonces también un peligro para el bien jurídico, en caso de que sea diferente, que se lesione con la ulterior actuación delictiva. A este respecto téngase en cuenta, además, la dificultad de entender el cohecho, por ejemplo, como tipo de peligro —pero únicamente

<sup>134</sup> GARCÍA ALBERO, 1995, 343.

eso— en relación con la autenticidad y veracidad de los documentos, objeto de protección en los delitos de falsedad o como tipo de peligro en relación con el patrimonio público como sustrato para llevar a cabo las finalidades propias de la Administración, objeto tutelado en los delitos de malversación, a lo que obligaría su concepción, desde esta perspectiva, como ley secundaria.

También sería posible plantear dicha relación de subsidiariedad, de entender que la conducta descrita en el art. 419 representa únicamente un acto preparatorio o una forma de participación intentada respecto a actos de ejecución o supuestos de autoría confirmados de realizarse el delito cometido en razón de la dádiva o promesa recibidas. Pero de nuevo ello sólo sería posible si se entendiera que la solicitud o la recepción, en sí mismas consideradas, no implican lesividad alguna y sí, únicamente, puesta en peligro, del bien lesionado, fuera cual fuera, de consumarse la ejecución delictiva.

Sería posible, por último, plantear una relación de consunción en caso de considerar la resolución dictada un acto posterior, más que impune, copeado. Ello obliga a entender que el bien jurídico vulnerado con este segundo acto es el mismo que el vulnerado con el primer acto o, cuando menos, de entidad irrelevante en comparación con éste. No puede considerarse de entidad irrelevante el bien jurídico tutelado por el delito de prevaricación —aun cuando se conciba la prevaricación como tipo residual— en relación con el tutelado por el delito de cohecho y, tal como se han venido definiendo uno y otro, pareciera que tampoco procede una identificación plena.

Ahora bien, ya se ha aludido a la vinculación entre la idea de legalidad y las de imparcialidad y objetividad, puestas de manifiesto por diferentes autores en la definición de los bienes protegidos por los delitos de cohecho y prevaricación. En tal sentido, se señalaba cómo tanto la objetividad como la imparcialidad, principios legitimados por la necesidad de actuación de la Administración en aras a la satisfacción de los intereses generales, se derivan del principio de legalidad, de modo tal que toda lesión del principio de imparcialidad implica una lesión del principio de legalidad, si bien no ocurre así a la inversa. Si cuando se realiza alguna de las conductas descritas por el tipo de cohecho recogido en el art. 419 se lesiona el principio de imparcialidad y, por ende, el de legalidad, cuando posteriormente se produce la ejecución delictiva que, relativa al delito de prevaricación, consistirá en el dictado de una resolución arbitraria, no se produce sino una ulterior quiebra de dicho principio que, en mi opinión, no implica un desvalor adicional —o, al menos, no el que conduce a un concurso de infracciones, lo que no necesariamente debería poder impedir en su caso una distinción de penalidad según se entendiera que un bien jurídico se puede lesionar con mayor o menor intensidad en función de la conducta que lo menoscaba, como de hecho ocurre ya en el propio art. 420 respecto a actos injustos, aunque no a resoluciones arbitrarias—, sino únicamente el agotamiento de la progresión

criminal iniciada con la solicitud o recepción de la dádiva originarias. Ciertamente que bien pudiera aceptarse un concurso de delitos —quizás en su caso reconducible a la admisión de un delito continuado— considerando cada uno de los actos que quiebran la idea de legalidad. No lo creo acertado, sin embargo, a partir de la construcción del tipo como mutilado de dos actos, categoría en la que precisamente la ulterior finalidad conducente a la efectiva lesión de un bien ya la tiene en cuenta el legislador en la configuración del precepto e, incluso, en la determinación de la pena prevista para la conducta inicial.

A este respecto, la diferente opción entre concurso de leyes y concurso de infracciones obviamente tendrá reflejo en la pena finalmente a imponer, pero en un ámbito en el que las consecuencias penales no parecen haber sido especial objeto de reflexión por parte del legislador.

Así, baste llamar la atención, en primer lugar, sobre el hecho de que en casos de recepción o solicitud de dádivas para la comisión de un delito y al margen de la que pueda corresponder por el mismo, el cohecho subsiguiente del art. 425.2 tiene una pena de prisión menos grave que la que corresponde al cohecho antecedente del art. 419, una pena de inhabilitación especial más grave y una pena de multa fijada por el sistema de días multa, frente a lo que ocurre en la modalidad tipificada en el art. 419 en que la multa se fija por el sistema proporcional, sin que exista una explicación aparentemente lógica para ninguna de tales diferencias.

