

Corrupción de los empleados públicos
en el siglo XIX y principios del XX:
notas sobre este delito

Corruption of public employees in the 19th
and early 20th centuries: notes on this crime

RESUMEN

Regalos-empleados públicos es un binomio repetido hasta la saciedad a pesar del rechazo que provoca en la conciencia de todos. La regulación de las conductas delictivas que el Código Penal vigente reúne actualmente bajo el término «delito de cohecho» es el resultado de un largo proceso que experimenta un especial impulso a partir del siglo XIX con la aparición de los sucesivos códigos penales españoles que lo precedieron. A través de ellos se vislumbra una intensa y agitada vida política y social que alza la voz –entre otros medios– a través de la prensa, discursos políticos y escritos de los juristas. El presente trabajo tiene como objetivo acercarse precisamente a toda esta realidad a través de la legislación y la doctrina jurídica decimonónica, complementadas necesariamente con incursiones en discursos políticos, sentencias del Tribunal Supremo y el apasionante mundo de la prensa periódica del XIX y principios del XX.

PALABRAS CLAVE

Corrupción, Empleados públicos, Delito de Cohecho, siglos XIX y XX.

ABSTRACT

Gifts-public employees is a binomial repeated ad nauseam despite the rejection it provokes in everyone's conscience. The regulation of criminal conduct that the current Penal Code includes under the term «crime of bribery» is the result of a long process that experienced a special boost starting in the 19th century with the appearance of successive Spanish criminal codes that preceded it.

Through them we can glimpse an intense and agitated political and social life that raises its voice –among other means– through the press, political speeches and writings of jurists. The objective of this work is to approach precisely this entire reality through nineteenth-century legislation and legal doctrine, necessarily complemented with forays into political speeches, Supreme Court rulings and the exciting world of the periodical press of the XIX and early XX centuries.

KEY WORDS

Corruption, Public employees, Crime of Bribery, 19th and 20th centuries.

Recibido: 17 de abril de 2024

Aceptado: 15 de mayo de 2024

SUMARIO/SUMMARY: I. Introducción.–II. Situación de partida.–III. Gravedad del delito.–IV. Confusión con otras figuras delictivas. IV.1 Cohecho/Baratería. IV.2 Cohecho/Prevaricación.–V. Formas y elementos propios del cohecho. Aproximación a una definición de este delito.–VI. Responsabilidad penal de los implicados en el cohecho.–VII. Epílogo.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN¹

«...la tan famosa corrupción se ha convertido en el fenómeno generalizado, contagioso e invencible de nuestra época, un problema en el que ha caído la sociedad actual, generalmente por la falta de valores, dada la precaria formación ética que ofrece el sistema educacional, por el afán de dinero fácil, por la ley del menor esfuerzo, etc., es decir, por razones o causas que toman al dinero como la medida de todas las cosas, y que a la vez dan como resultado una inmoralidad administrativa, puesto que están vinculadas, esto es, la una es consecuencia de la otra...²»

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «*Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea*» (referencia PID2020-113346GB-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (AEI/10.13039/501100011033).

² AOULAD B. S. LUCENA, A. J., *Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. El regalo, adecuación social y límites de la ley de transparencia*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 162.

He querido comenzar el presente trabajo con estas palabras escritas hace pocos años en un libro dedicado al análisis de las últimas reformas realizadas en nuestro derecho penal relacionadas con el delito de cohecho. Si estuviéramos diciendo que habían sido escritas por un autor decimonónico, quizás no nos habríamos extrañado y hubiéramos continuado leyendo estas líneas sin más detenimiento. Y es que, por desgracia, la corrupción ha estado presente en todos los tiempos, porque no es un problema de la época en la que vivimos, sino de la naturaleza del propio hombre.

En la actualidad la corrupción sigue siendo un tema cuya presencia, lamentablemente, está asegurada en titulares, noticias y conversaciones, afectando a todos los ámbitos de nuestra sociedad. Es una cuestión que provoca una gran sensibilización en la opinión pública, y también en otros ámbitos más especializados. Prueba de ello es la existencia de «Índices (anuales) de Percepción de la Corrupción» –en los que aparece España en un lugar siempre mejorable–; o que el Consejo General del Poder Judicial recoja trimestralmente datos sobre el estado de la corrupción en España, señalando el número de casos abiertos por delitos de corrupción y el número de personas enjuiciadas.

Dentro del complejo fenómeno de la corrupción en el sector público³, el delito de cohecho aparece como una de sus manifestaciones más importantes⁴, entre otras razones por el número de casos y por ser uno de los que en la práctica gozan de mayor impunidad, quedándose habitualmente en meras sospechas y rumores incontrolados. Ello se debe a que todas las partes implicadas –funcionario y particular– persiguen un beneficio personal y no tienen ningún interés en que los hechos salgan a la luz, dependiendo su descubrimiento esencialmente de la casualidad⁵. Junto a ello, habría que resaltar la existencia de una

³ Son muchos los estudios que se han dedicado a este tema. De uno de ellos entresacamos una definición amplia y muy descriptiva de la corrupción en el ámbito de la Administración pública: «conductas de los servidores públicos que se apartan del ejercicio correcto de las funciones que como tales tienen encomendadas, haciendo interferir intereses privados propios o de terceros incompatibles, o al menos distorsionadores, con los intereses públicos a que se orientan aquellas funciones» (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Corrupción y delitos contra la Administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español», en *Revista de Derecho* (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Nicaragua), núm. 7, 2004, p. 149).

⁴ «El delito de cohecho sería la máxima expresión del concepto de corrupción, hasta identificarse en cierto modo con su esencia» (AOULAD, *Reformas en el delito de cohecho...* cit., p. 17).

⁵ A ello se añaden, por supuesto, otras circunstancias como las que refleja Tiedmann en las siguientes palabras: «Puesto que en muchos casos son los políticos mismos los que obtienen provecho del soborno, y además porque las consecuencias del descubrimiento de un escándalo de este tipo son totalmente incontrolables, hay un total desinterés por parte de los medios oficiales en iniciar indagaciones en este sentido, especialmente en países con alto grado de corrupción. De nada sirve en estos casos que se disponga de herramientas jurídicas necesarias para llevar a cabo la persecución y hacer efectiva la responsabilidad de los culpables» (TIEDMANN, K., «Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VI, 1981-1982, Santiago de Compostela, p. 298).

falta de interés de la doctrina en relación a este delito, achacable a que pese a ser de frecuente comisión, casos de corrupción de gravedad muy raramente han sido perseguidos penalmente⁶.

Conviene tener en cuenta, además, una circunstancia que aunque en principio parece superficial, en la práctica puede tener importantes consecuencias: los españoles, por naturaleza, somos muy propensos –por decirlo de alguna manera– a hacer regalos. El problema surge cuando el destinatario de los mismos es un funcionario público, pues en este caso la línea que separa el regalo del soborno se hace especialmente delgada. La ética y la ley –en esta ocasión ambas de la mano– niegan al funcionario la posibilidad de aceptar un regalo de un ciudadano por razón del cargo que desempeña. Entre los «Principios de Conducta» a los que los empleados públicos deben ajustar su actuación, el artículo 54 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) incluye el rechazo de «cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vayan más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía⁷, sin perjuicio de los establecidos en el Código Penal⁸». Precisamente el artículo 422 del Código penal vigente, tras la reforma de 2010, establece que «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que les fueran ofrecidos

⁶ VALEJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, Edersa, 1996, p. 25.

⁷ Ante la imprecisión de estos términos ha habido diversas iniciativas para determinar con mayor detalle qué obsequios serían admisibles y cuáles no. Un ejemplo lo encontramos en el código deontológico que aprobó la Xunta de Galicia, en 2014, aplicable a miembros del Gobierno, altos cargos y empleados públicos de la Administración gallega. El código prohibía aceptar, recibir o solicitar de manera directa o a través de terceros, ningún regalo, dádiva, beneficio o favor, de cualquier naturaleza, ni para sí mismo ni para su círculo familiar más cercano. Y señala que solo tendrán carácter de «muestras o atenciones de cortesía social e institucional» las comidas, hospedajes e invitaciones a actos de contenido cultural o a espectáculos, ligados con la función del cargo o puesto, y las enmarcadas en la programación de un acto público o visita oficial. También los gastos y atenciones derivadas de la participación o presencia en ponencias, congresos, seminarios o actos similares. Y los artículos de propaganda o publicidad que por su escasa entidad resulte sencillo discernir sin necesidad de efectuar un juicio de valor (agendas, calendarios o bolígrafos, etc.). Se excluyen de esta consideración todas aquellas que superen el límite marcado de 90 euros (*Diario Oficial de Galicia* de 19 de septiembre de 2014, Número 179: *Resolución de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia*).

⁸ En similares términos, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, en su artículo 26, incluye entre sus principios de actuación, referidos a miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado, no aceptar «para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente». El tema es desarrollado ampliamente en AOULAD, *Reformas en el delito de cohecho...* cit.

en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años». Por tanto, en virtud de dicho artículo, donde el legislador no especifica tope «ni social ni moralmente aceptable», resulta innecesario establecer importes máximos que impliquen la existencia de regalos aceptables, y debe entenderse que el Código penal determina que la aceptación de un regalo por un funcionario, independientemente de su valor, es constitutiva de delito.

Evidentemente, la regulación que el actual Código penal ofrece sobre el delito de cohecho es el resultado de un largo proceso que experimenta un especial impulso a partir del siglo XIX con la aparición de los sucesivos códigos penales españoles que precedieron al vigente. A través de ellos se vislumbra una intensa y agitada vida política y social que hacía oír sus opiniones —entre otros medios— a través de la prensa, discursos políticos y reflexiones doctrinales⁹. El presente trabajo tiene como objetivo acercarse precisamente a toda esta realidad, indagando en ese camino que tenía como peldaños los artículos que en cada uno de nuestros códigos penales regularon el cohecho, pero que no eran más que puntas de iceberg que surgían como islotes en un mar de opiniones y discusiones, y que culminaría en la regulación actual de las conductas delictivas que se reúnen bajo lo que entendemos hoy como delito de cohecho. Legislación y doctrina jurídica son la base de estas líneas, complementadas necesariamente con incursiones en discursos políticos, sentencias del Tribunal Supremo y el apasionante mundo de la prensa periódica del XIX y principios del XX.

