

**DELITOS RELACIONADOS CON EL ABUSO  
DE LA FUNCION PUBLICA EN DERECHO ESPAÑOL**

**Santiago Mir Puig**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona.





## I

Al ocuparnos de los distintos sentidos posibles de la expresión “delincuencia relacionada con el poder” señalamos la posibilidad de un concepto estricto que, por una parte, no abarcase a todo delito cometido por quien participa de alguna forma de poder (concepto subjetivo) y, por otra parte, tampoco diese cabida a todo delito objetivamente vinculado a cualquier modo de poder (concepto objetivo amplio), sino que se limitase a los delitos necesariamente vinculados a la forma tal vez más manifiesta de abuso de poder, la de abuso del poder estatal, (concepto objetivo estricto). Dentro de este concepto estricto distinguimos tres grupos de delitos. Aquí nos ocuparemos de los dos últimos, los que suponen ataque a derechos fundamentales distintos a la vida y a la integridad física, y los que entrañan corrupción de funcionarios o gobernantes. La razón es la siguiente: aquí vamos a examinar cuál es la regulación que nuestro Código penal prevé en la materia que nos ocupa. Dejamos el terreno de la observación criminológica para adentrarnos en el campo del Derecho vigente. Pues bien, el Código penal no prevé delitos especiales cometidos desde el poder contra bienes jurídicos como la vida o la integridad física. Estos delitos se castigan para todos, cualquiera que sea su situación de poder. La cualidad pública del sujeto sólo puede determinar en ellos la aplicación de una circunstancia agravante general (art. 10, 10<sup>a</sup> CP) o la agravación especial prevista para la tortura, a la que sí nos referiremos. En cambio, el Código conoce toda una serie de delitos que sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos y que atacan derechos fundamentales, suponen corrupción o lesionan de otro modo la función pública. A ellos vamos a dedicar nuestra atención.

Los más importantes tipos de delitos de esta clase se contienen en dos lugares del Código penal: por una parte, dentro del Título II del Libro II, destinado a los delitos contra la seguridad interior del Estado, y en concreto en la Sección II de su Capítulo II, cuya rúbrica reza “*De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*” (arts. 178 a 204 bis a); y, por otra parte, en el Título VII, que se ocupa “*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*” (arts. 351 a 404).

No será posible en esta lección estudiar en profundidad todos y cada uno de los delitos tipificados en los preceptos indicados. Habremos de limitarnos a ofrecer una *panorámica general* de tales delitos y a examinar con algún detenimiento únicamente alguno de estos delitos, como el de *cohecho*, vinculado a la corrupción del funcionario. En este contexto habrá que plantear la cuestión, hoy actual, de si delitos como éste son suficientes para dar cabida al llamado “tráfico de influencias” y al “uso de información privilegiada”.

## II

### Panorámica general

#### 1. Delitos contra el ejercicio de derechos fundamentales

Estos delitos no se refieren a todo derecho fundamental, en un sentido amplio que incluiría hasta la vida de las personas, sino a una serie de *derechos cívicos protegidos*



por la Constitución. Algunos, como la libertad de expresión, de reunión o de asociación, se hallan relacionados directamente, como señala Muñoz Conde, con la participación en la vida política del país; pero otros aluden a derechos individuales no específicamente políticos, como la libertad de movimientos, la de residencia y la inviolabilidad de domicilio y correspondencia.

El Código distingue entre ataques a tales derechos cometidos por particulares y perpetrados por funcionarios públicos. También prevé algunos delitos que pueden ser cometidos tanto por unos como por otros. Aquí no nos referiremos a los que han de cometerse por particulares, sino sólo a los que pueden o deben tener como autor un funcionario público.

A) Pueden ser cometidos por cualquiera y, por tanto, también por funcionario público, el delito de discriminación (que comete el encargado de un servicio público que denegare a alguien una prestación a la que tuviere derecho por discriminación de su origen, sexo, raza, religión, grupo político, etc.: arts. 165 y 181 bis), los delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga (consistentes en impedir o limitar el ejercicio legítimo de tales derechos: art. 177 bis) y los delitos contra la libertad de conciencia (que protegen la libertad religiosa y los sentimientos religiosos: arts. 205 ss.).

