

## ¿QUÉ INTERÉS LESIONAN LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN?

Norberto J. DE LA MATA BARRANCO

*Doctor en Derecho y Licenciado en Criminología  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad del País Vasco*

De nuevo retomando un tema que me parece de especial interés en estos tiempos, a pesar de que en ocasiones las posiciones doctrinales que se mantienen sobre determinadas cuestiones pueden chocar con lo que es la opinión general o no ser bien entendidas por ésta, pero insistiendo en la necesidad de seguir reivindicando la figura del “bien jurídico” como elemento nuclear del Derecho penal actual, sirvan estas líneas para contribuir al Homenaje que merecidamente se brinda a Antonio Beristain.

### I

El fenómeno de la corrupción debiera ser relevante, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto, o en absoluto, por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan de él, sino por el perjuicio que pueda generar para intereses merecedores y necesitados de tutela. Esta perspectiva no puede dejar de atenderse desde el Derecho penal, al menos por quienes sigan creyendo en la institución del bien jurídico –en cuanto a su contenido material– como pilar fundamental en la construcción del mismo.

Sin embargo, esto es algo de lo que a menudo se prescinde. Y así se observa a simple vista si nos fijamos en las reformas que en esta sede se están produciendo en buen número de ordenamientos jurídicos y en las invitaciones que, a nivel americano o europeo, realizan organizaciones de carácter supraestatal para abordar dicho fenómeno desde diferentes ángulos, muy diversos, que lo único que tienen en común es el extender el campo de intervención penal sin que en ocasiones se sepa con qué justificación.

Todavía hoy, y a pesar de nuevos campos de actuación, es la corrupción en el funcionamiento de la Administración Pública la que seguramente continúa mereciendo mayor atención por parte de los diferentes legisladores en el Derecho comparado.

En este ámbito, se dice que la corrupción se produce cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal. De acuerdo, pero, ¿en qué se traduce ese desvío del ejercicio público y por qué ha de responderse a él penalmente? Si no acertamos a definir el interés que se lesiona o se pone en peligro con ese desvío o no podemos predicar del que se describa su susceptibilidad de tutela penal toda intervención en este ámbito debiera estar vetada.

Frecuentemente se insiste en la dificultad de encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de las distintas figuras de corrupción en su sentido más estricto –de cohecho, si se prefiere–, propia e impropia, del funcionario –pasiva– o al funcionario –activa–, especialmente por la tipificación de conductas, cuya legitimidad puede cuestionarse, vinculadas más que a la idea de una correcta gestión administrativa a cuestiones de carácter ético en relación con un enriquecimiento ilícito del funcionario que también podrá surgir, no obstante, con otras muchas formas de corrupción –en sentido más genérico– que no requieren una relación ilícita entre funcionario y particular –prevaricaciones, malversaciones o peculados, concusiones o abusos en el cargo de cualquier clase– diferentes de lo que representa en sí el cohecho, y cuyo único denominador común se cifra justamente en este enriquecimiento y en el intento por evitar toda clase de colusión entre la función pública y el interés privado. Pero que con los delitos de cohecho se persiga la finalidad de eliminar la corrupción en la Administración Pública no implica considerar que el bien jurídico sea, por ejemplo, el interés en evitar que los funcionarios ejerciten sus funciones en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos, pues éste puede no reunir las características que han de predicarse de todo objeto de tutela penal. Habrá de concretarse no ya sólo, aunque también, qué es la corrupción –en lo que existe amplio consenso–, sino en qué medida –con objeto de tutelar qué interés capaz, necesitado y merecedor de tutela– debe intervenir frente a ella un Derecho penal en absoluto legitimado para actuar ante conductas únicamente faltas de ética o contrarias a reglamentaciones funcionariales.

## II

Vinculando directamente el delito de cohecho –o los delitos de cohecho, en sus diversas modalidades– con el propio concepto de corrupción, y atendiendo su consideración genérica como delito previsto para afrontar dicho fenómeno, ha sido recurrente considerar en las definiciones que se proponen del objeto de tutela del delito –sobre todo, pero no exclusivamente, en otras épocas– la idea de incorruptibilidad y, desde similar perspectiva, el interés que existe en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción. Amplia acogida ha tenido también en la doctrina el concepto de integridad.

Con acierto, sin embargo, se recuerda que la integridad del funcionario interesa en la medida en que afecte al correcto desenvolvimiento de la función que le compete, sin que pueda argumentarse a favor de estas posturas el que la consumación de determinadas figuras no exige la realización material de acto alguno por el funcionario público, pues tales provisiones pueden no responder sino a la voluntad de adelantar las barreras de protección penal y sin que con ello deje de ser dicha realización la razón por la que se estimen punibles las conductas descritas.

Las alusiones específicas a la idea de incorruptibilidad o integridad evocan en todo caso esa caracterización que tradicionalmente se ha venido haciendo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos como delitos de infracción de un deber, en los que el bien tutelado se cifra precisamente en el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios, como los de fidelidad, lealtad o probidad, términos similares a aquéllos y muy frecuentes en muchos autores.