Y para terminar esta Introducción, traemos a colación unas palabras sacadas de un artículo publicado hace algunos años (el 21 de noviembre de 2016) en *Diario 16*, que curiosamente nos sirven como preludio de lo que encontraremos en la literatura jurídica decimonónica, puesto que sus argumentos coinciden plenamente con los que ya se esgrimían casi dos siglos antes:

«Por el mero hecho de aceptar un regalo hay una predisposición a que la conducta del funcionario no sea ecuánime a su cargo cuando esa misma persona que le ha hecho el regalo le solicite un favor [...] la aceptación del regalo en sí, ya lleva implícita una servidumbre que el funcionario debe repudiar, ya que un servidor público se debe a todos por igual, hagan o no hagan regalos¹⁰».

⁹ Y por supuesto, también a través de las obras literarias. En este sentido comprobamos cómo la Administración Pública, la corrupción, la burocracia, el tráfico de influencias, etc. son objeto de crítica inmisericorde en la obra de Benito Pérez Galdós (por ejemplo en los *Episodios Nacionales* o en *Miau*). Eduardo Roca destaca el interés que tiene el estudio que Galdós realiza de los funcionarios públicos que prestan sus servicios a la Administración del Estado a lo largo del siglo XIX, de tal forma que el análisis de sus personajes constituye un punto de referencia imprescindible para conocer en profundidad el fenómeno político y sociológico del funcionario decimonónico, sus características, problemas, etc. (ROCA ROCA, E., «La burocracia española del siglo XIX en *Miau*», en *Congresos Internacionales de estudios galdosianos*, núm. 6, 1997, pp. 998-1018, esp. p. 998).

¹⁰ El artículo viene firmado por Esteban Navarro Soriano y está disponible en <https://diario16plus.com/regalos-navidenos-a-funcionarios/>, fecha de última consulta 31 de enero de 2024.

II. SITUACIÓN DE PARTIDA

Un artículo editorial rescatado del periódico «Nosotros: Periódico satírico, político y literario», publicado en Madrid el 5 de mayo de 1838¹¹, nos resulta muy útil como punto de partida para el tema que nos ocupa. Al hilo de una serie de reflexiones sobre la responsabilidad judicial, el autor parte de dos ideas principales que a nosotros nos interesan especialmente: 1.^a, las penas establecidas desde antiguo en España para castigar el cohecho y la prevaricación jamás han sido aplicadas y son insuficientes; 2.^a, resulta imprescindible la reforma de los códigos para que la responsabilidad de los jueces sea efectiva¹². Estas ideas se contraponían a las expresadas por Benavides –jurista, historiador y político liberal moderado– en un discurso que había pronunciado en el Congreso cuatro días antes (el 1 de mayo de 1838) en el que, según el autor del artículo, «pretende persuadir que no es necesario esperar a la ley de responsabilidad ni a la formación de los nuevos códigos para declarar la inamovilidad». A partir de esas dos premisas, defiende que en materia de responsabilidad, «cuando proceda de cohecho, de soborno, de ineptitud, de inmoralidad», sería necesario, en primer lugar, distinguir las causas de remoción de un juez, debiendo ocuparse de ellas el Senado o el Consejo de Estado¹³. Y a posteriori, si en dicho expediente también se probase un delito, entonces, además de la destitución, debería pasarse lo actuado al tribunal de justicia para que con arreglo a derecho continuase el proceso¹⁴.

¿Cuáles son esas leyes de nuestro derecho histórico –a las que aludía el autor del citado artículo– que castigaban al menos teóricamente lo que hoy entendemos por cohecho y que estaban vigentes hasta la publicación de los códigos penales españoles?. Los autores, hasta la aparición del Código Penal de 1848 –ya que el de 1822 apenas tuvo vigencia–, se remiten a disposiciones de las Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación de Castilla¹⁵; de hecho, el principal

¹¹ *NOSOTROS. Periódico satírico, político y literario. Que se publica todas las tardes menos los domingos*. Núm. 79. Sábado 5 de mayo de 1838, p. 1. Este periódico se publicó en Madrid desde febrero de 1838 hasta abril de 1939.

¹² «Nosotros las queremos practicables y practicadas y para eso es indispensable que prece-da la reforma de los códigos y del orden de enjuiciamiento» (*Ibid.*).

¹³ «En estos cuerpos, respetabilísimos por la calidad de los jueces que los componen –dice el autor del artículo– sería fácil justificar que un juez era venal sin probar directamente que había vendido tal o cual sentencia, sino indicando, que no poseyendo mas que un corto sueldo se le vea con un lujo escandaloso o que había comprado haciendas, etc., etc. Comprobado este hecho bastaría para separarle de su empleo» (*Ibid.*).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ En el Fuero Juzgo (2,1,18-20 y 7,4,5) ya se hacía referencia a prevaricaciones y cohechos judiciales, sin distinguir ambos delitos. En concreto, la norma contenida en Fuero Juzgo 7,4,5, aplicada al cohecho, se limita al caso de «condenar por precio» si atendemos al texto latino («*Si iudex, quolibet beneficio corruptus, aliquem innocentem occiderit, simili morte damnetur*»), mientras que en el romance se refiere al de «absolver por ruegos o dádivas» («El juez, que justicia el ome de muerte, que non era culpado, debe morir tal muerte... e si quitó con tuerto a aquel que debía ser justiciado, o por algún ruego, o por algún aver...»). El Fuero Real (2.2.2) también se refiere, sin darle este nombre, al cohecho, aunque sigue sin distinguirlo del delito de prevaricación. («Si el alcalde juzga tuerto... por precio que le den, o quel prometa...»). Se hace alusión en esta ley a la prevaricación por dádivas o promesas, limitada al caso de faltar a la justicia.

redactor del Código de 1848, Seijas Lozano, declaraba que este texto era puramente español porque se consultó la legislación y jurisprudencia castellana¹⁶.

Resulta evidente que las alusiones de la doctrina, anteriores al Código del 48, a las leyes de los textos citados se hacían, no para recordar nuestra legislación histórica, sino como derecho vigente al que había que acudir porque era el que se encargaba de regular estas cuestiones. Como prueba de ello no tenemos más que consultar la regulación del cohecho en tres obras escritas en la primera mitad del siglo XIX, anteriores a la aparición del Código Penal de 1848. Nos referimos, en concreto a la *Práctica Criminal de España*, de José Marcos Gutiérrez, cuyo Tomo III –dedicado a los delitos y las penas– se publica por primera vez en 1818¹⁷; *Materia criminal forense*, de Senén Vilanova y Mañés, de 1827¹⁸; y *Examen filosófico-legal de los delitos*, de Alejo Galilea, de 1846¹⁹. Este último autor se remontaba a una ley del Fuero Juzgo (2,1,19) para recordar que con la intención de evitar que los jueces abusaran de su ministerio, se estableció ya en dicha norma que «el que juzgase tuerto por algún ruego, o mandase quitar alguna cosa a otro hombre con *tuerto*, vuelva la cosa que así se llevó por mandado del juez, y éste pague otro tanto de lo suyo porque juzgó mal y no teniendo bastante pierda lo que tuviere; pero si no tuviese nada reciba azotes paladinamente²⁰». Pero en su obra, al igual que los otros dos autores citados, centra la regulación del delito de cohecho en preceptos de Partidas y de las Recopilaciones castellanas.

Las Partidas –al igual que el Fuero Juzgo– no distinguen nítidamente entre la prevaricación y el cohecho, recogiendo ambos delitos en el Libro 3.º, Título 22, Leyes 24 y 25. En concreto, en la primera de estas leyes (Partidas 3,22,24), aparece 1.º, la prevaricación –aunque expresada con inexactitud–; en 2.º lugar el fallo por *necedad*, por *impericia* y por *error*; y por último el cohecho, limitado al fallo *contra justicia por precio*²¹. Y en la segunda (Partidas 3,22,25), vienen igualmente confundidos ambos delitos²². En la ley siguiente (Partidas 3,22,26) se recoge lo que hoy denomina la doctrina cohecho activo. Se castiga en ella a los que corrompen a los jueces que los han de juzgar, dándoles o prometiéndoles

¹⁶ *Diario de Sesiones del Congreso*, 79, 10 de marzo de 1848, Madrid, 1845, p. 1715.

¹⁷ He consultado la 5.ª edición: MARCOS GUTIÉRREZ, J., *Práctica criminal de España*, Tomo Tercero, 5.ª ed., Madrid, 1828, pp. 142-146.

¹⁸ VILANOVA Y MAÑÉS, S., *Materia criminal forense, o Tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delincuentes en género y especie...*, Tomo Tercero, París, 1827, p. 114 ss.

¹⁹ GALILEA, A., *Examen filosófico-legal de los delitos*, Tomo II, Madrid, 1846, pp. 150-167.

²⁰ *Ibid.*, p.157.

²¹ «Malamente erra el juzgador, que juzga contra derecho a sabiendas: e otrosí, el da algo, o gelo promete por que lo faga. E por ende queremos decir, que pena debe haber cada uno de ellos. E primeramente decimos del juzgador, que si juzga tuerto a sabiendas por desamor que haya a aquel contra quien da el juicio, o por amor [...] con el otro su contendor; e non por algo que le diesen, o le pretiesen [...] Mas si por aventura juzga torticeramente por necedad, o por no entender el derecho [...] Pero si el juzgador diese juicio torticero por alguna cosa que le hayan dado o prometido, sin la pena sobre dicha [...] que debe haber el que juzgare mal a sabiendas, es tenuto de pechar al Rey...».

²² «...E por ende decimos, que si algún juzgador juzgase a sabiendas torticeramente a otro en pleito de justicia [...] E si tal juicio como este hubiese dado por precio [...] E lo que le habían prometido por razón de aquel juicio, ni non lo había aún recebido, débelo pechar doblado a la Cámara del Rey...»

algo para que juzguen torticeramente. Si es el acusador quien corrompe al juez para que dicte sentencia contra el acusado, además de perder el juicio y salir este último absuelto, se le impone la misma pena que al juzgador que dicta sentencia por precio. De ser el acusado quien corrompe se le impone la pena del delito por el que se le juzga²³.

Los autores citados traen a colación en este tema la norma recogida en Partidas 3,4,6 –que se incluiría después en la Nueva Recopilación (3,9,3)–, donde se recogen los términos del juramento que tiene que prestar los jueces antes de comenzar a ejercer su oficio. Entre otras cosas, debían jurar que despacharán conforme a derecho, y lo más pronto que les sea posible, los pleitos que se sigan en ellos; que ni por amor, desamor, miedo ni don que les den, ni prometan darles, se apartarán de lo justo, ni de la verdad; y que mientras ejerzan sus oficios, ni por sí ni por medio de otras personas recibirán don, ni admitirán oferta de quien tenga pleito ante ellos, o sepan que puedan tenerlo²⁴.