B) Nos referiremos a continuación a los delitos de este grupo previstos especialmente para funcionarios públicos.

a) Antes de pasar revista a los mismos conviene resaltar que las penas señaladas para estos delitos de funcionarios son sorprendentemente *benévolas* en comparación con las previstas en general. Baste, por ejemplo, comparar las penas señaladas para la detención ilegal practicada por un funcionario y la que comete un particular. Mientras que al particular se le señalan penas privativas de libertad que no bajan de seis meses y un día y pueden llegar hasta los catorce años y ocho meses (art. 481 CP), para el funcionario público se prevé una pena no privativa de libertad, la suspensión del cargo, si la detención no se prolonga durante más de un mes.

En 1983 se introdujo el art. 204 bis a) para evitar que la aplicación de los preceptos previstos para los funcionarios impidieran la de otros preceptos que señalan mayor pena a los mismos hechos. Según dicho artículo, “lo dispuesto en los artículos 178 a 204 bis se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos de este Código que señalen mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos mencionados en esta Sección”. Sin embargo, no está claro cómo puede conseguirse lo que establece este artículo sin que ello suponga la imposibilidad de aplicar preceptos como el que castiga la detención ilegal practicada por funcionario. Y es difícil suponer que el nuevo artículo que comentamos pretendiera imposibilitar totalmente la aplicación de preceptos como aquél, que no se suprimieron en 1983.

Una posible vía de solución podría ser la de interpretar restrictivamente preceptos como el que castiga la detención efectuada por funcionario. Para que fueran aplicables las penas más benignas que prevén, y no las más graves señaladas a los particulares, debería exigirse que se tratara de meras extralimitaciones por razones formales en el marco de actuaciones materialmente fundadas. Téngase en cuenta que el art. 482 también castiga más levemente (aunque con arresto mayor de un mes y un día a seis meses, y multa) al particular que fuera de los casos permitidos por la ley aprehendiere a una persona para presentarla a la Autoridad.

Pero, ni aun restringiendo los preceptos más benévolos se evitaría algo perfectamente discutible, a saber: un trato penal privilegiado para los casos de exceso en el ejercicio de la función pública.



b) Pero pasemos ya a enumerar los delitos contra derechos fundamentales previstos para funcionarios. Los más importantes tal vez sean los ya mencionados de detenciones ilegales (arts. 184 a 188) y el llamado delito de tortura, que en realidad no se halla configurado como un propio delito, sino como una agravación de otros delitos comunes. Así, según el art. 204 bis, “la Autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los Capítulos I y IV del Título VIII (es decir, los delitos de homicidio o de lesiones) y Capítulo VI del Título XII (es decir, los de amenazas o coacciones), será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial”. A propósito de este tratamiento legal de la tortura, baste señalar que en una reciente monografía sobre el tema el Catedrático de esta Universidad del País Vasco, José Luis de la Cuesta llega a la conclusión de que debería reformarse para aproximarlos al previsto por la Convención de las Naciones Unidas de 1984 sobre la tortura. Según esto debería crearse un nuevo delito de tortura “centrado, más que en la causación de resultados, en el empleo de violencia o intimidación con el fin de obtener una declaración o información o con cualquiera de los fines señalados por la Convención” (de la Cuesta, El delito de tortura, 1990, p. 220).

Son también importantes los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, que suponen la entrada indebida en el mismo, registros y vejaciones efectuados con tal ocasión (art. 191), y los delitos contra las libertades de expresión, reunión y asociación, que se oponen al derecho a expresarse, a manifestarse y a asociarse libremente (arts. 193, 195 y 195 bis). Estos, como los anteriormente mencionados, son delitos característicos del ejercicio antidemocrático del poder.