Frente a ellas, y refiriendo la crítica específicamente al ámbito del cohecho, a menudo se insiste, sin embargo, en que este tipo de construcción cifra el bien jurídico en conceptos demasiado genéricos para ser de alguna utilidad, en cuanto no permite diferenciar los delitos de corrupción de otros delitos contra la Administración y dificulta la posibilidad de ofrecer un objeto de tutela común a las diferentes figuras de cohecho pasivo y activo.

Como es sabido, ha sido corriente de opinión extendida en Alemania la postura que desde la teoría del “deber del cargo” fundamenta el injusto de los delitos de funcionarios en la infracción del deber específico de su función. La referencia al mismo alude a un deber subjetivo originado por la particular relación que une al funcionario con el Estado, que en ocasiones se quiebra en un sentido de infidelidad, deslealtad o traición a la confianza que se deposita en él.

No obstante, es ya lugar común en la doctrina insistir en que la mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva el mismo; y, en Derecho penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta la obligación de garantizar su indemnidad.

Ha de reiterarse una vez más la insuficiencia de la tesis del incumplimiento de deberes para explicar el contenido del injusto penal de los delitos contra la Administración. Y ello es especialmente importante en la interpretación del delito de cohecho por su, quizás en él más que en otros, aparente falta de lesividad material a intereses generales o particulares. Independientemente de cualquier otra consideración sobre cada particular objeto de protección, por su propia incapacidad para ello. De ahí que progresivamente se haya ido abriendo paso en la doctrina la crítica de que el incumplimiento de deberes de fidelidad y probidad en sí, de hecho existentes y relevantes, pueda constituir el contenido material del injusto de tales delitos.

Parece acertado, por ello, seguir ya de entrada las posturas que tratan de objetivar el deber del funcionario, negando que el injusto descansa en la lesión de la relación funcional y cifrándolo en el correcto ejercicio de la función pública, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos, frente a los cuales el deber de la Administración y de sus funcionarios cobra auténtica relevancia penal.

El desvalor de la conducta típica y, por tanto, la relevancia de la cualidad del sujeto activo de quien se exige aquella integridad, aquella actuación conforme a los deberes que le son propios, ha de interpretarse desde la concreción del bien que objetivamente se pretende tutelar y sólo puede tenerse en cuenta –y así ocurre en todos los delitos especiales– para atender la mayor vulnerabilidad que frente a tal sujeto presente dicho bien. De ahí que de alguna manera pueda aludirse a la posición de garante que debe desempeñar frente al mismo. La mera deslealtad no puede fundamentar la intervención penal si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de

tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario. Cabe aceptar su relevancia, en cuanto podrá derivar en un incorrecto ejercicio de la actividad administrativa. Pero de tal aceptación no habrá que deducir la lesión del bien jurídico-penal tutelado siempre que el depositario de la función pública infrinja uno de sus deberes. De este modo, la relevancia de la infracción de los deberes del cargo se cifrará en la quiebra de la salvaguarda de un interés digno y merecedor de protección penal que compete particularmente a quien se encuentra en situación especial de dominio sobre dicho interés, enmarcado en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración, un servicio que debe atender a imperativos de eficacia, legalidad y objetividad, entre otros.

### III

Como han destacado ya numerosos autores, la denominación de los Títulos que en las diferentes legislaciones acogen estos delitos –contra la “Administración Pública”– recoge claramente la evolución doctrinal sobre su contenido, permitiendo huir de la concepción que los reduce a meras infracciones de las obligaciones de los funcionarios para con la Administración. No interesan las relaciones internas que se establezcan en ella, su estructuración orgánica y la vinculación del funcionario con la institución, sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige una acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan su correcta gestión. Con ello se subraya que toda actividad pública está embebida de la noción de función orientada a la sociedad y se posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas.

La priorización del elemento de la función pública por encima del elemento del deber tiene la virtud de situar en el centro de la protección penal un criterio de legitimidad material propio de la esencia del bien jurídico, que garantiza, con ello, su aspecto limitador del *ius puniendi* estatal.

Y, además, esta concepción permite negar que cada vez que el funcionario infrinja los deberes que conlleva el correcto ejercicio de la función deba considerarse lesionado el objeto de tutela y explicar satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en alguno de los cuales –como en el mismo cohecho activo– no concurre la condición de funcionario en el sujeto activo, pero puede contribuir a afectar la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas.

Desde esta perspectiva, ha sido frecuente sobre todo entre los autores alemanes describir el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción, si bien no de forma exclusiva, aludiendo a la quiebra de la autoridad estatal, la autoridad de la Administración o la autoridad en el ejercicio estatal de funciones públicas. En las doctrinas española e italiana será usual referirse a la tutela de la buena imagen de las Administraciones públicas o de su dignidad y prestigio.

Las críticas que se efectúan contra este tipo de posturas inciden fundamentalmente en su dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración a la que se concibe como fin en sí misma y no como organización al servicio del ciudadano, al margen de que, además, procuren criterios de concreción inseguros, genéricos, amplios o incluso vacíos de contenido para afirmar la relevancia penal de determinadas conductas. Es evidente

que cualquier comportamiento irregular del funcionario puede lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración –depende cómo se interprete éste–; pero por ello mismo estamos ante propuestas que en absoluto satisfacen ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto central del bien jurídico exige al ordenamiento en orden a la precisión de los límites al *ius puniendi* estatal, al requisito de lesividad o peligrosidad de las acciones que pretenden penalizarse y a la necesidad de una correcta clasificación, desde el punto de vista material y valorativo, para la construcción de la Parte especial del Derecho penal.