La Novísima Recopilación parece deshacer ya la confusión mantenida hasta entonces entre prevaricación y cohecho²⁵. En relación a este último se regulan diversos supuestos, entre los que podemos destacar la prohibición a los alcaldes, corregidores y jueces de «tomar en público ni en escondido, por sí ni por otros, dones algunos de ninguna ni algunas personas, de qualquier estado o condición que sean, de los que ante ellos hovieren de venir o vinieren a pleito, agora sean oro, plata, dineros, paños, vestidos, viandas ni otros bienes ni cosas algunas (Novísima Recopilación 11,1,7²⁶). Alejo Galilea justificaba la necesidad de que el legislador estableciera esta ley con las siguientes palabras: «Teniendo presente que la codicia ciega los corazones de algunos jueces, que debían huir de toda ganancia torpe, por ser esto muy feo especialmente en los que gobiernan la causa pública, mandaron las leyes recopiladas...²⁷».

Con la ley siguiente (Novísima Recopilación 11,1,8) el legislador pretende contrarrestar la dificultad de probar el acuerdo pecuniario existente entre juzgador y juzgado, excusándose a éste de pena si «viniere a descubrir y decir el don que así diere y hobiere dado a los dichos jueces²⁸».

²³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la administración pública: Estudio crítico del delito de Cohecho*, Granada, 2003, p. 10.

²⁴ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, cit., p. 145.

²⁵ CASAS BARQUERO, E., «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español», *Documentación Jurídica*, julio-septiembre 1978, p. 860. RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2000, p. 79, nota 126.

²⁶ Esta ley y la siguiente resumen las leyes 1 y 2, Título 20, del Ordenamiento de Alcalá, que pasaron a la Nueva Recopilación 3,9,5 y 6. También se prohibía a los alguaciles, escribanos y porteros «tomar dinero, alhaja ni otra dádiva de los litigantes, ni de sus procuradores, escribanos y agentes, ni de alguno de los reos; ni pactar con las partes agasajo ni albricias algunas, así en los juicios civiles como en los criminales» (Novísima Recopilación 4,30,14). Asimismo, se disponía que el carcelero o guarda de los presos que recibieran dinero, joyas o viandas de las personas que estuviesen presas serían castigados con pagar el doble de lo recibido (Novísima recopilación 12,38,6).

²⁷ GALILEA, *Examen filosófico-legal de los delitos* cit., p. 160.

²⁸ «Observando asimismo nuestra legislación –nos dice Alejo Galilea comentando esta disposición– que los que dan algo a los jueces por los negocios civiles o criminales que pertenecen a su autoridad, lo hacen de la manera más secreta que pueden, lo cual sería muy difícil probar; y

Podemos terminar este cuadro en el que hemos querido mostrar cuál era la situación de partida en la que se encontraba la regulación legal del delito de cohecho cuando comienza el período codificador, con la valoración que hacía Lorenzo Arrazola, Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la regulación que la Novísima Recopilación hacía de este delito. Arrazola resumía en cuatro puntos sus múltiples carencias: «1.º Siendo la Novísima Recopilación un código general de leyes del reino, y aún del único a su promulgación, no presenta un sistema general y uniforme sobre *prevaricación* y *cohecho*, sino algunos casos, y no bien definidos. 2.º, y en su consecuencia, que limita el cohecho al caso genérico de faltar por dádivas, sin distinguir entre los dos objetos ordinarios del cohecho. 3.º, no habla del cohecho de otros funcionarios, que los del orden judicial, y no todos. Y 4.º, viene comprendida en dichas leyes la *exacción indebida de derechos*, que son estafa u otro delito cualquiera, pero no cohecho...²⁹».

III. GRAVEDAD DEL DELITO

Como indica Carlos Garriga en su estudio sobre el *crimen corruptionis* en la cultura del *ius commune*³⁰, este delito siempre tuvo la consideración por parte de la jurisprudencia de crimen atroz y gravísimo, equiparado no solo al crimen *laesae maiestatis*, sino también a la simonía, al asesinato y al sacrilegio. En este sentido, Castillo de Bovadilla afirmaba ya que «la corrupción y venta de la justicia es delito atroz, en que se complican y germinan muchos delitos graves, en el qual se ofende à muchos, à Dios, y à la justicia, y al oficio, y à la Republica, y al próximo, y assi no es mucho que quien à tantos ofende, tenga sobre si tantas penas y maldiciones³¹».

También los autores del siglo XIX, de forma unánime, emplean palabras muy duras para referirse a este delito, queriendo resaltar con ellas la gravedad del mismo: «vicio feo y abominable³²», «acto de vil codicia³³», «delito odioso

deseando averiguar la verdad a fin de que reciban el oportuno castigo los reos de este delito, se previno por los mismos códigos [Nueva Recopilación 3,9,6 y Novísima 11,1,8], que quien descubriese y dijese el don que por este concepto hubiere dado a los jueces no sufriese pena alguna aunque por derecho la mereciera, a no ser que hubiese dicho mentira. [...] Sin embargo, como también la codicia pudiera dar lugar a que algunos hombres declarasen contra la verdad, se dispuso que semejantes testigos no recuperen lo que dieron, excepto si lo probaren con prueba cumplida» (*Ibid.*, p. 161).

²⁹ ARRAZOLA, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Tomo IX, Madrid, 1856, pp. 486-487.

³⁰ GARRIGA, C., «*Crimen corruptionis*. Justicia y corrupción en la cultura del *ius commune* (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)», en *Revista Complutense de Historia de América*, 43, 2017, pp. 21-48, esp. pp. 32-33.

³¹ CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra* [...]. Amberes, 1704, edición facs., con «Estudio Preliminar» por González Alonso, B. Madrid, IEAL, 1978, lib. II, cap. XI, § 84 in fine (I, 354).

³² VILANOVA Y MAÑES, *Materia criminal forense*...cit., p. 117.

³³ *Código Penal. Comentado y anotado por un abogado del Ilustre colegio de Madrid*, Madrid, 1867, p. 173. El autor de estas palabras explica previamente el motivo por el cual el

y repugnante³⁴», «el crimen más vergonzoso que pueden cometer los empleados públicos³⁵», «delito de los más contrarios al orden público³⁶», «delito que siempre arguye grandísima inmoralidad, y que siempre infama gravemente la opinión de sus autores ante la conciencia pública³⁷», etc. «No hay voces bastante acerbas ni expresiones suficientemente duras para calificarlo», diría Lorenzo Arrazola refiriéndose al mismo³⁸.

¿Qué razones justifican la gravedad del delito de cohecho, que le han valido tales calificaciones?. Las explicaciones de los autores del XIX se centran en varias circunstancias. Así, se considera muy grave que quienes son considerados como «modelos³⁹» para la sociedad, falten «a las leyes del honor y probidad» y «trafiquen con su conciencia» al dejarse corromper por dinero o regalos, y precisamente quienes tienen encomendado cuidar de su observancia⁴⁰. En

cohecho le merece tal calificación: «Faltar a los deberes que a un empleado público le impone su cargo, es ciertamente un delito, pero su gravedad aumenta y merece penas mayores cuando se ejecuta por precio o recompensa».

³⁴ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, Madrid, 1870, p. 76.

³⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho Penal de España, arreglados al nuevo código*, Madrid, 1849, pp. 314-315. Así lo cree el autor porque «quien lo perpetra trafica con su conciencia, hace traición a la sociedad que había depositado en él su confianza y vende la justicia que están encargados de administrar con rectitud».

³⁶ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, cit., p. 142. Previamente el autor explica porque lo califica así: «El delito de aquellos jueces viles que se dejan corromper por dinero o presentes, violando las leyes del honor y la probidad cuando les está confiado el cuidar de su observancia».

³⁷ AURIOLES MONTERO, I., *Instituciones del Derecho Penal de España, escritas con arreglo al nuevo código*, Madrid, 1849, p. 218.

³⁸ «El prevaricador y el cohechado empiezan siendo perjuros, porque juraron otra cosa [...] Faltan a un compromiso, voluntariamente contraído. Faltan a un empeño de honor, a la seguridad y fe, solemnemente empeñadas [...] Son alevemente ingratos, cuando tantos otros con más virtud, suficiencia, y aún merecimientos, pudieran cubrir y servir sin abuso el puesto elevado, pingüe, de desmedida magnitud tal vez, que ellos deshonran. Y el que además hace indigno tráfico de este conjunto de deberes y respetos sagrados, se mofa de ellos, y escarnece cínicamente a la sociedad, provocando y atrayendo merecidamente las justas iras del sufrimiento. Y si todo esto, y aún más, es preciso decir de todo mal empleado público, que falta en los antedichos conceptos; todavía la enormidad del crimen, la irritante degradación sube de punto si se trata de los del orden judicial, de los jueces y magistrados» (Arrazola, *Enciclopedia española de Derecho y Administración...*, cit., pp. 486-487).

³⁹ Los empleados públicos en general, y muy especialmente los jueces, son considerados como modelos del pueblo, por ello sus acciones deben ser muy medidas. Así lo indica Senén Vilanova refiriéndose específicamente a los jueces, al tiempo que señala los caracteres que deben conformar su personalidad: «ha de ser afable y benéfico, sin dejar de ser rígido y severo: franco y abierto, sin dejar de ser circunspecto: exacto y diligente, sin pasar a iracundo; y sobre todo, muy sobrio, templado, constante, resuelto, magnánimo, prevenido, callado, cauto, urbano y entero; sin que se le noten inclusiones lascivas o hechos contrarios a su decoro y dignidad; como el proferir obscenidades o usarlas: servir de bufón o gracioso: ir con el vulgo: murmurar, o sufrir que se murmure: adocenarse con los prescitos y canalla: comprometer palabras en materias que no tiene arbitrio, y en la indiferentes dejarlas aéreas e ilusorias: y así otra ruindades que entran en cuenta de los capítulo de residencia y delaciones ordinarias...» (VILANOVA Y MAÑES, *Materia criminal forense...*cit., p. 133).