Otros delitos de funcionarios contra derechos fundamentales son los siguientes: contra la libertad de residencia (arts. 189 y 190), contra la inviolabilidad de la correspondencia (art. 192), de expropiación ilegal (art. 196), de clausura ilegal de establecimientos de enseñanza (art. 197), contra la integridad de la Administración (art. 198), de exacción de impuestos ilegales (arts. 200 a 204) y contra el ejercicio de otros derechos cívicos (art. 194).

La sola denominación de estos delitos basta para dar una idea mínimamente aproximada del contenido de la mayoría de ellos. No es éste el caso de la expresión “delito contra la integridad de la Administración”, que hace necesaria alguna aclaración. Se alude con ella al delito del art. 198 CP, que se refiere a “la Autoridad o funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro”. Se trata de una conducta por desgracia frecuente que, no obstante, no es objeto de persecución. Tal vez ello se deba a la excesiva amplitud del tipo y su consiguiente falta de precisión, que hace difícil distinguir los casos en que verdaderamente concurre. Guarda parentesco con otro delito, el de negociaciones prohibidas a los funcionarios del art. 404, igualmente inconcreto e inaplicable. Veremos qué ocurre en el famoso caso Prenafeta, el político catalán al que se acusa de una actividad privada lucrativa con prevalimiento del cargo. En cualquier caso, estos tipos legales y su inaplicación pueden servir de aviso de lo que puede ocurrir si se pretende abarcar demasiado y sin concretar en la redacción legal. Ojalá se tenga en cuenta en la configuración de nuevos delitos como el que se propone de tráfico de influencias.



## 2. Delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos

Mientras que los delitos hasta ahora examinados, situados en la Sección 2ª del Capítulo II del Título II del CP, se hallan agrupados bajo una rúbrica que alude al bien jurídico atacado, los “derechos fundamentales”, el segundo grupo de delitos previsto en el CP para funcionarios públicos se recoge bajo una rúbrica que no hace referencia a ningún bien jurídico, sino únicamente a la cualidad funcional del sujeto activo. Se trata del Título VII del Libro II del CP, cuya rúbrica reza: “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. Abandona, así, el Código en este Título el criterio clasificador que suele seguir en la mayor parte de Títulos del Libro II. El cambio de criterio es desacertado, porque rompe con la coherencia del sistema legal, contradiciendo la clasificación de otros delitos de funcionarios en otros lugares del Código por razón del bien jurídico.

Sería, pues, preferible reordenar el contenido del Título VII que ahora contemplamos según los bienes jurídicos atacados. Pero aunque no lo haga el legislador, la dogmática no ha de evadir esta labor. ¿Cuáles son, pues, los bienes jurídicos que se protegen en el Título VII? Pueden destacarse dos grandes bienes protegidos: por una parte, la *pureza de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos* y, por otra parte, el *correcto funcionamiento interno de la Administración*. El primer bien jurídico no es tanto la Administración en sí misma como el interés de los ciudadanos en una Administración que les trata de la forma adecuada (con imparcialidad y sin prevalerse de sus prerrogativas para obtener beneficios patrimoniales o de otro tipo). A eso se llama pureza de la Administración, concepto contrapuesto al de corrupción. El ejemplo paradigmático de delito que ataca este bien jurídico es el de cohecho. El segundo bien jurídico mencionado se lesiona cuando se falta a los deberes que exige un correcto funcionamiento del aparato administrativo. Aquí es la Administración el objeto inmediato de protección, pero téngase en cuenta que ello importa en la medida en que el funcionamiento de la Administración también constituye un interés de los ciudadanos. Un ejemplo característico de delito que ataca este bien jurídico lo ofrece el delito de desobediencia a un superior jerárquico.

Aquí no es posible examinar con un mínimo detenimiento todos los delitos (numerosos) que contiene el Título VII del Libro II CP. Tendremos que limitarnos de nuevo a una mera enumeración general, salvo por lo que se refiere al delito de cohecho, que tomaremos como ejemplo de delito de corrupción, cuyos límites hoy en España conviene aclarar antes de decidir qué nuevos tipos de tráfico de influencias o abuso de información privilegiada es conveniente introducir.