Y, en segundo lugar, ha de subrayarse la diferente penalidad de los delitos de prevaricación y cohecho. Al primero, en cuanto figura residual, básica o de subsidiaria aplicación se le asigna una pena de inhabilitación especial de siete a diez años, pena grave conforme a la clasificación efectuada por el art. 33 del Código Penal, pero de menor entidad que la de la mayoría de delitos del Título XIX, si bien no de todos, lo que dificulta —esto último— su entendimiento como tipo de recogida. Sin embargo, la pena prevista para la modalidad de cohecho del art. 419 es, salvo alguna de las contempladas en el ámbito de la malversación, la de mayor gravedad de dicho Título XIX, al preverse una pena de prisión de dos a seis años, pena grave, una inhabilitación especial de siete a doce años, pena también grave, y una multa proporcional, ésta ya de carácter menos grave. Y ha de subrayarse esta diferente penalidad por cuanto la misma dificulta tanto el entendimiento del cohecho como tipificación autónoma de una forma de participación delictiva —téngase en cuenta que no sólo la pena es más grave que la del delito de prevaricación, sino también que las de los delitos de falsedad, de abandono de destino, de omisión del deber de perseguir delitos, de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos o de alguna modalidad de malversación, incluso aunque las mismas se agraven apreciando una circunstancia modificativa de precio—, como la consideración de las diferentes modalidades de cohecho como tipos

de peligro —frente a tipos de lesión, con penas menos gravosas— como, por último, la exacta concreción del bien jurídico protegido, cifrado en la imparcialidad, pero más tutelado que principios tales como el de legalidad, objeto de protección, por ejemplo, en el art. 404 previsto para la prevaricación.

Si alguna consecuencia debiera poder extraerse de todo ello no es sino la de que en la pena prevista para el tipo de cohecho el legislador ha debido tomar ya en consideración la circunstancia de una posible ejecución del delito para cuya comisión se realiza la solicitud o la recepción de la dádiva o presente —en la línea de la pluriofensividad a que aluden MORALES y RODRÍGUEZ PUERTA—, previendo, no obstante, la cláusula final de dicho artículo para salvar posibles interpretaciones que, frente a lesiones particularmente graves de bienes jurídicos distanciados del tutelado por el delito de cohecho —no la que pueda causar una prevaricación, que sería más lógico, aunque ello ahora sea legalmente imposible, vincular al art. 420—, pretendieran entender consumida en la pena prevista para éste la correspondiente a aquéllas.

Bien es cierto que aceptar la presencia de un concurso de infracciones en lugar de un concurso de leyes en el supuesto concreto de la relación con el delito de prevaricación no implica una especial agravación de la pena finalmente impuesta.

Así, el concurso de leyes —en el supuesto en que se pueda aplicar la agravante de precio del art. 22.3<sup>a</sup>, por darse las condiciones de pacto previo y motivador de la ejecución delictiva— obligará a aplicar o bien la pena del delito de cohecho de prisión de dos a seis años, multa del tanto al tripo del valor de la dádiva e inhabilitación especial de siete a doce años o bien la del delito de prevaricación, en su mitad superior por aplicación de la regla del art. 66.3<sup>a</sup>, de inhabilitación especial de ocho años y seis meses a diez años, opción ésta que debiera ceder en favor de aquélla ya aplicando el principio de alternatividad, ya el principio de consunción y que, sin embargo, debiera prevalecer si entendemos que sea por la consideración del delito de cohecho como tipo de peligro sea por su consideración como forma de participación autónomamente tipificada ha de acudir al principio de subsidiariedad, lo que en todo caso requeriría o una previsión legal o una interpretación correctora que evitaran tal posibilidad.

El concurso de delitos obligaría a sumar las penas de ambos delitos, aplicando la regla del art. 73 del Código prevista para el concurso real —obvio es, sin la agravante de precio en el delito de prevaricación— o, lo que será más frecuente, a aplicar en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, esto es la del cohecho, hasta el límite de la suma de ambas penas, en caso de entender que el concurso tiene naturaleza medial y que ha de aplicarse, por tanto, la regla del art. 77.2, aproximándose en tal caso a la que resultaría de aplicar un concurso de leyes.