⁴⁰ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, cit., p. 142; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Penal de España...* cit., pp. 314-315.

este sentido señalaba Narciso Buenaventura («abogado del Colegio de Madrid y exdiputado de Cortes», como rezaba en la portada de sus *Comentarios*) que «la pureza y la probidad son virtudes necesarias en todos los hombres: pero en nadie lo son tanto como en los empleados y funcionarios públicos; cualquiera que sea su clase, carácter y jerarquía, pero especialmente los correspondientes al orden judicial⁴¹». En relación a los jueces, el citado autor insiste en que la pureza de su conducta es indispensable para contrarrestar las calumnias de las que los hacen objeto los numerosos enemigos que inevitablemente provocan sus fallos judiciales («siempre alguna de las partes quedará descontenta con sus sentencias, aunque sean justas»⁴²).

Igualmente grave –y es consecuencia de lo anterior– se considera la quiebra de la confianza que los ciudadanos depositan en la Administración pública. Todo ciudadano tiene derecho a esperar de ella justicia, pero esta confianza se ve quebrada cuando la Administración pública –nos dice el penalista Diego Vicente Tejera– «lejos de ser lo que debe, en todo país normalmente constituido, es una amenaza a los ciudadanos, porque todos temen no ver satisfecha la justicia y cumplido el Derecho en sus asuntos, por la compra que haga su contra parte de la conciencia de su juzgador...⁴³». O como se quejaba Arrazola, «cuando este estado de cosas se generaliza; cuando está en la conciencia de todos, y por desgracia no es siempre un raro fenómeno, nadie confía, ni puede confiar, en su justicia ni en su inocencia⁴⁴».

Y por supuesto se considera especialmente grave el daño que este delito provoca en la sociedad. Ésta resulta lesionada cuando los funcionarios públicos, lejos de ser una garantía de sus derechos –nos dirá Diego Vicente Tejera– son «venales y acomodaticias piltrafas de la escoria humana, que se dejan comprar por mendrugos lo más grande que Dios ha puesto en ellos, su conciencia⁴⁵». Tejera se extiende bastante para explicar los daños que el cohecho provoca en la sociedad. En primer lugar resalta la idea de que no se trata de un delito aislado que solo afecta al funcionario «que se embarra» y se va corrompiendo poco a poco «según se va haciendo una función natural en él, la adquisición por medios ilegales de dinero [...] que lo llevarán al derroche y al vicio [...], amor al lujo,

⁴¹ BUENAVENTURA, N., *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870, pp. 168-170, nota 2.

⁴² «... por más justicia que presidan los fallos judiciales, el juez no puede menos de adquirir un enemigo en el reo que condena, y en el litigante cuyas injustas pretensiones desestima; y como el arma más perjudicial pero más barata de que el hombre puede usar, es la calumnia, de ahí que ésta se cebe inmediatamente sobre la fama y la honra de los funcionarios públicos...» (*Ibid.*, p. 170.).

⁴³ TEJERA Y GARCÍA, D. V., «*El cohecho*». *Memoria leída por el fiscal de la Audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los tribunales el día 1.º de septiembre de 1924*, Matanzas, 1925, p. 31. En el mismo sentido, en la p. 6 afirmaba, refiriéndose al cohecho, que «es uno de los medios de delinquir que más ofenden al hombre de bien, porque lleva a la conciencia del que espera la justicia, derecho absoluto que tiene todo ser por el solo hecho de haber nacido, el horrible desaliento que produce la asquerosa venta de sagrados deberes por parte de los llamados a otorgar lo que se espera por todos...»

⁴⁴ ARRAZOLA, *Enciclopedia Española*... cit., p. 497.

⁴⁵ TEJERA Y GARCÍA, «*El cohecho*»... cit., p. 6.

que es insostenible con su sueldo...», sino que se extiende a todos los individuos que forman la sociedad⁴⁶, hasta que se instala en la conciencia de todos la idea de que es necesario gratificar los servicios públicos a los funcionarios o empleados que el Estado paga para que los presten gratuitamente («...porque llega al convencimiento, que solo puede obtener lo que en justicia le corresponde, mediante el soborno del empleado que tiene por misión realizar lo que él desea, y a lo que tiene derecho, por estar la razón de su parte») ⁴⁷. También Narciso Buenaventura alertaba del daño que este delito provocaba en la sociedad, hasta el punto que «para la creencia vulgar todos los funcionarios desde el más elevado hasta el más ínfimo de los agentes de la Autoridad, venden sus servicios al dinero, o al favor, o a otras cosas más repugnantes y feas⁴⁸».

La gravedad del cohecho radica también en un elemento esencial de todos los delitos contra la Administración pública, como es faltar a los deberes que a un empleado público le impone su cargo y, con ello, la desobediencia al poder público. Como apunta Alejandro Groizard, «la desobediencia al Poder público, la rebelión contra sus órdenes, la violación de sus mandatos, el desprestigio de las leyes y de las autoridades es, pues, la sustancia primaria determinante de la configuración científica de esta clase de delitos. Todo lo demás es accidental y accesorio⁴⁹». Tal postura se fue consolidando en la doctrina, asentándose el criterio de que los delitos de funcionarios suponen conductas contrarias al deber de servicio, que les impone el deber de colaborar en la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas⁵⁰.

Estas causas o razones en las que los juristas decimonónicos fundamentan la gravedad del delito de cohecho vienen a coincidir en gran medida –sorprendentemente– con las que la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas señalan a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido en la regulación actual del delito de cohecho. Así lo vemos en las disquisiciones y debates doctrinales sobre esta cuestión, donde aparecen siempre elementos recurrentes como el buen funcionamiento de la Administración pública, el quebrantamiento de la confianza depositada en el funcionario, el interés en que los funcionarios

⁴⁶ «... poco a poco va acostumbrando al ciudadano a sobornar al empleado, primero con protestas, después con resignación, luego sin que su conciencia se resista, y más tarde (y he aquí el daño máximo) con complacencia y proponiendo el soborno el mismo pueblo que es incapaz de delinquir de otra manera, no ya para obtener justicia, sino también para obtener injusticia y arbitrariedades que van a producir enormes entradas en su mal hábitos peculios...» (*Ibid.*, pp. 6-7).

⁴⁷ El cohecho se convierte en un acto natural, los ciudadanos llegan a pensar que «para poder vivir, para poder obtener que se les haga la justicia a que tienen derecho por ser hombres libres y sociales tienen que recurrir al soborno» (*Ibid.*). En esta misma idea incidía Arrazola cuando escribía sobre la trascendencia y criminalidad del cohecho: «... Peor todavía: el hombre más probo, en la necesidad de no ver sucumbir su fortuna, su libertad, la suerte de sus hijos, su vida, su honra, por un tráfico infame, se siente solicitado a hacerse cómplice de él, comprando su justicia...» (Arrazola, *Enciclopedia Española...* cit., p. 497).

⁴⁸ BUENAVENTURA, *Comentarios al Código Penal reformado...* cit., p. 170.

⁴⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870...* cit., p. 76.

⁵⁰ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, Ediciones Bosch, 1980, p. 355. SERRANO ROMO, A. A., *Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado*. Tesis Doctoral leída en la Universidad de Sevilla, Curso 2016/2017, p. 24.

públicos no incurran en corrupción (evitando que ejerciten sus funciones en atención a las recompensas solicitadas, entregadas u ofrecidas), la honradez e integridad en el ejercicio de las funciones públicas, etc.⁵¹. «La corrupción en el ámbito de las funciones públicas –podemos leer en unas páginas escritas hace pocos años– presenta un alto grado de impacto, no solo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, sino también porque posee una gran capacidad para socavar las bases del sistema político jurídico imperante»⁵².

En términos muy parecidos se expresan muchas de las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre esta materia en la actualidad, recordándonos en bastantes ocasiones con sus palabras a las utilizadas más de un siglo antes por los autores del XIX⁵³.

IV. CONFUSIÓN CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

Hasta mediados del siglo XIX, y más concretamente hasta la aparición del Código Penal de 1848, la utilización en cualquier ámbito –incluidos legislación, doctrina y jurisprudencia– del término «cohecho» no se hacía de forma pacífica. De manera habitual para hacer referencia a este delito propio de los empleados públicos se utilizaban indistintamente voces como *baratería*, *cohecho*, *soborno*, *venalidad*, *corrupción*, *concusión*, *colusión*, etc, y por supuesto

⁵¹ Algunas obras se consideran ya clásicas cuando se trata el tema del bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Entre ellas, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario...* cit.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, Aranzadi, 1999; VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Administración Pública...* cit.; De la MATA BARRANCO, N. J., *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004 y «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 17, 2006.

⁵² Son palabras de AOULAD, *Reformas en el delito de cohecho...* cit., p. 159.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1993, donde se indicaba que en el delito de cohecho «no sólo se trata de asegurar la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes...». La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001 (Rec. 1327/1993) decía que el bien jurídico es la probidad del funcionario público, que permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2006 señala como bien jurídico protegido la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función, pero con dos perspectivas: el quebrantamiento del deber de probidad que pesa sobre el funcionario y de la confianza en él depositada, y el respeto que se debe a la función pública. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007, núm. 77/2007 [RJ 2007, 1921] y la del 17 de mayo de 2010, núm. 478/2010 [RJ 2010, 2328] entienden que lo que realmente se protege es «el prestigio y eficacia de la Administración Pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos».

prevaricación. El concepto de cada uno de estos términos no estaba claro, no era fijo ni preciso, y unas veces se utilizaban como sinónimos mientras que en otras ocasiones se hacían distinciones.

Cuando el artículo 255 de la Constitución de 1812 estableció que «El soborno, el cohecho y la prevaricación, producen acción popular contra los que los cometen», el legislador estaba dando por supuesto un valor técnico, fijo y preciso que esos términos no tenían. Y lo mismo ocurría con el Código Penal de 1848, donde específicamente solo se recogieron como delitos la prevaricación, el cohecho y el soborno. Ya aludimos a la confusión que entre estos términos se produjo en nuestro derecho histórico, que en cierta medida se mantiene incluso en el Código Penal de 1822, donde especialmente se nota entre los términos *soborno*, *regalo* y *cohecho*. Así, en la Parte I, Título VI, Capítulo II se lee como rúbrica «De los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público». Asimismo, el artículo 454 comienza diciendo que «El juez de hecho o de derecho, o árbitro de cualquier clase, u otro funcionario público, *que comete prevaricación por soborno o cohecho...*». Y en el artículo 456 leemos que «El juez o cualquier otro funcionario público que [...] admita o se convenga en admitir *algún soborno, cohecho, o regalo...*». Estos ejemplos parecen evidenciar una falta de precisión o de exactitud en la utilización de dichos términos.