Una postura también tradicional en la doctrina alemana ha venido vinculando el objeto de tutela del delito de cohecho a la protección de la voluntad estatal, que queda alterada o falsificada, se dirá, a través de los comportamientos corruptos, en cuanto la actuación de la Administración se distancia del respeto a la Ley y a las decisiones que deben producirse conforme a ella. Obviamente estamos ante un criterio que impide acoger la sanción de cohechos subsiguientes o incluso antecedentes cuando aparecen referidos a actos lícitos y, por tanto, adecuados a la voluntad estatal. Por eso se ha cuestionado la limitada perspectiva del criterio –otra cuestión es que se entienda que las conductas que no abarca deban permanecer impunes– y la necesidad de su integración en una propuesta más compleja.

#### IV

En todo caso, ya desde hace tiempo se insiste en la doctrina en que en la teorización que inspira la nueva perspectiva de enfoque de los delitos contra la Administración, ésta, en cuanto objeto de protección –en un Estado de Derecho, social y democrático– no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados.

En tal sentido, lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. No estamos por tanto sólo ante un concepto objetivo y no subjetivo de la Administración, sino ante un concepto prestacional que exige delimitar sus fines y concretar los principios que informan la adopción de decisiones de su competencia, respecto a lo cual el respeto a las previsiones constitucionales es ineludible y, por consiguiente –primando según el caso unos u otros–, a los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad y, por supuesto, como concepto envolvente, legalidad.

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, la mayoría de la doctrina actual opta por considerar bien jurídico protegido de los delitos de corrupción, genéricamente, el buen funcionamiento de la Administración.

Como se afirma en la doctrina italiana, un buen funcionamiento de la Administración, entendido en términos de eficacia de la acción administrativa para la consecución de fines públicos y asociado, en este contexto, a la situación de ajenidad que respecto a intereses particulares ha de observarse en la actuación administrativa.

Sin embargo, sintetizando una crítica generalizada, se ha matizado también que al margen de que esta concepción no precisa el bien tutelado, que no puede entonces

desarrollar su función crítica e interpretativa, no permite, entre otras cosas, explicar, por ejemplo, concursos con el delito objeto de acuerdo, la punición de la corrupción subsiguiente, el cohecho impropio, el cohecho activo o la irrelevancia de la reserva mental del funcionario de no cumplir el acto objeto de acuerdo.

La alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías, constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto de cada una de las figuras agrupadas entre los delitos “contra la Administración Pública”, insuficiente además para determinar la necesidad de tutela penal. El núcleo esencial del injusto de cada particular tipo penal de entre los que se enmarcan en la protección de la Administración deberá concretarse por ello a partir de las características esenciales del proceso o función administrativa de que se trate, esto es, sobre la base de los principios que inspiran cada sector de la actuación administrativa. Así, dicho funcionamiento se convierte en objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que puedan cifrarse de forma específica y, aceptado exclusivamente como punto de arranque para averiguar el objeto de protección concreto de estos delitos, ha de sustituirse por otros referentes más concretos.

## V

Vinculado en cierta medida con las propuestas precedentes referidas a la tutela de la institución en sí, pero también como antecedente de las tesis más compartidas últimamente centradas en el funcionamiento de la misma, el concepto de limpieza o pureza del servicio público también ha sido utilizado a menudo para describir el objeto de tutela de los delitos de corrupción.

Sin embargo, como en el caso de la tutela de la dignidad y prestigio de la Administración, estamos ante posturas que prescinden del servicio que ésta ha de prestar a los ciudadanos, ofreciendo esa visión autoritaria a que antes se aludía, que acertadamente se insiste en rechazar. Pero es que, además, la pureza del ejercicio de la actividad pública no debe significar otra cosa en nuestro modelo constitucional que la actuación en dicho ejercicio de conformidad con los parámetros que concretan jurídicamente cómo ha de desarrollarse el mismo.

Desde este punto de vista, en la doctrina son numerosas las referencias a los principios de igualdad, legalidad y objetividad como bienes jurídicos protegidos en el delito de cohecho –o al menos en alguna de sus modalidades, en especial en relación con el cohecho propio–, alternativamente o, lo que será más frecuente, conjuntamente con otros.

Ha venido existiendo, sin embargo, un cierto acuerdo a la hora de entender que el núcleo fundamental del injusto en las diferentes figuras de cohecho reside en la obtención de un acuerdo ilícito, momento, se dirá, en el que lo que específicamente se conculca es el principio de imparcialidad, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto propio del cargo –que será la que pueda afectar a aquellos principios–, tanto si, una vez formalizado el pacto, se posterga la efectiva recepción de la ventaja patrimonial, como si ésta se entrega al alcanzarse el acuerdo entre funcionario y particular.