A) Delitos contra el correcto funcionamiento de la Administración en sí mismo son los de desobediencia y denegación de auxilio (arts. 369 a 372), anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas (arts. 373 a 376), usurpación de atribuciones (arts. 377 a 380) y nombramientos ilegales (art. 382). El delito de desobediencia vulnera el principio de jerarquía que preside la función pública. La denegación de auxilio puede verse como una variante de la desobediencia cuando consiste en la negación de la debida cooperación a la Autoridad competente que la exige para la administración de justicia u otro servicio público (art. 371, párrafo primero), aunque puede afectar directamente a los ciudadanos. Este último carácter de lesión de intereses de los particulares es el único del delito cuando se da la modalidad, prevista en el segundo párrafo del art. 371, de negarse, sin causa justificada, el funcionario requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal —delito cuya aplicación se ha solicitado en alguna ocasión a propósito de los médicos de la seguridad social que se niegan sin motivo a practicar un aborto



permitido—. Por lo que se refiere a la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas, se dan, respectivamente, cuando alguien entra a desempeñar un empleo o cargo público antes de cumplir ciertos requisitos legales, cuando continúa ejerciendo el cargo después que debiera cesar, y cuando abandona su destino sin habersele admitido la renuncia. La usurpación de atribuciones supone un ataque a la separación de poderes, por parte de un funcionario, invadiendo las atribuciones del Poder Legislativo o del Poder Judicial, o por parte de un juez, arrogándose atribuciones del Poder Ejecutivo. Los nombramientos ilegales consisten en proponer o nombrar para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales. Todos estos delitos afectan al funcionamiento interno de la Administración Pública.

B) Mayor interés desde el punto de vista que aquí importa, del abuso del poder estatal frente a los ciudadanos, tienen los delitos que suponen una falta de pureza de la Administración en sus relaciones con la Sociedad. En algunos de estos otros delitos este aspecto de ataque a los ciudadanos va acompañado de una carga importante de perturbación del funcionamiento interno de la Administración. Es el caso de los delitos de *infidelidad*, ya sea en la custodia de presos (arts. 334 y s.), en la custodia de documentos (arts. 364 a 366) o en la custodia de secretos (arts. 367 y s.), que se dan, respectivamente, cuando el funcionario coopera a la evasión de un sentenciado, preso o detenido cuya conducción o custodia le esté confiada, cuando sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que tenga confiados, o los abre o deja abrirlos sin estar autorizado, y cuando revela secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio. Pero es evidente que, aparte de la perturbación del servicio que suponen, mediante infidelidades como éstas puede causarse grave daño a los ciudadanos. Es interesante resaltar, por lo demás, la posible relación entre el delito de revelación de secretos y las conductas de abuso de información privilegiada cuya tipificación se está discutiendo en estos momentos.

Respecto a esto último, el diario El País informaba en su edición del pasado día 10 de mayo de 1990 de que la Ponencia parlamentaria que estudia la penalización del tráfico de influencias a raíz del caso Juan Guerra había llegado a un acuerdo provisional sobre la redacción de un nuevo precepto del Código penal que castigue el abuso de información privilegiada, en los términos (no entrecomillados por El País) siguientes: “El funcionario o cargo público que obtenga beneficios económicos para sí o para otras personas haciendo uso de un secreto o de información privilegiada (no divulgada) que conozca gracias a su trabajo, será castigado con penas de inhabilitación oficial (sic) y multa por importe de las ganancias conseguidas. La pena podrá ser de prisión menor si de esas actuaciones se derivan daños graves para la causa pública o para terceros”. La utilización de secretos no es preciso mencionarla en un nuevo artículo, pues ya constituye delito en la actualidad. Únicamente sería precisa la inclusión del uso de información privilegiada que no constituya un secreto en sentido estricto.