En relación a esta falta de claridad, uniformidad y precisión en la terminología, tiene especial interés la confusión que se produjo entre el cohecho y otras dos figuras: la baratería y la prevaricación⁵⁴.

IV.1 COHECHO/BARATERÍA

Como apunta C. Garriga, en Castilla ni las Partidas ni los ordenamientos de cortes posteriores usaban nombre alguno para designar los crímenes de los jueces, pero los juristas castellanos adoptaron y generalizaron pronto el nombre bárbaro que empleaban los estatutos comunales italianos y llegaba a través de la jurisprudencia, *barattaria*⁵⁵ (castellanizado baratería), desplazado parcialmente por el autóctono cohecho⁵⁶, yendo la legislación real a remolque de la

⁵⁴ Diego Vicente Tejera previene de la existencia de otras dos figuras delictivas muy cercanas al cohecho y de las que es necesario distinguirlo, como son el fraude y la exacción ilegal. Cohecho y fraude se diferencian en el fin perseguido (en el fraude es solo el lucro y en el cohecho el incumplimiento de un deber) y en quién recibe el perjuicio directo o el daño inmediato. En cuanto a la exacción ilegal, si en ambos delitos el funcionario público busca un lucro indebido con el puesto que desempeña, en la exacción ilegal no deja de cumplir con los deberes de su cargo, sino que solo defrauda a un particular o entidad exigiéndole mayor cantidad de dinero de la que en realidad debe cobrar; mientras que en el cohecho el funcionario público, por un dinero que no tenía que percibir, falta al cumplimiento de sus deberes, sin defraudar a nadie puesto que la otra parte —la que ofrece la dádiva— está de acuerdo en delinquir (TEJERA, *El cohecho...* cit., p. 30).

⁵⁵ GARRIGA, «*Crimen corruptionis*. Justicia y corrupción en la cultura del *ius commune* (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)» cit., p. 31.

⁵⁶ La palabra cohecho procedía del mundo de los fueros medievales y hay abundantes testimonio de su creciente uso en los términos jurídicos que hacen al caso cuando menos desde el siglo XV (GARRIGA, *Ibid.*, p. 37).

jurisprudencia. En su opinión⁵⁷ fue Castillo de Bobadilla a finales del XVI quien comenzó a utilizar el término cohecho como equivalente castellano del latino *repetundae* (o corruptela), dotándole de un significado propio y distinto de la baratería. Para Castillo⁵⁸ cohecho se refiere a «las dádivas, mediante las cuales, corrompido el juez [...] aya hecho injusticia», rechazando que el término castellano sea sinónimo de baratería: «aunque comúnmente los Doctores confunden estos vocablos y términos y nunca acaban de distinguir entre cohecho y baratería, y los juzgan por sinónimos y una misma cosa, no lo son sino diferentes en nombres, y en efectos porque cohecho propiamente es una venta de la justicia recibiendo alguna cosa por hazer mas o menos contra justicia»; en cambio «Barateria es baratar la justicia: que es lo mismo que los antiguos Jurisconsultos interpretaron, que era comutar la justicia, recibiendo interés por hazer, o dexar de hazer algo indebidamente, aunque sin corromper la justicia». La diferencia así establecida por Castillo de Bobadilla fue muy exitosa en la jurisprudencia castellana, que con pocas excepciones –nos dice Garriga– acogió su conceptualización, al menos hasta bien entrado el siglo XVIII⁵⁹.

Efectivamente, hasta la aparición del Código Penal de 1848 los autores se empeñan en señalar a la baratería como un delito muy próximo al cohecho pero no coincidente, presentándolos como dos figuras delictivas distintas⁶⁰. Así lo indicaba, por ejemplo, Vilanova y Mañés, en 1827, advirtiéndonos de que a pesar de parecer idénticos, se trata en realidad de dos delitos diferentes. Y lo explica indicando que comete cohecho «el ministro de Justicia, que por administrarla o suspender su efecto recibe dádivas, aunque sea con plácida voluntad de la parte interesada», mientras que comete baratería «el que, sin corromper la Justicia, se vale de su oficio para recibirlas, rindiéndose al premio por dar pronto la sentencia (aunque sea conforme), preferir al dadivoso en el despacho de la causa, atenderle en la provisión de los empleos, o distinguirle en todos los casos por el mismo aliciente⁶¹». En el mismo sentido, pero más claras, son las explicaciones que ofrece Joaquín Escriche en su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, cuya primera edición apareció en 1831. Al igual que la

⁵⁷ *Ibid.*, 39.

⁵⁸ CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., lib. II, cap. XI, § 228 y 229.

⁵⁹ GARRIGA, «*Crimen corruptionis*. Justicia y corrupción en la cultura del *ius commune* (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)» cit., p. 39.

⁶⁰ El empeño en diferenciarlos venía de la confusión que, de hecho, se venía produciendo. Un ejemplo lo encontramos en José Marcos Gutiérrez, quien en su *Práctica Criminal de España*, en el capítulo que dedicaba a los delitos contra la administración de justicia, se refería en primer lugar, entre los más «graves y dignos de la severidad de las leyes», al «cohecho o baratería». Claramente el autor se está refiriendo a un solo delito que se denomina, indistintamente, con esas dos voces. No cabe otra interpretación si leemos las palabras con las que se refiere a dicho delito, hablando siempre en singular: «...el cohecho o baratería, esto es, el delito de aquellos jueces viles que se dejan corromper por dinero o presentes, violando las leyes del honor y la probidad, cuando les está confiado el cuidar de su observancia, y delito ciertamente de los más contrarios al orden público» (MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, cit., p. 142).

⁶¹ VILANOVA Y MAÑÉS, *Materia criminal forense...* cit., pp. 116-117. Al hacer estas aclaraciones se remite a glosas y comentarios de diversos autores a leyes de Partidas (3,4,6; 3,22,26), pero no al Código Penal de 1822.

citada obra de Vilanova, la de Escriche es posterior al Código Penal de 1822, pero anterior al del 48. Después de definir la baratería como «el delito del juez que no hace justicia sino por precio», insiste en la necesidad de no confundir la baratería con el cohecho: «aquella consiste en admitir dádivas o regalos, no precisamente por cometer una injusticia, sino por hacer lo que sin las dádivas debía hacerse, v. gr. por abreviar la decisión de un pleito, o por sentenciar con arreglo a derecho; y este [el cohecho] consiste en admitir regalos, o dádivas, no por hacer lo que sin ellos debía hacerse, sino por hacer lo que no puede hacerse con ellos ni sin ellos, por dar un fallo injusto, por atribuir a uno la cosa que pertenece a otro». Y añadía muy gráficamente que «la baratería es la venta de la justicia; y el cohecho por el contrario es la venta de la injusticia»⁶². Estas palabras de Escriche las encontramos copiadas en muchas obras de otros juristas del XIX, generalmente anteriores a la aparición del Código Penal de 1848 (aunque también en algunas posteriores).

Sin embargo, Escriche parece que se contradice, o al menos induce a confusión, cuando al definir el término cohecho lo hace de la siguiente manera: «el soborno, seducción, o corrupción de juez y otra persona, para que haga lo que se le pide, aunque sea contra justicia»⁶³. Con las palabras «aunque sea contra justicia» parece estar entendiendo el autor que la forma ordinaria de cohecho sería hacer por precio lo que debe hacerse sin él. Pero esto es precisamente lo que él mismo calificaba de baratería, por lo que parece que en este caso baratería y cohecho se confunden o son la misma cosa.

En el *Suplemento* que se hace al *Diccionario* de Escriche (que según se explica en su Introducción tenía como fin completarlo con las alteraciones que se hicieran en las materias tratadas, especialmente tras las novedades ocurridas desde 1845 en todas las ramas del derecho), se especifica que el nuevo Código Penal cambia esta situación al incluir la baratería dentro del cohecho, indicándose que hasta ese momento habían sido dos figuras distintas, tal y como las había diferenciado Escriche. En el cohecho, se lee en el *Suplemento*, «se penan ya no sólo los casos en que el empleado público o el juez ejecutare u omitiese por dádivas algún acto ilícito o indebido propio de su cargo, que es lo que constituye propiamente aquel delito; sino también los casos en que el juez o cualquier otro empleado público omitiere o ejecutare por dádivas cualquier acto lícito o debido propio de su cargo, que es lo que constituye el delito llamado *baratería*»⁶⁴.

Realmente, en ningún código penal llegó a recogerse un delito especial de baratería, distinto del cohecho. Ni siquiera el de 1822, que incluye en el cohecho el faltar a la justicia por dádivas, y el administrarla por ellas⁶⁵. Pero es a

⁶² ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Segunda edición, corregida y aumentada*, Tomo Primero, Madrid, 1838, p. 548.

⁶³ *Ibid.*, p. 691.

⁶⁴ BIEC, J. M., y VICENTE Y CARAVANTES, J., *Suplemento al Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Don Joaquín Escriche*, Madrid y Santiago, Granada, Lima, 1851, pp. 80-81.

⁶⁵ Artículos 454-460. Concretamente el artículo 458 castigaba al funcionario público que admitía algún regalo para hacer un acto de su oficio o cargo, aunque fuera justo, o para dejar de hacer uno que no se debe ejecutar.

partir del Código de 1848 cuando el término *baratería* desaparece definitivamente al ofrecer un concepto amplio de *cohecho* que viene a incluir también lo que tradicionalmente se entendía por tal.

IV.2 COHECHO/PREVARICACIÓN

El cohecho y la prevaricación son dos delitos muy cercanos pues comparten elementos comunes, hasta tal punto que podría decirse –de hecho así lo indican algunos autores⁶⁶– que el cohecho es una prevaricación de naturaleza especial. El primero consiste en la presentación o admisión de dádivas o promesas a un empleado público, hechas en consideración a su cargo; el segundo aparece cuando los empleados públicos, a sabiendas y maliciosamente, faltan a las obligaciones de su cargo. Por tanto, cuando el proceder así (a sabiendas y maliciosamente) no es exclusivamente por odio o simpatía hacia las personas, sino por haber admitido dádivas o promesas de alguna de las partes interesadas, se entiende que la prevaricación adquiere proporciones más extensas y viene a constituir un delito distinto que se ha llamado cohecho. Podría decirse, por ello, que el cohecho puede envolver en sí una prevaricación, porque no es posible que el empleado que se deja sobornar no proceda siempre maliciosamente y a sabiendas; pero la prevaricación nunca va acompañada de soborno, porque si este existe, el hecho deja de llamarse prevaricación y adquiere el carácter de cohecho.