La idea de imparcialidad –asociada al concepto de eficacia indiferente–, condición esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública según las previsiones constitucionales, se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas o como deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados –con lo que en realidad no es sino una manifestación específica de la idea de legalidad–, cualquiera que sea su naturaleza, operando como límite externo al buen funcionamiento de la Administración al garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios que los Poderes Públicos vienen obligados a ofrecer a los ciudadanos.

Es cierto que la normativización del interés a tutelar posibilita una interpretación del delito despojada de componentes éticos o morales, así como la exclusión –o la restricción punitiva– de los supuestos en los que el citado interés no se vea seriamente afectado. Pero, si bien se ha señalado que el principio de imparcialidad viene preterido o puesto en peligro cada vez que los órganos de la Administración mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, sometiendo la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de intereses particulares, se ha criticado, acertadamente, que existen tipos de cohecho –en muchas legislaciones, incluidas la española– que o en absoluto o no necesariamente requieren una vulneración de la misma, lo que ya muchos autores no pueden dejar de reconocer, y que aunque la imparcialidad puede verse afectada por determinados comportamientos –no con conductas cuya finalidad o referencia sea, por ejemplo, la comisión de un delito que nada tenga que ver con ello–, no lo será más que la legalidad o la eficacia, según las diferentes modalidades del delito.

Realmente es difícil acertar a comprender en qué medida, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide –inducido o no– cometer un delito de falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. La dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente, salvo en su caso en aquellas actuaciones delictivas relacionadas, por ejemplo, con delitos de prevaricación funcional o judicial o de ciertos abusos en el cargo, en función de la tipificación de cada Código. Cuando se produzca o se pretenda alguno de aquellos delitos, parece que será la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal –aunque sea respecto a estadios preparatorios–, pero no la existencia de la dádiva y la supuesta parcialidad que no se concreta a qué afecta.

Incluso en aquellas figuras de cohecho propio no vinculadas a la comisión posterior de un delito es difícil tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina. Las definiciones o explicaciones que aparecen en ésta, por regla general –y creo que sin excepciones–, se asocian a la toma de decisiones o actuaciones vinculadas a comportamientos injustos o arbitrarios –prevaricaciones o abusos de autoridad, según la denominación que a esta figura se da en las diferentes legislaciones– que, sin embargo, pueden no dar lugar a

esta clase de delitos, por ejemplo, y en el caso de la normativa española, por no representar resoluciones, no tener éstas un carácter arbitrario o no actuar el funcionario a sabiendas de su injusticia. Pero es precisamente esa actuación que se condiciona a la recepción de la dádiva –aunque la misma no se produzca finalmente o no exista desde un principio intención de realizar– la que se tiene en cuenta para aludir a la quiebra de la imparcialidad, sea desde una perspectiva de lesión sea desde la de un peligro más o menos concreto. Y de nuevo en tales casos no parece será, por tanto, la existencia de precio en sí lo que permite afirmar la vulneración del principio en cuestión. Sin embargo, téngase en cuenta que en tales casos la imparcialidad que se entiende menoscabada o puesta en peligro sólo es objeto de tutela cuando dicho precio exista, porque, en caso contrario, la ejecución de un acto ilícito pero no injusto o la omisión del acto debido puede no dar lugar a respuesta penal alguna –dependerá de cada legislación y así ocurre en el caso español–, con lo que entonces parece que lo que realmente le importa al legislador evitar no es el acuerdo injusto o la omisión indebida, sino la ventaja patrimonial obtenida con ello.

Y es que, además, si se admite que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege aquélla, lo que está claro, es que la imparcialidad sufre una metamorfosis por la que se convierte en un valor absoluto que tiene más en cuenta la idea de fidelidad del funcionario público. Y podemos encontrarnos incluso con la incriminación de un peligro de peligro para la imparcialidad: así, en la instigación a un supuesto de corrupción impropia respecto a un acto no ejecutado y más aún, cabe añadir, ante un peligro todavía más remoto, en caso de admitir la sanción de la complicidad en tales supuestos.

Por todo ello, parece que cuando se recurre a la idea de imparcialidad para definir el bien tutelado en las diferentes figuras de cohecho se piensa más en aquellas modalidades vinculadas a la conclusión de un acuerdo injusto que es el que, en definitiva, puede conllevar su quiebra. Y aun con todo, sólo en aquellos casos en que el mismo –no el que da lugar a un delito de falsificación o a uno de malversación– se relaciona con la adopción de una decisión no necesariamente constitutiva pero sí en la órbita de lo que tratan de tutelar delitos de carácter prevaricador o de abuso en el cargo. El carácter fragmentario del Derecho penal permite o aconseja restringir el ámbito de aplicación de éstos, por ejemplo –y así de nuevo en el caso español–, a comportamientos activos que tengan por objeto resoluciones arbitrarias, pero no puede negarse la vinculación con este delito de las conductas a que se hace referencia en varias de las figuras de corrupción que aluden a actuaciones injustas o contrarias a los deberes del cargo. Si cuando la dádiva se orienta a su realización y en tal caso se entiende vulnerado el principio de imparcialidad, desde luego que ello no se debe a la existencia de la misma, sino a la de tales conductas; que la dádiva no aporta un mayor contenido lesivo a la quiebra de la imparcialidad parece evidente. Pero si, por otra parte, vinculamos la tutela al peligro de que se pueda materializar la actuación injusta que, sin embargo, en sí a veces no se sanciona de forma independiente de no existir la dádiva –lo que ocurre con las conductas que describen los arts. 420 o 421 del Código penal español–, qué duda cabe que el motivo de la sanción habrá de cifrarse no en el peligro para la imparcialidad –cuya vulneración no le importa al legislador penal desde el momento en que no sanciona la ejecución del acto injusto o la omisión aisladas de dádiva a que se refieren ambos–, sino en alguna otra explicación asociada a la mera idea de la recepción de un precio por parte del funcionario público.