Encierran ataques evidentes a los intereses de los ciudadanos ante la Administración los delitos de cohecho (arts. 385 a 393), de prevaricación (arts. 351 a 359), de malversación de caudales públicos (arts. 394 a 399), de fraudes y exacciones ilegales (arts. 400 a 403) y de limitaciones a la libertad sexual (arts. 383 y s.). En el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios (art. 404) se castiga el peligro que dichas negociaciones pueden suponer. Del cohecho vamos a ocuparnos más detalladamente dentro de un momento. De los demás delitos que acabamos de mencionar diremos cuatro palabras a continuación.

La prevaricación puede ser tanto de funcionario como de Juez. En este último caso el bien jurídico protegido no guarda relación con los intereses de los ciudadanos fren-



te a la Administración Pública en sentido estricto, como conjunto de órganos integrados en el Poder Ejecutivo, sino frente a la Administración de Justicia, esto es, frente a los jueces, que integran el Poder Judicial. En cualquier caso, la prevaricación, sea judicial, sea administrativa, consiste, en primer lugar, en dictar una resolución injusta. En la prevaricación judicial la resolución injusta puede ser una sentencia en causa criminal, en contra o a favor del reo, o una sentencia o resolución definitiva en causa no penal, o un auto. En la prevaricación de funcionario administrativo constituirá el delito dictar cualquier resolución injusta en asunto administrativo. Otra forma de prevaricación punible es la de negarse a juzgar el Juez o dejar de promover la persecución y castigo de los delincuentes el funcionario. Ninguno de estos tipos de delito encuentra apenas aplicación, a pesar de que es evidente la existencia de numerosas sentencias y resoluciones manifiestamente injustas, y a pesar de que la ley castiga no sólo la prevaricación a sabiendas, sino también modalidades imprudentes.

El Código penal prevé distintas modalidades de malversación de caudales públicos. Tienen de común el hecho de que se refieren a caudales o efectos públicos y al funcionario (o persona asimilada en los casos del art. 399) que los tenga a su cargo. La modalidad más grave de malversación es el sustraer o consentir que otro sustraiga dichos fondos o efectos públicos, por parte del encargado de los mismos. La gravedad de las penas depende de la cuantía de lo sustraído. Llama la atención que estas penas pueden llegar a ser las más graves de entre las señaladas a los delitos de funcionarios: se prevé la reclusión menor (de 12 años y 1 día a 20 años) si la cuantía excediere de 2.500.000 pesetas —pena igual a la del homicidio y muy superior a las máximas señaladas para los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas—. Ello contrasta con la benignidad de que suele hacer gala el legislador cuando se trata de castigar los delitos de funcionarios.

Bajo la denominación de “fraudes” incluye el Capítulo XI del Título VII que examinamos conductas del funcionario (u otras personas que se indican) tendentes a obtener un beneficio económico en alguna operación en la que interviene por razón de su cargo. El tipo menos grave consiste en “interesarse —es decir, manifestar un interés económico— en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”. El tipo más grave se da cuando el funcionario que interviene por razón de su cargo “en alguna comisión de suministros, contrataciones, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, Provincia o Municipio”. Son todas éstas conductas frecuentes de corrupción más o menos grave que, sin embargo, tampoco acostumbran a ser objeto de persecución penal. Menor trascendencia práctica tienen las llamadas exacciones ilegales, que concurren cuando el funcionario exige mayores derechos de los que le estuvieren señalados por razón de su cargo.

El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios guarda más relación con el antes examinado contra la integridad de la Administración. Lo cometen ciertas Autoridades que intervienen, por sí o a través de otros, en negocios lucrativos dentro de su jurisdicción. Más amplio aún este tipo legal que el antes mencionado, carece de toda aplicación. De nuevo hay que insistir en que si se quiere aplicar efectivamente la ley, será preciso dejar de lado la pretensión de abarcar a toda posible corrupción y optar por una determinación mucho más concreta de las conductas más intolerables.