Los autores, conscientes de la cercanía de ambas figuras delictivas, se esmeran en destacar las diferencias entre ellas. Una primera vendría dada por la no coincidencia en uno de los elementos esenciales que concurren en ambos delitos: los empleados públicos. Así, para Ildefonso Aurioles⁶⁷, entre las muchas y muy diferentes especies de delitos que pueden cometer los empleados en el ejercicio de sus funciones, puede hacerse una división en dos clases. En la primera se incluirían los que podrían llamarse delitos «especiales», porque solo pueden cometerse por ciertos empleados. Este es el caso de la prevaricación⁶⁸, que solo puede ser cometida por los tribunales y sus subalternos, y por las dependencias administrativas del gobierno, porque estos son los únicos empleados que intervienen en negocios judiciales y contencioso-administrativos o meramente administrativos, que son los que pueden dar lugar a la prevaricación. Y en segundo lugar los delitos que el autor llama «comunes», porque los pueden cometer todos los que ejercen algún destino público de cualquier clase

⁶⁶ VIZMANOS, T. M de, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid, 1848, p. 292. VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código Penal reformado; comentado novísimamente...*, Madrid, y Santiago, 1851, p. 370. AURIOLES MONTERO, *Instituciones del Derecho Penal de España...* cit., pp. 217-218.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 195-196 y 208.

⁶⁸ Además de la infidelidad en la custodia de presos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, nombramientos ilegales, abusos de los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones, malversación de caudales públicos y negociaciones prohibidas a ciertos empleados.

que sea. En este segundo grupo de delitos se incluiría el cohecho⁶⁹, porque todos los empleados públicos, de cualquier clase, pueden dejarse sobornar.

Una segunda diferencia entre el cohecho y la prevaricación viene dada por la admisión por parte del empleado público de dádivas o promesas de alguna de las partes interesadas, es decir, que las funciones públicas se ejercen a consecuencia de las dádivas o promesas de parte de la persona que induce al cohecho. Esta circunstancia concreta y específica, este caso muy concreto del «faltar a sabiendas y maliciosamente a las obligaciones de su cargo» propio de la prevaricación, concurre exclusivamente en el cohecho.

En tercer lugar, también los diferencia la circunstancia de que el cohecho nunca puede cometerse por una sola persona, necesita la concurrencia al menos de dos delincuentes, porque no puede haber sobornado sin que haya también sobornante, o el que da o propone dar y el que recibe o acepta la promesa, el corruptor y el que se deja corromper. Por el contrario, la prevaricación es un delito que comete el juez o el empleado público sin necesidad de la concurrencia de otras personas ya que puede muy bien ejecutarse –y así sucede casi siempre– por un solo delincuente.

Y por último, y como cuarta diferencia, habría que destacar que la prevaricación supone siempre hechos injustos, mientras que el cohecho se comete también practicando actos lícitos y justos, con tal que para la dirección o resolución de un negocio haya mediado alguna dádiva o promesa y la aceptación por el juez o funcionario, aunque la providencia que haya recaído sea justa. Ello es así porque lo que constituye este delito es el tráfico de las funciones públicas.

V. FORMAS Y ELEMENTOS PROPIOS DEL COHECHO. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DE ESTE DELITO

Ya hicimos referencia a que tanto las leyes de Partidas como las recopiladas, sin nombrar el cohecho, lo describían, haciéndolo extensivo a la doble posibilidad de admitir precio, dádiva o promesa por faltar al deber o a la justicia, por un lado, y también por obrar conforme a ella o cumplir con su cargo, por otro. Por su parte, el Código penal de 1822 –que sirvió de enlace en esta materia⁷⁰–, aunque de forma confusa, lo formula específicamente bajo el doble

⁶⁹ En esta segunda clase se incluirían cinco grupos de delitos: 1.º resistencia y desobediencia. 2.º denegación de auxilio y abandono de destino. 3.º abusos contra particulares. 4.º usurpación de atribuciones, prolongación y anticipación indebidas de funciones públicas. 5.º cohecho, fraudes y exacciones ilegales.

⁷⁰ Sainz Robles señala que si bien los codificadores no tuvieron que operar *ex novo*, el grupo de delitos de los funcionarios públicos, tal y como hoy lo entendemos, es relativamente reciente y coincide en la legislación española con los inicios de la codificación. Esto se debe a que en este período hay una radical modificación de la concepción del Estado, de la función pública y de sus servidores que será germen directo de la actual regulación. Solo es posible hablar de delitos de los funcionarios públicos –añade la autora– cuando los conceptos de funcionario y de función pública comienzan a acuñarse en la legislación en términos análogos o referibles a los actuales (SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*

concepto mencionado. Concretamente, se castiga por este delito al funcionario público que admite soborno o regalo para hacer alguna cosa contraria a su obligación, o deje de hacer alguna que esté obligado, o que constituya delito (art. 456⁷¹); o bien para realizar un acto de su oficio o cargo, aunque sea justo, o para dejar de hacer uno que no deba ejecutar (art. 458⁷²). Algunos autores –como ya vimos– defendían la existencia de un delito de baratería de jueces, independiente del cohecho, que incluiría el segundo extremo del mismo, esto es, el aceptar precio, dádivas o promesas por cumplir con el propio oficio.

Pero como es sabido, el Código Penal de 1822 tuvo un periodo de vigencia muy breve⁷³, siendo el de 1848 el que marcó el inicio de la regulación del cohecho, la cual, a través de los sucesivos códigos penales españoles⁷⁴, desembocaría en la regulación actual de este delito. La idea principal que transmite el legislador en su articulado⁷⁵ –donde no se menciona ya la baratería– es que el cohecho consiste en la presentación y admisión de dádivas o promesas a un empleado público en consideración a su empleo. Siempre que esto se verifica –como señala Pacheco– hay hecho punible, en el cual pueden encontrarse tres formas –o grados, como él los denomina– de cohecho. De menor a mayor gravedad, 1.º el de la admisión de regalos sin objeto determinado ostensible; 2.º el de la admisión de los mismos regalos, para hacer lo que se debía o podía hacer; 3.º el de igual admisión para cometer un delito⁷⁶. En el mismo sentido –pero expresándolo con más claridad– explica Auriol que el cohecho puede ejecutarse de tres

públicos, Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 1985, pp. 12, 15-18 y 103; estas palabras son citadas por VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública...* cit., pp. 11-12).

⁷¹ El Código Penal de 1822 recoge el delito de cohecho dentro del Capítulo 2.º de su Título VI, artículos 454-462. En concreto, el artículo 456 establece que «El juez de hecho o de derecho, o árbitro o cualquiera otro funcionario público, que por sí o por su familia, o por interpuesta persona, admita a sabiendas, o se convenga en admitir algún soborno, cohecho o regalo, y en su consecuencia haga alguna cosa contraria a su obligación, o deje de hacer alguna a que esté obligado, aunque no llegue a incurrir en la pena de prevaricación, sufrirá las mismas penas que en el capítulo precedente se imponen a los prevaricadores. Si la acción que cometiere por soborno, fuese no solo contraria a su obligación sino que constituya otro delito a que esté señalada alguna pena, se le impondrá ésta igualmente».

⁷² «Cualquiera de dichas personas, que del mismo modo admita o se convenga a admitir, además de su legítimo salario, algún regalo para hacer un acto de su oficio o cargo, aunque sea justo, o para dejar de hacer uno que no deba ejecutar, perderá su cargo o empleo, y no podrá obtener otro alguno público en dos años, ni el juez ejercer la judicatura».

⁷³ Sobre este código, véase CASABÓ RUÍZ, J. R., *El Código Penal de 1822*, Tesis doctoral, Valencia, 1968; TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, Messina, 2008.

⁷⁴ Y no solo en España, puesto que puede destacarse la proyección del Código de Seijas Lozano –su redactor– a lo largo del mundo hispánico. Ningún otro tuvo tan vasta y tan duradera proyección, desde la Península Ibérica hasta Iberoamérica y Filipinas, países donde fue adoptado casi a la letra y donde, con mayores o menores alteraciones, rige hasta hoy (BRAVO LIRA, B., «La fortuna del Código Penal español de 1848», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 74, 2004, pp. 23-57, esp. pp. 23-24).

⁷⁵ Libro II, Título VIII, capítulo XIII, artículos 305-308 (en el Código Penal de 1850, donde se cambia la numeración pero no la redacción, pasarán a ser los arts. 314 a 317).

⁷⁶ PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera*, Madrid, 2000, p. 929.

modos: 1.º cometiendo en virtud del soborno algún delito⁷⁷; 2.º ejecutando, por dádivas o promesas, actos lícitos, es decir, haciendo lo que se debía o podía hacer⁷⁸; y 3.º admitiendo regalos en consideración a su oficio⁷⁹. En definitiva, vemos que el Código de 1848 (art. 305⁸⁰) distingue y define tres formas de cohecho⁸¹, señalando penas diferentes en cada una de ellas.

El Código de 1870 va a separar en diferentes artículos las distintas modalidades de cohecho que se recogían en el artículo 305 del Código de 1848⁸², señalando como conductas propias del mismo la realización de un acto constitutivo de delito (art. 396), la de un acto injusto⁸³ que no constituya delito (art. 397), o la abstención por parte del funcionario público de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo (art. 399).

En todos estos casos encontramos como elementos comunes y característicos del cohecho los siguientes: 1.º Que el culpable tenga la cualidad de funcionario público. 2.º Que haya recibido dádivas o presentes o aceptado ofrecimiento o promesa. 3.º Que la dádiva haya sido hecha, o los ofrecimientos admitidos, para ejecutar un acto injusto o para dejar de practicar un acto debido en el

⁷⁷ «Cometiendo algún delito se hace reo de cohecho, el empleado público que por dádiva o promesa ejecuta alguna prevaricación, infidelidad en la custodia de presos, resistencia, desobediencia o algún otro de los delitos de que se ha venido hablando en este capítulo y en el anterior» (AURIOL MONTERO, *Instituciones del derecho penal de España...* cit., p. 218).

⁷⁸ «Ejecutando actos lícitos o inculpables comete el delito de cohecho, el empleado público que por dádiva o promesa ejecuta cualquier acto lícito o debido, propio de su cargo» (*Ibid.*).

⁷⁹ «Finalmente cometerá cohecho del último de los tres modos que antes mencionamos, el empleado público que admita regalos que le sean presentados en consideración a su oficio» (*Ibid.*).