## VI

Por eso, con cierto componente a mi juicio de infracción de un deber –que muchos autores intentan objetivar–, la definición del objeto de tutela se ha tratado de formular a menudo también desde la idea del abuso en sí en el ejercicio de la función pública, aludiendo a la confusión de intereses públicos y privados, a la utilización del cargo en interés propio o, si cabe aún más explícitamente en cuanto a lo que implica la perspectiva bilateral de la corrupción en sentido estricto, a la utilización del cargo para la obtención de un beneficio o lucro ilícito o a la venta de un acto a realizar en el ejercicio del cargo.

Estamos ante las tesis que, expresamente referidas a los delitos de cohecho o a figuras similares en el ámbito del enriquecimiento ilícito, han acuñado como bien jurídico los conceptos de no venalidad o no susceptibilidad de comercio, remuneración o compra del desempeño de la función pública.

Tales posturas, obviamente, permiten sancionar conductas en las que no existe un peligro concreto para el servicio público, como en supuestos de cohecho pasivo impropio respecto de regalos recibidos en atención al cargo –incluso regalos de despedida–, conductas con independencia de la intención que se tenga al entregar o recibir la dádiva, conductas de cohecho subsiguiente o conductas vinculadas a la realización de actos lícitos y aunque no se demuestre relación alguna entre la retribución y la actividad del funcionario. En definitiva, cualquier hipótesis de corrupción, puesto que, como se ha señalado críticamente, se produce un proceso de transformación que golpea la esencia más característica de lo que es el cohecho, pasándose de una dimensión objetiva atenta al hecho a una dimensión subjetiva más atenta al autor.

Se ha afirmado en la doctrina que en todas las figuras de cohecho existe la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado, en el marco de la corrección del servicio que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, estando presente, además, ese otro particular interés del funcionario que, acaso, pueda suscitarle la oferta que se le hace o que realmente se muestra cuando la insta o la acoge: el enriquecimiento injusto con que se le tienta o que busca y/o encuentra. Ello parece evidente. Pero la protección, se dice también, se dirige más bien hacia uno de los factores que con mayor eficacia puede garantizar esa ausencia de interés privado en las actuaciones públicas, la no venalidad del ejercicio de estas funciones.

Claro está que esta concepción permite legitimar cualquier figura de cohecho. La cuestión es si el Derecho penal es el instrumento adecuado de actuación para tutelar esa cualidad en el ejercicio de la función pública. Desde luego, se acomoda perfectamente a la actual regulación española, como a muchas otras –no en relación a las penas previstas, diferentes en función de la conducta pretendida del funcionario–, permitiendo justificar incluso la incriminación de conductas de cohecho activo –o corrupción al funcionario público– no sólo propio –siempre desde la idea de peligro– y, aún más, respecto a meras ofertas no necesariamente aceptadas. Ahora bien, que el correcto funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus facetas, se perjudique o pueda perjudicarse con conductas “incorrectas” de recepción de regalos, trascendentes o intrascendentes –o de predisposición a ello–, pero sin vínculo a la ejecución de acto alguno –téngase en cuenta en todo caso la dificultad de formular el propio concepto de venalidad sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y

sin referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, que si no es ilícito es difícil vincular a ese anormal funcionamiento de la Administración–, es a mi juicio cuestionable. Y, en tal caso, la proximidad entre la idea de no venalidad –como objeto jurídico realmente protegido, al margen de la *ratio legis* de estos preceptos– y las de infracción del deber del cargo o de prohibición de enriquecimiento del funcionario público derivado del ejercicio de su función en mi opinión es difícil de negar. Por otra parte, que con tal perspectiva adquiere consistencia la sustantividad del delito de cohecho es innegable; pero que, al mismo tiempo, se dificulta la distinción de conductas entre cohecho propio o impropio y la mayor penalidad de unas frente a otras, salvando puntuales observaciones sobre la idea de pluriofensividad, también.

El mantenimiento de esta postura, además, obviamente no permitiría fundamentar la existencia del delito de cohecho en otros ámbitos ajenos al de funcionamiento de la Administración, que habría que explicar desde tesis próximas sí a la idea de abuso del cargo –si bien desde una posición de poder económico o de otra índole–, pero no a la de no venalidad del ejercicio de la función pública.