Dos palabras, por último sobre los delitos de limitación de la libertad sexual. El abuso de poder del funcionario puede manifestarse en una dimensión sexual. La ley castiga al funcionario que “solicitar sexualmente” a una persona que dependa de alguna resolución o informe, de aquél o que tenga determinados parientes en esta situación,



y al funcionario de prisiones que también solicite sexualmente a una persona sujeta a su guarda o con determinado parentesco con ella.

### III

#### Consideración especial del cohecho

Como hemos anunciado, vamos a destinar la última parte de esta exposición a una consideración especial del delito de cohecho, cuyos límites importa precisar para averiguar qué conductas de tráfico de influencias no resultan comprendidas en la actual regulación del cohecho.

El término 'cohecho' tiene, según su uso legal, dos sentidos distintos. Por una parte, expresa las conductas del funcionario público que solicita o admite dádivas o promesas a las cuales no tiene derecho. Por otra parte, abarca también las conductas del particular que corrompe o intenta corromper mediante dádivas o promesas a un funcionario público, o acepta sus solicitudes. En el primer sentido se habla de "cohecho pasivo"; en el segundo sentido, de "cohecho activo" o, menos técnicamente, de "soborno". Simplificando demasiado, podría decirse —recordando el símil que empleó Carrara— que el cohecho activo o soborno, el que comete el particular, supone la "compra" o el "pago", consumados o intentados, de una decisión del funcionario, mientras que el cohecho pasivo, el que comete el funcionario, sería una "venta", consumada o no, de una decisión suya a un particular. Pero no se crea que ambos aspectos, el activo y el pasivo, deben producirse unidos, como en un negocio bilateral como la compraventa. No se prevé en Derecho español un concepto unitario bilateral de cohecho, que suponga un acuerdo del funcionario y el particular. El cohecho que comete el funcionario no requiere ninguna oferta ni aceptación por el particular. Basta la solicitud del funcionario. Por otra parte, el cohecho que comete el particular puede consumarse por su mero ofrecimiento, sin necesidad que sea aceptado por el funcionario. Se trata, pues, de dos tipos de delito que pueden concurrir separadamente. Ello no impide que también sea posible la coincidencia de ambos, lo que sucede cuando la solicitud u ofrecimiento de una de las partes es aceptada por la otra. Esta concepción del cohecho tiene la ventaja político-criminal de facilitar su denuncia, pues el funcionario que rechaza el ofrecimiento puede ya denunciar al particular por delito consumado y viceversa.

Dentro del cohecho pasivo —el que comete el funcionario—, distingue el Código dos modalidades de diferente gravedad, que la doctrina denomina "cohecho propio" (arts. 385 y ss.) y "cohecho impropio" (art. 390).

En el *cohecho propio* la solicitud o aceptación de la dádiva o promesa por parte del funcionario la hace éste por ejecutar un acto *injusto relativo* al ejercicio de su cargo, o por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. Se trata, en todo caso, de una actuación u omisión indebidas. La gravedad de las penas es mayor en el caso de la actuación positiva y menor en la abstención. A su vez, considera más grave la ley los casos en que la conducta por la que se solicita o acepta una retribución constituye *delito*, y si no lo es, más graves los supuestos en que el acto injusto se llega a ejecutar.

En el *cohecho impropio* el funcionario se limita a admitir regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido. Por tanto, o bien el funcionario no se compromete a realizar ningún acto determinado o a abstenerse de alguno, o bien recibe la dádiva por realizar un acto correcto. Ya se advierte que la gravedad de estos casos es mucho menor que



la de los supuestos de cohecho propio. Tal vez ello explique que la modalidad de cohecho impropio no se castigue respecto al particular.

Una vez delimitados muy someramente los conceptos de cohecho activo y pasivo y sus modalidades, estamos en condiciones de plantear algunas cuestiones que afectan al alcance de estos delitos.