⁸⁰ Artículo 305: «El empleado público que por dádiva o promesa cometiere alguno de los delitos expresados en los capítulos precedentes de este título [...] / En la misma multa [...] incurrirá el empleado público, que por dádiva o promesa ejecutare u omitiere cualquier acto lícito o debido propio de su cargo./ El empleado público que admitiere regalos, que le fueren presentados en consideración a su oficio...».

⁸¹ ARRAZOLA (*Enciclopedia española...* cit., p. 493) nos ofrece una visión más extensa de la regulación que el Código Penal del 48 hace del cohecho (los artículos que cita corresponden a la numeración del Código Penal de 1850), indicando que su acepción jurídica, según el Código, no solo es comprensiva de esos tres grados a los que ya hemos aludido, sino que es más amplia, señalando hasta siete puntos: 1.º faltar por cohecho (por dádivas o promesas) a la justicia (art. 314); 2.º ejecutar y omitir por dádiva o promesa algún acto lícito o debido, propio del cargo (art. 314); 3.º admitir regalos en consideración al oficio o cargo (art. 314); 4.º cometer por cohecho algún hecho ilícito que no se halle penado expresamente entre los enumerados en los capítulos 1 al 11, del título 8, libro 2 del Código (art. 315); 5.º emplear el soborno par con un empleado público (art. 216); 6.º dar falso testimonio y faltar a la verdad pericial en juicio (arts. 246 y 314); 7.º faltar en juicio a la lealtad prometida los que defienden a las partes (arts. 273 y 274) y cometer cohecho en elecciones políticas y populares (art. 199).

⁸² El cohecho se regula dentro del Código Penal de 1870 en el Libro Segundo, Título VII («De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos», Capítulo IX («Cohecho»), artículos 396-404).

⁸³ En el Código de 1848 no encontramos esta referencia al acto «injusto». Sin embargo, cuando se discutió el cohecho en la Comisión de Códigos (el 22 de junio de 1845), en el artículo 40 de la ponencia, destinado a la penalización del sobornante, a propuesta del Presidente de la Comisión, Bravo Murillo, se introdujo el término «cuando fuere injusto», que finalmente no se recogió en el artículo definitivo (Archivo Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Actas Código Penal, leg. 3, 22 de junio de 1845, leg. 6, fol. 102r. V. ÑESTA PASTOR, E., *El Código penal español de 1848*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 676 ss.).

ejercicio de su cargo. Cuando estas tres circunstancias se reúnen, siempre existe el delito de cohecho. Podrán concurrir además otras, pero serán accidentales, contribuyendo solo a ampliar o reducir la responsabilidad, pero no a cambiar la naturaleza genérica del hecho⁸⁴.

Como novedad respecto al código anterior el legislador especifica respecto a la dádiva o el presente, que no es necesario que se entregue al propio funcionario, ni tampoco que sea él quien directamente acepte la promesa o el ofrecimiento. Ambas circunstancias pueden darse a través de una persona intermedia⁸⁵, entendiéndose así —nos dirá Groizard⁸⁶— cuando ésta tiene conexión y relación directa con el funcionario. El legislador no incluyó expresamente esta aclaración en el Código de 1848, pero los autores no dudaron en que éste era el sentido de la ley. Pacheco, por ejemplo, declaraba en este sentido que «cuando el regalo se hiciera a la mujer o hijos del empleado, que están bajo su autoridad y viven en su compañía», aunque la ley no lo dijera expresamente, «lo dice la razón, y no se puede poner en ello la menor duda⁸⁷».

En relación al primero de los elementos citados («que el culpable tenga la cualidad de funcionario público») hay que señalar, en primer lugar, que el Código Penal de 1848 sustituyó el término «funcionario público» utilizado en el Código Penal de 1822⁸⁸ por «empleado público⁸⁹», que se mantendría hasta 1944⁹⁰. Además, también como novedad, incluye una definición de lo

⁸⁴ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870...* cit., pp. 241-242.

⁸⁵ En todos los supuestos de cohecho el legislador se refiere expresamente al funcionario público que recibe «por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa...».

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ PACHECO, *El Código Penal...* cit., p. 930.

⁸⁸ El Título VI llevaba como rúbrica «De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos».

⁸⁹ Al iniciarse la discusión de este título, el 18 de junio de 1845, en el Anteproyecto aparece como rúbrica «de los funcionarios públicos», probablemente por influencia de su precedente el Código de 1822, pero posteriormente se modificaría sustituyendo el término funcionario por empleado. La redacción de los tipos delictivos incluidos en el Libro II, Título VIII («delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos»), fue realizada por José María Clarós, con la colaboración de otros comisionados, especialmente de García Goyena, Gallardo, Luzuriaga y Vizmanos. Dicho Título, con 17 capítulos, es el más largo después de los delitos políticos, y se convertiría en el catálogo más amplio de toda la historia de la codificación española (IÑESTA PASTOR, *El Código penal...* cit., pp.670-672).

⁹⁰ Solo puede hablarse de un verdadero Derecho de la Función Pública en los albores del siglo XIX, con los primeros estatutos de funcionarios. Es aquí cuando se realiza, por primera vez, una regulación general del oficio y función pública. Como pone de relieve Muñoz Llinás, «tras superar el Estado absolutista, se pretendió abandonar la concepción del empleado público como un patrimonio político del que se podía disponer con total libertad [...] pero la situación política, económica y social de España a lo largo del siglo XIX y principios del XX no ayudó a la consolidación de los postulados que el incipiente régimen de función pública quiso introducir en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido se asistió a una limitada aplicación de las normas sobre personal en los Estatutos de López Ballesteros, Bravo Murillo y O'Donnell, hasta que por fin se llegó a una implantación general del régimen jurídico de la función pública a todos los funcionarios de la Administración (por lo menos, a los de los Cuerpos Generales) en el Estatuto de Maura en 1918...» (MUÑOZ LLINÁS, J. M., *La función pública en España (1827-2007)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 27).

que se debe entender por empleado público a efectos penales: «para los efectos de este título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado» (art. 322). A raíz de dicho artículo, los autores entienden que el Código recoge un concepto amplio de empleado público. Así, Gómez de la Serna, al reflexionar sobre esta cuestión, indica que si bien la acepción más general de «empleado público» incluye a todo aquel que desempeña funciones públicas conferidas por el gobierno tanto en el orden judicial como en el administrativo, realmente no se entienden designados con esta calificación los que ejercen cargos provinciales o municipales de elección popular, los militares, los escribanos, profesores, ni los que desempeñan otras profesiones semejantes, aunque tengan por objeto el oficio público. «Pero para los efectos de las disposiciones contenidas en el presente título —nos dice— se entiende por empleado todo el que ejerce un cargo público en el país...⁹¹». Pacheco, por su parte, consideraba que en este Título VIII dedicado a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, se daba entrada a toda persona pública, es decir, a todo aquel que desempeña funciones y a quien ejerce un cargo en la sociedad⁹². O como afirmaba Aurioles, bajo esta denominación se comprende «a todo el que desempeñando su destino, profesión o encargo, llega a ejercer alguna vez funciones públicas⁹³».

⁹¹ GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho Penal de España, arreglados al nuevo código*, Madrid, 1849, pp. 282-283. A la misma idea llegaba Vizmanos, que se expresaba con palabras idénticas a las de los autores citados: «Entiéndese generalmente por *empleado público* todo el que sirve a sueldo del Estado y en virtud de real nombramiento en alguno de los ramos de la pública administración. Los que no ejercen funciones conferidas por el gobierno, sino cargos gratuitos de origen popular, no se consideran empleados públicos, y mucho menos lo que ejercen simplemente ciertas profesiones, como la abogacía, la medicina y otras que participan alguna vez del carácter de funciones públicas. No sucede así en el código. Para los efectos de esta ley la palabra empleado tiene una acepción tan lata y general, que es igualmente aplicable a los empleados de real nombramiento que reciben sueldo, que a los que ejercen cargos gratuitos y populares, y a los demás que por la naturaleza de su profesión u oficio son llamados al desempeño de funciones públicas en algún caso» (VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal...* cit., p. 332). En el mismo sentido VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal reformado...* cit., p.345.

⁹² «Llámesese comúnmente *empleado* a los funcionarios del orden civil que deben su nombramiento al Gobierno, y que se destinan a servir bajos sus órdenes en la administración de las cosas públicas. Un eclesiástico, un militar, un escribano propietario de su oficio, un profesor que ganó su cátedra, no se llaman empleados en el lenguaje común; y no tienen ese nombre justamente porque es necesario distinguirlos de un secretario de gobierno político, de un administrador de rentas, hasta de un consejero real, a quienes libremente se ha instituido, para ejercer la acción del mismo Gobierno, en superior o en inferior categoría/ Mas en este título que nos ocupa, la palabra *empleado* tiene más lata significación. Todo el que ejerce funciones, todo el que desempeña un cargo público en la sociedad, entra o puede entrar aquí dentro de aquella esfera. El alcalde de elección popular, el escribano que ha heredado su oficio, el cura que obtuvo por oposición su curato, a todos estos, y a cuantos otros casos análogos se imaginen, puede alcanzar la ley en sus respectivas disposiciones. La expresión *empleado* quiere decir *persona pública*, persona que tiene un carácter en la sociedad, dirigido a su ordenación según la ley» (PACHECO, *El Código Penal...* cit., p. 841).

⁹³ AURIOLES MONTERO, *Instituciones del derecho penal de España...* cit., p. 195.

Groizard, analizando esta cuestión y siguiendo el mismo razonamiento que los juristas que comentaban el Código del 48⁹⁴, abogaba por la sustitución en el Código de 1870 de la palabra empleados por la de funcionarios públicos, y justificaba su opinión señalando que el mismo legislador había acabado por reconocerlo y por corregirse a sí mismo escribiendo en el artículo 416 la siguiente disposición general: «para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas⁹⁵». Vemos, por tanto, que aunque la rúbrica sigue haciendo mención a los «empleados públicos», el articulado se refiere ya al funcionario público.

En relación al segundo elemento que caracteriza y que debe concurrir en el delito de cohecho («que se hayan recibido dádivas o presentes o aceptado ofrecimiento o promesa»), el Código de 1822 ya hacía alusión a la admisión de regalos, para prohibirla y castigarla, en los artículos 456 a 462⁹⁶, haciendo extensiva dicha prohibición, incluso, a los regalos que llama de tabla o costumbre⁹⁷.