Pero, en todo caso, lo que más ha de preocupar de ella es la complejidad para dotar de un contenido realmente sustantivo a esta expresión que la aleje del mero reproche por la obtención de un beneficio al que no se tiene derecho derivado del ejercicio de un cargo público y la virtualidad de la misma para satisfacer el contenido material del concepto de bien jurídico, por la dificultad de aceptar que su quiebra pueda afectar a la satisfacción de necesidades personales cuando esa venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público. Una dificultad que, tal vez, podría intentar soslayarse por la vía de fundamentar la prohibición de instrumentalización del cargo no por el enriquecimiento en sí que de la misma pueda derivarse –tampoco por su vinculación desde la idea de peligro con ulteriores principios a los que el propio Derecho penal no les conceda relevancia típica–, sino por la quiebra del principio de igualdad que puede deducirse de ella si se entiende que el funcionario, sin perjudicar intereses concretos, afecta a los de todos obteniendo la ventaja económica vetada a quien no está en su situación; pero ya al margen de cualquier explicación del delito en el ámbito del correcto funcionamiento de la Administración, al margen de la propia existencia de la dádiva y con la problemática que entonces plantearía legitimar la incriminación autónoma del cohecho activo.

Una cuestión diferente, por último, es que la privilegiada posición del funcionario pueda favorecer una actuación delictiva y permitir en consecuencia una agravación penal; pero ésta siempre habría que referirla a la tutela de un bien jurídico concreto, fuera cual fuera éste, ya sea en el ámbito de la tutela de los secretos de estado, ya en el de la capacidad probatoria de los documentos o en el de la correcta gestión del patrimonio público, entre otros.

## VII

Desde otra perspectiva diferente, una de las tesis que más eco ha tenido en Alemania –y de ahí, en menor medida, en otras doctrinas– ha sido la de defender como bien jurídico protegido en el delito de cohecho la confianza pública o de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, en los principios que lo informan

o en las diversas cualidades que han de desarrollar quienes actúan en desarrollo del mismo.

Ya de entrada, que este planteamiento ofrezca una perspectiva diferente de las consideradas hasta ahora dependerá del significado que se dé al concepto de confianza, lo que difícilmente ocurre con aquellas posturas que identifican la misma con el peligro para el interés a que venga referida.

Pero, y al margen de esto último, por una parte, 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 Administración Pública; a todos, seguramente. Y, por otra, determinados comportamientos no son incorrectos porque disminuyan la confianza de los ciudadanos, sino que disminuyen esta confianza porque son incorrectos, de modo tal que la alusión a la misma nada dice todavía sobre el bien jurídico protegido. Por muy consolidada que esté la confianza que se tiene en el desarrollo de una institución, el correcto funcionamiento de ésta no puede hacerse depender de la misma –al contrario, será la confianza en una institución la que dependa de su buen funcionamiento–, de igual manera que el desconocimiento de la existencia de un delito no garantiza su ausencia, máxime en un supuesto como el de cohecho cuya cifra negra suele estimarse cercana al noventa por ciento. La Administración no podrá afirmarse que funciona o no conforme a los parámetros constitucionales que legitiman su existencia o, cuando menos, su actuación, por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, lo que depende de variables tan lejanas a lo que ha de ser la delimitación de un bien jurídico concreto como la mayor o menor eficacia policial o incluso la mayor o menor transparencia informativa. Se puede compartir que el delito de cohecho implica una mezcla de intereses públicos con intereses privados que puede perjudicar el funcionamiento de la Administración –no necesariamente, si las actuaciones finalmente llevadas a cabo no lesionan interés alguno, particular o general– y puede frustrar las expectativas que los ciudadanos tienen en ella, aspectos ambos que se perturban si el ciudadano sabe que tiene que pagar los servicios de la Administración –supuestos en mi opinión, no obstante, más vinculados a la concusión y, en consecuencia, ajenos al cohecho– o que el funcionario a cambio de dinero está dispuesto incluso a cometer un delito –por la peligrosidad, abstracta, de su actitud–, aunque finalmente no llegue a cometerlo. No creo, sin embargo, que ello pueda constituir el objeto de protección del delito. En primer lugar, porque ese conocimiento es difícilmente constatable, pero es que, aunque lo fuera, si dicho dinero no llegara a ofrecerse o a solicitarse nunca, ¿cómo podría afirmarse que se está perturbando la correcta prestación de servicios públicos o incluso, desde las perspectivas denostadas, que el funcionario está quebrando su deber de fidelidad para con la institución por la mera predisposición que puede tener, en un momento dado, a la comisión de un delito cuando, por ejemplo, nunca existiera nadie dispuesto a participar en la contraprestación? En aquellos Estados tradicionalmente asociados con la idea de corrupción, no es ni siquiera la constatación pública de ésta lo que perjudica su desarrollo democrático desde la idea de eficacia indiferente, sino su misma existencia. Por eso, y en otros términos, lo que hay que plantearse es si dejaría de ser necesario someter a la intervención penal las conductas constitutivas de cohecho cuando se tuviera la certeza de que las mismas nunca iban a ser conocidas por la opinión pública, pero si la respuesta fuera negativa, difícilmente podría cifrarse el objeto de tutela en la confianza sobre su inexistencia.