Importa ante todo decidir *en qué ha de consistir la retribución* que solicita o recibe el funcionario, o la que se ofrece o paga al mismo. El CP habla de “dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas”, lo que puede agruparse, como también hace el Código en algunos artículos, en dádiva o presente, por una parte, y ofrecimiento o promesa, por otra. Es evidente que una cantidad de dinero es una dádiva, como también es indudable que un regalo de contenido económico, como un coche, una casa o un viaje, son presentes incluibles en estos delitos. Pero, ¿qué ocurre con las retribuciones no económicas? ¿Puede considerarse, por ejemplo, ofrecimiento o promesa la oferta de un cargo político de libre designación? No hace falta resaltar la actualidad de esta cuestión, que afectaría a muchos casos en que se decide algún voto por alguna promesa política.

La doctrina dominante rechaza la posibilidad de estimar cohecho por promesas de contenido no patrimonial. Se alega como argumento el hecho de que los arts. 385, 386 y 387 señalan, además de penas privativas de libertad, una multa proporcional al valor de la dádiva. Esta multa no podría imponerse si la dádiva no fuera estimable económicamente. Pero algún autor, como Córdoba Roda (*El Cohecho de funcionarios públicos*, en *Estudios jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria*, 1983, pp. 177 s.), considera insuficiente el argumento, señalando que la citada pena de multa sólo está prevista en caso de dádiva, y no en el de los demás supuestos previstos por la ley, como los de promesa. Incluso podría entenderse —añadamos— que el hecho de que la multa sólo se calcule en proporción a la dádiva, puede interpretarse en el sentido de que el legislador parte de que, tratándose de promesas no reconducibles a dádivas, no podrá hacerse por faltar su determinación económica. A mi juicio es, pues, perfectamente posible afirmar cohecho en base a promesas no fundamentalmente económicas, como las políticas a que aludíamos.

Claro está que esta interpretación amplia plantea la necesidad de decidir si existe algún límite cualitativo o cuantitativo a las promesas susceptibles de dar lugar a cohecho. Una respuesta coherente con el estado actual de la doctrina de la tipicidad sería la de excluir del delito aquellas promesas o ventajas, económicas o no, de tan escaso valor que puedan reputarse usuales y tolerables. En términos dogmáticos más precisos: que sean adecuadas socialmente o insignificantes.

El problema que hemos considerado ha puesto de manifiesto otro punto que interesa destacar, siquiera brevemente. He puesto el ejemplo del político que da su voto a cambio de una promesa política. Esto presupone que pueda ser considerado funcionario público el político de que se trate, p. ej., un concejal de una Corporación Local o un parlamentario autonómico. Aunque probablemente sorprenda, todo político que ocupa un cargo público, como los mencionados, es considerado funcionario público por el Código penal.

Todo lo anterior pone de manifiesto que una aplicación estricta de la ley permitiría ya abarcar muchos de los casos que han causado escándalo en la reciente vida política española. Sin embargo, es cierto que los tipos legales ahora existentes no dan cabida a todas las posibles manifestaciones del llamado tráfico de influencias. Por ejemplo,



no constituye delito de cohecho retribuir al no funcionario pero con capacidad de influencia en un funcionario por razón de amistad, de parentesco o de vinculación política. Piénsese en los llamados “conseguidores”. De ahí que se haya sentido la necesidad de proponer la introducción en el Código penal de un nuevo tipo de tráfico de influencias. El texto a que según el diario El País de 10 mayo de 1990 acordó la Ponencia parlamentaria que estudia el tema es el siguiente (no entrecomillado por el periódico citado):

“a) El funcionario público o autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad pre valiéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario o autoridad, y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

“b) (La misma redacción pero referida a los particulares).

“c) Los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de autoridades o funcionarios públicos solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor.

“Si los hechos a los que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá además, como accesoria la pena de inhabilitación especial”.

Según El País, “las actividades de intermediación ante funcionarios o autoridades públicas, como aquellas de las que se acusa a Juan Guerra, serán castigadas con penas de arresto mayor —de un mes y un día a seis meses—, multa e inhabilitación especial, cuando entre en vigor la modificación del Código Penal...”