Pero, con todo, no debe ser ciertamente el argumento penológico el que prime en la interpretación de la relación concursal a establecer; máxime, como se ha señalado, en un ámbito en el que tan difícil es buscar la explicación a las diferentes penas previstas desde un punto de vista del desvalor material de las conductas que las motivan. Sí ha de serlo el entendimiento de que la imparcialidad, en cuanto deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, no es sino una manifestación específica de la idea de legalidad, tutelada en el delito de prevaricación, para salvaguardar la cual se prevé una pena muy superior a la prevista en este delito, que si en sí misma ya es de difícil explicación aun a pesar del admisible carácter pluriofensivo del precepto –tal vez podría encontrarse la misma en la tendencia legislativa a sancionar desmedidamente todo lo que suponga actuación delictiva en razón a motivos lucractivos, que parece ser siguen considerándose especialmente reprobables–, más aún lo será si se le pretende añadir la correspondiente a un posterior y nuevo menoscabo del principio de legalidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ASUA BATARRITA, Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, ed. al cuidado de Adela Asua Batarrita, pp. 13 a 55, Ed. IVAP, Oñati, 1997.
- CASAS BARQUERO, Enrique, “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español”, en *Documentación Jurídica*, 1978, pp. 855 a 921.
- CASAS BARQUERO, Enrique, “Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, pp. 655 a 671, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos., Barcelona, 1999.
- CÓRDOBA RODA, Juan, “El cohecho de funcionarios públicos”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo I, pp. 175 a 190, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- CRESPO BARQUERO, Pedro, “Corrupción y tráfico de influencias”, en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (III)*, pp. 483 a 525, Ed. Recoletos Cía, Madrid, 1996.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, pp. 35 a 95.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "Jurisprudencia y prevaricación", en *La ley*, 1993-1, pp. 1034 a 1053.
- CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.
- CUERDA RIEZU, Antonio, *Concurso de delitos y determinación de la pena. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., "Comentario al art. 22.3ª", en *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999 (en prensa).
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J./Etxebarria Zarrabeitia, Xabier, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*. Ed. Bosch. Barcelona, 1995.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Cohecho y malversación", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo I, pp. 1086 a 1092, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "El delito de cohecho", en *Delitos contra la Administración Pública*, ed. al cuidado de Adela Asua Batarrita, pp. 161 a 170, Ed. IVAP, Oñati, 1997.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", en *La Ley*, 1997-2, pp. 1678 a 1694.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código penal*, Gonzalo Rodríguez Mourullo (Director), Agustín Jorge Barreiro (Coordinador), Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, *'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código penal de 1995", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, 1997, pp. 357 a 370.
- GONZALEZ CUSSAC, José Luis, "Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 57 a 68.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición actualizada conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

- JUANES PECES, Angel, "La prevaricación de alcaldes: estudio sistemático del nuevo Código penal sobre esta materia", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 30 de enero de 1997, nº 279, pp. 1 a 3.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Cándido Conde-Pumpido Tourón (Director), Ed. Trivium, Madrid, 1997.
- MARTÍN CANIVELL, Joaquín, "Prevaricación", en *La Ley*, 1996-1, pp. 1697 a 1699.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, "La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 19, 1983, pp. 39 a 73.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, "Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, pp. 363 a 411.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "De nuevo sobre el delito de prevaricación en el 'caso Barreiro' (A propósito de la STS de 3-V-94, Sala tercera, Sección sexta)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pp. 15 a 32.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, "La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el Sistema Penal Español" en *Poder Judicial*, nº 36, 1994, pp. 51 a 105.
- MORALES PRATS, Fermín/Rodríguez Puerta, M<sup>a</sup> José, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Director), José Manuel Valle Muñiz (Coordinador), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo/PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias", en *Comentarios a la legislación penal*, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo XVI, Ed. Edersa, Madrid, 1994, pp. 173 a 244.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, 1997, pp. 479 a 489.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, duodécima edición, completamente revisada y puesta al día, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal", en *La Ley*, 1996-5, pp. 1513 a 1528.

- OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- ORTS BERENGUER, Enrique/VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales)*, Tomás S. Vives Antón (Coordinador), Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- PAZ RUBIO, José María/COVIÁN REGALES, Miguel, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Cándido Conde-Pumpido (Director), Ed. Trivium, Madrid, 1997.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PRATS CANUT, José Miguel, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Director), José Manuel Valle Muñiz (Coordinador), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, "Cohecho", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, Ed. Seix, Barcelona, 1952, pp. 354 a 364.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Transfugismo retribuido y cohecho", en *Actualidad Penal*, 1994, pp. 439 a 448.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio, "De la prevaricación administrativa", en *La Ley*, 1994-1, pp. 1024 a 1035.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed. con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, "Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)", en *Revista General de Derecho*, 1994, pp. 6517 a 6542.
- VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, "Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho", en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVIII, 1995, pp. 295 a 369.
- VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1996.
- VIRTO LARRUSCAIN, Mª José, "El delito de prevaricación del funcionario público", en *Delitos contra la Administración Pública*, ed. al cuidado de Adela Asua Batarrita, pp. 119 a 160, Ed. IVAP, Oñati, 1997.