## VIII

Es evidente que la atención penal que debe merecer el fenómeno de la corrupción obliga a delimitar el interés que, necesitado de tutela, se entiende vulnerado con el mismo, más allá de desvaloraciones acerca de la reprobación que puedan merecer tanto el posible enriquecimiento injustificado del funcionario como la conducta influenciadora del particular, lo que sólo es posible analizando el perjuicio que se deriva de la actuación corrupta.

Es difícil, no obstante, concretar dicho perjuicio de forma unitaria, en cuanto, aun cuando en la mayoría de legislaciones todavía hoy la figura del cohecho –en sus modalidades de corrupción del funcionario o al funcionario– se ubique exclusivamente entre los delitos contra la Administración, los comportamientos corruptos surgen tanto en el sector público como en el sector privado, afectando a intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros. Seguir manteniendo un único concepto de corrupción para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos, además de los equívocos que puede generar, va a suponer constatar que si bien dicho concepto refleja claramente la clase de conducta que pretende describirse –enriquecimiento derivado de la instrumentalización ilícita de una ocupación que se pone al servicio de una persona ajena a ella– no ocurre lo mismo con el desvalor que se le puede atribuir en cuanto el mismo no va a poder concretarse si no se especifica cuál es a su vez el desvalor de la conducta que desea obtenerse con la contraprestación económica.

Restringiendo el fenómeno de la corrupción al campo de actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos –más que al ámbito de funcionamiento de la Administración, ya que nada tienen que ver con éste, por ejemplo, conductas de blanqueo de capitales, falsedades o fraudes de subvenciones prometidas o realizadas a cambio de un precio– desde un primer momento se ha dudado de la sustantividad de las figuras de cohecho al remitirse la descripción de su contenido típico, en la mayoría de los preceptos, a la realización de otro comportamiento para delimitar una responsabilidad a la que, sin embargo, parece dar contenido el lucro que proviene del particular.

La vinculación con una actuación ajena a la solicitud o la recepción de una dádiva, aunque menos evidente cuanto menor sea la gravedad de la figura de cohecho considerada, es obvia –se exija o no para delimitar explícitamente lo injusto–, tanto desde la tradición histórica como desde la regulación vigente en casi todos los ordenamientos. Por ello, incluso aunque no tomemos en consideración otra clase de cohechos vinculados a ámbitos económicos o políticos, es difícil pretender encontrar un único objeto a tutelar frente a las diferentes conductas de corrupción funcional, teniendo en cuenta que se puede cohechar tanto para prevaricar como para falsificar, tanto para participar en delitos de blanqueo como para omitir la persecución de un delito. Ello quizás obligue a entender que en realidad el bien jurídico tutelado –plural– dependerá de cuál sea el acto delictivo contrapartida de la dádiva pactada, al menos cuando sea eso lo que se pretende.

Puede, no obstante, entenderse que su sustantividad surge de aceptar que lo que se sanciona en los diferentes tipos es meramente la instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio económico. Ello debería llevar a entender que el desvalor

de la conducta es el mismo cuando el acto objeto de acuerdo es o no delictivo o ni siquiera ilícito e incluso cuando no exista acuerdo alguno. Pero entonces será difícil tanto comprender la diferenciación de conductas que proponen las diversas legislaciones –distinguiendo el cohecho propio del impropio, en sus diversas variantes– como tratar de definir el objeto de tutela a partir del puro dato del enriquecimiento o de su pretensión. Cuanto más fijemos la atención en los tipos de cohecho impropio, si bien más fácilmente podemos defender su autonomía respecto a otros delitos cometidos por el funcionario en el ejercicio de su cargo, también es cierto que ésta no será sencillo que pueda basarse en otra idea que no sea la de elevar a la categoría de delito autónomo “el ofrecimiento y la recepción de un precio” o incluso la simple posibilidad de que éste llegue a ofrecerse o a recibirse. Entender que en tales casos estamos más allá que ante un juicio moral de reproche tutelando un interés vinculado a la satisfacción de necesidades personales o la participación de la persona en el sistema social no parece sencillo ni desde las construcciones del abuso del cargo.

Lo cierto es que de entre las tesis que, al margen de las hoy menos atendibles propuestas cifradas en la vulneración de deberes, han intentado proponer un objeto de tutela desvinculado del acto para el que se solicita o recibe la dádiva o presente, las que más acogida han tenido han sido las que atienden a las ideas de imparcialidad, por una parte, y no venalidad, por otra.

Pero como antes señalaba, no se comprende de qué modo, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide cometer un delito de falsificación o malversación motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. Cuando se produzca o se pretenda alguno de tales delitos parece que debiera ser la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal –desde la punición de la preparación o la tentativa del delito–, no la existencia de la dádiva y aunque quiera destacarse la importancia de ésta. En las figuras de cohecho propio no vinculadas a la comisión de un delito es difícil también tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina, ya que si se prescinde de la dádiva los comportamientos dejarían de ser relevantes penalmente, con lo cual o no hay lesión del principio de imparcialidad o la misma sólo interesa si a ella se añade la posibilidad de enriquecimiento personal, con lo que sería entonces éste lo que realmente trata de evitar el legislador. Y si se admite, por otra parte, que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege tal principio, lo que está claro es que la idea de imparcialidad presentará una caracterización por la que se convierte en un valor peligrosamente próximo a las ideas de infidelidad o deslealtad en la gestión pública.

En cuanto a la ausencia de venalidad, también se señalaba la dificultad de formular el objeto de tutela sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, con la consecuente necesidad de considerar el interés que éste vulnera. Si se prescinde de él, la proximidad entre la idea de no venalidad y la de infracción del deber del cargo o la prohibición de enriquecimiento del funcionario es difícil de evitar, en cuanto es difícil encontrar en dicha idea en sí menoscabo alguno para el funcionamiento de la Administración. No se explica, en este sentido, cómo su quiebra puede afectar la satis-

facción de necesidades personales si la venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público.

Y, por lo que respecta a la posible pluriofensividad de alguna de las figuras de cohecho, referida a la puesta en peligro del objeto de tutela en relación con el ilícito cometido con el acto a ejecutar por el funcionario, que se suma a la instrumentalización del cargo, en el modo en que ésta se quiera definir, ofrece una perspectiva de análisis interesante, en cuanto puede permitir explicar la diferente penalidad que se prevé para las diferentes figuras de cohecho y distinguir el propio del impropio; los reparos que suscita surgen, sin embargo –al margen de las consideraciones críticas formuladas respecto a cada uno de los intereses que conformen el objeto plural de tutela–, si de ella no se obtienen criterios que permitan explicar la vinculación entre los tipos más graves de cohecho y el resto de infracciones contra la Administración que tutelén intereses equivalentes a los tomados en cuenta en la calificación pluriofensiva de aquéllos.

Sin duda ha de buscarse en el dato del enriquecimiento la explicación del cohecho pasivo; y en el de su favorecimiento la del activo. Pero ello resulta insatisfactorio, particularmente pero no sólo por esto, dada la diversidad de penas previstas en atención al acto a ejecutar o a que se ejecute o no acto alguno. Si, más aún, se entienden los preceptos –y en particular los que refieren la corrupción al funcionario– desconectados del hecho que se pretende que se ejecute –inmediatamente o no– e, incluso, del cohecho pasivo, propio o impropio, la trascendencia que se da al dinero como “elemento corruptor”, con independencia de que corrompa o no o de que aún corrompiendo implique lesividad penalmente relevante de alguna clase, es absolutamente desproporcionada con respecto a los parámetros en que ha de moverse el Derecho penal.

De ahí que sean merecedoras de atención las propuestas de despenalización de las conductas de corrupción –buena parte de la doctrina ya se ha posicionado en tal sentido en relación con alguna conducta de cohecho impropio, sobre todo en relación a la sanción del particular– que comparto plenamente cuando no se pretende acto ilícito alguno o cuando el que se pretende, aun siéndolo, no es delictivo, y, aquí ya matizadamente –dependiendo de la naturaleza jurídica que se le asigne al cohecho en relación con otros tipos delictivos así como de la relación concursal que con ellos se proponga– cuando el acto pretendido es delictivo, pues la sanción de la corrupción en estos supuestos podría entenderse necesaria –no habría ya problemas de merecimiento de pena– como adelantamiento y extensión de la intervención penal en aras a proteger bienes jurídicos a cuya tutela se dirigen también los delitos de contraprestación de la dádiva al existir un referente al que poder vincular la antijuricidad material de la conducta, que es lo que entiendo imposible de hacer en el resto de figuras de cohecho.

Téngase en cuenta que el posible acto objeto de acuerdo en sí mismo considerado es irrelevante penalmente en la mayoría de los supuestos de corrupción, con la dificultad entonces de encontrar a partir de él un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela. Lo que lo hace relevante es que por o para su “posible comisión” entra en juego la solicitud, recepción, promesa o aceptación de una dádiva, con lo que es ésta en realidad la que da la auténtica medida del desvalor que el legislador asigna a las diferentes modalidades típicas de cohecho –más aún, si no existe acto alguno que ejecutar–, al margen de la incongruencia penológica que produce entonces la distinción entre cohecho propio e impropio y la diferenciación de penas que la misma conlleva. ¿Pero por

qué además sancionar al funcionario cuando dicta una resolución parcial –o actúa de cualquier otra manera– por precio y no por otro tipo de favoritismo? ¿Por qué cuando se abstiene de intervenir por la promesa de recibirlo y no por falta de diligencia? Es difícil de entender. Y aun suponiendo la existencia de una explicación perfectamente justificada, la diferenciación penológica de las diversas conductas tipificadas se escapa a toda lógica.

En definitiva, no creo que pueda afirmarse la existencia de un bien jurídico que satisfaga las características que de tal concepto deben derivarse en el análisis de los preceptos dedicados a los delitos de corrupción. Se trata de sancionar un enriquecimiento indebido o la instrumentalización del cargo para su consecución. Pero de entenderse que ello implica un desvalor penalmente relevante el mismo puede perfectamente tenerse en cuenta con agravantes que atiendan la actuación por precio o en abuso del cargo cuando la conducta ejecutada, intentada o incluso –según los casos– preparada sea delictiva. Cuando no lo sea la intervención penal se antoja demasiado anticipada por la mera presunción de una posible futura actuación delictiva que, si no lo es, no se acierta a ver por qué ha de sancionarse.