Tanto el regalo como la dádiva pueden ser considerados como conceptos jurídicos indeterminados, ya que su aplicación no está definida ni determinada por ninguna norma, dependiendo de la discrecionalidad del juzgador. Poco se

⁹⁴ «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos dice. Pero la palabra empleado se aplica en el uso común a muchas menos personas a que las prohibiciones del título alcanzan: Empleados se llaman generalmente a los funcionarios del orden civil que deben su nombramiento al Gobierno y que bajo sus órdenes sirven en la Administración pública. A un cate-drático no se da por todos ya esta denominación; a un notario, menos; a un alcalde, a un concejal, a un diputado provincial, a un militar y a un eclesiástico, jamás. Sin embargo, todos pueden ejercer y de ordinario muchos de ellos ejercen funciones públicas de que pueden abusar, y a todos com-prenden las incriminaciones en el título establecido...» (GROIZARD, *El Código Penal de 1870...* cit., p. 75).

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Artículo 456: «El juez de hecho o de derecho, o árbitro, o cualquiera otro funcionario público, que por sí o por su familia, o por interpuesta persona, admita a sabiendas, o se convenga en admitir algún soborno, cohecho o regalo, y en su consecuencia haga alguna cosa contraria a su obligación, o deje de hacer alguna a que esté obligado...». Artículo 457: «Cualquiera de las perso-nas expresadas, que por sí o por su familia, o por interpuesta persona, admita a sabiendas, o se convenga en admitir algún soborno o regalo para hacer cosa contraria a su obligación, o dejar de hacer alguna a que esté obligada, aunque no llegue a hacer la una, o a dejar de hacer la otra...». Art 458: «Cualquiera de dichas personas, que del mismo modo admita o se convenga en admitir, además de su legítimo salario, algún regalo para hacer un acto de su oficio o cargo, aunque sea justo, o para dejar de hacer uno que no deba ejecutar...». Artículo 459: «Los jueces de hecho o de derecho, o cualesquiera otros funcionarios públicos que ejerzan alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, y los demás empleados con sueldo por el Gobierno, en el caso de que admitan regalo, de cualquiera clase que sea, de subalterno suyo, o de alguno que tenga pleito, causa o negocio oficial ante ellos, o de otros que hagan el regalo en consideración de estas personas [...] Iguales penas sufrirán si resultare haber admitido algún regalo que se les haya hecho en consideración al pleito, causa o negocio oficial antes o después de este». Los artículos 460 y 461 establecen las penas aplicables a los sobornantes.

⁹⁷ Artículo 462: «Aun fuera de los casos expresados en el artículo 459, los funcionarios que comprende no podrán recibir ni admitir regalo alguno de los que se han llamado de tabla o de costumbre...».

aclara tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁹⁸ sobre el concepto de regalo, siendo ambas coincidentes en la indefinición, quedando dicha consideración, como se ha dicho, a la libertad de criterio del juzgador.

Y respecto al tercero de los elementos que han de concurrir siempre en el cohecho («que la dádiva haya sido hecha, o los ofrecimientos admitidos, para ejecutar un acto injusto o para dejar de practicar un acto debido en el ejercicio de su cargo») habría que insistir –como hace Groizard– en que el acto relacionado con la dádiva o promesa ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el sobornado. Porque si es extraño a su oficio, si no está relacionado con las atribuciones que las leyes confieren al funcionario y no es propio de su competencia, podrá dar lugar a un delito común (constituir una estafa o un hurto, por ejemplo), pero no al cohecho. El derecho protegido es solo el interés que tiene el Estado de que todos sus agentes, en su esfera propia, cumplan con los deberes de su respectivo cargo. Por eso –concluye el autor– la nota característica del delito que tratamos, resulta del tráfico de los actos que constituyen el ejercicio de las públicas funciones⁹⁹.

También Pacheco insiste en este tercer elemento para resaltar que la ley no ha prohibido de un modo absoluto el admitir regalos a todo empleado; solo les prohíbe admitirlos cuando se le ofrecen en consideración a su oficio. Pero el problema surge, en la práctica, a la hora de determinar si el regalo se ha hecho por consideraciones personales o, por el contrario, se hace atendiendo al oficio. Por esta razón, la aplicación de esta disposición no será fácil en todos los casos¹⁰⁰.

Las dificultades con las que nos tropezamos al tratar de buscar una definición en la que encajen todas las formas de cohecho son grandes. Los tratadistas, como hemos visto, se limitan a describirlo, dando sus rasgos característicos. Ya en 1925, a partir de los elementos presentes en todas las formas de cohecho, Vicente Tejera va a ofrecer una minuciosa definición de este delito. Al referirse a esos elementos constantes señalaba que el agente esencial es el funcionario público; la acción esencial es el no cumplimiento de un deber, legal o no, pero sí oficial; el nexo que une, como motivo, esos dos elementos, es la esperanza realizada o no de una ventaja de cualquier clase. A partir de ahí definía el cohecho con las siguientes palabras: «el ofrecimiento, exigencia o aceptación de dádivas, o promesas de ventajas, influencias o halagos de toda clase ya sean personales o para seres a quienes se desee servir, que medien entre particulares y funcionarios públicos o asalariados, o entre funcionarios públicos o asalariados entre sí, en contemplación de beneficios de cualquier orden

⁹⁸ No son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre la naturaleza de la dádiva o promesa. Puede traerse aquí, como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1881 (citada por AOULAD, *Reformas en el delito de cohecho...* cit., p. 31), en la que se acepta como dádiva la invitación de un preso a un funcionarios de prisiones a tomar unas copas y pasar la noche en compañía de mujeres de pago. En dicha sentencia se manifiesta que las invitaciones realizadas por el preso tienen como finalidad que se abstenga de realizar en el futuro actos propios del cargo, y por tanto relevantes de cara al concepto típico de la dádiva.

⁹⁹ GROIZARD, *El Código Penal de 1870...* cit., p. 242.

¹⁰⁰ PACHECO, *El Código Penal...* cit., p. 929.

para los que de esta suerte se han conducido, ya sean estos beneficios contrarios a la ley o no, pero guardando siempre relación con los deberes de los funcionarios o asalariados ¹⁰¹».

Podemos terminar este apartado con otras dos definiciones enunciadas ya en la segunda mitad del siglo XX –más actuales, por tanto–, y veremos que las coincidencias son enormes. La primera es de 1949 y se incluye en un Manual de penalistas de reconocido prestigio, que definían este delito como «el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio ¹⁰²». Es una definición bastante precisa, pero algo escueta, pues omite toda referencia al particular y se limita a la aceptación de una retribución ofrecida sin prever la hipótesis en que el funcionario tome la iniciativa y solicite dicho beneficio ¹⁰³.

Treinta años después, en 1978, ofreciendo un concepto más amplio, preciso y actual –al poner el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo por parte del funcionario público–, Casas Barquero definía el cohecho como «la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del ejercicio del cargo ¹⁰⁴».

VI. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS IMPLICADOS EN EL COHECHO

Ya hicimos referencia anteriormente a que el delito de cohecho era considerado muy grave en la doctrina decimonónica. Gravedad que justifica, en opinión de los autores, la dureza que la ley muestra «con los que caen en estas culpas tan fatales y vergonzosas ¹⁰⁵». Es una penalidad severa que está más que justificada en opinión de Pacheco: «... el género de delitos que con ella se castiga no es poco digno de reprobación y de severidad. En una época sobre todo, tan corrompida como la que alcanzamos en estos instantes, nada es demasiado,

¹⁰¹ VICENTE TEJERA, *El cohecho...* cit., p. 30.

¹⁰² ANTÓN ONECA, J.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.; JASO ROLDÁN, T., y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, Parte especial*, t. II, Madrid, 1949, p. 214.

¹⁰³ Así lo indica SERRANO ROMO, *Delito de cohecho...* cit., p. 26.

¹⁰⁴ CASAS BARQUERO, *Observaciones...* cit., p. 200.

¹⁰⁵ Son las palabras con las que Pacheco cierra la siguiente reflexión: «1. No hay legislación alguna que no sea dura con el cohecho. No es posible que la haya. Si un juez o empleado de cualquier clase, que cede a pasiones malévolas es ciertamente criminal, el que cede al soborno es, a más de criminal, infame ante la conciencia pública. La admisión del dinero lleva consigo cierta cosa de bajo y despreciable, cuando se mezcla con los deberes, que no tienen, o difícilmente tienen las demás prevaricaciones./ 2. Justo es, pues, que se haya escrito un capítulo sobre el cohecho: justo, que la ley se muestre dura con los que caen en estas cuitas tan fatales y vergonzosas» (PACHECO, *El Código Penal...* cit., p. 928).

siendo justo, en faltas de esta naturaleza. Dejen de ser empleados, dejen de ser jueces, los que no tuvieren la probidad necesaria ¹⁰⁶».

Las penas aplicadas al cohecho son, como en la prevaricación, la inhabilitación y la multa, aparte de otras que puedan corresponderle cuando con el cohecho se hubiese cometido un abuso de cualquier especie. En este punto afirma Pacheco que la pena del cohecho y la del abuso no se excluyen ni sustituyen recíprocamente, sino que se acumulan y adicionan ¹⁰⁷. El Código de 1848 distinguía tres casos diferentes, con sus penas correspondientes, en sus artículos 305 y 306 ¹⁰⁸: 1.º el de la admisión de regalos sin objeto determinado ostensible ¹⁰⁹; 2.º el de la admisión de los mismos regalos para hacer lo que se debía o podía hacer ¹¹⁰; y 3.º el de igual admisión para cometer un delito ¹¹¹.

El Código de 1870, al fijar la responsabilidad de los reos, solo distingue entre los actos oficiales realizados por dádivas o promesas que constituyen delito y aquellos otros que son meramente *injustos*, sin llegar a constituirlo. Groizard muestra su disconformidad en este punto, afirmando que por ejecutar *lo justo* los empleados no deben recibir dinero. No debe serles lícito recibir dádivas ni aceptar promesas para desempeñar sus deberes. «Justo o injusto, lo que decidan o consulten, si obran obedeciendo a estímulos de lucro, deben ser castigados. La justicia podrá exigir que la pena sea disminuida en este caso, pero no que desaparezca ¹¹²».

Los artículos 396 y 397 del Código de 1870 se encargan de fijar las penas en estos supuestos. Son cuatro las situaciones jurídicas apreciadas en ellos, indicándose la que corresponde a cada caso: 1.ª Que el acto objeto de la dádiva o promesa sea un acto constitutivo de delito y que éste sea ejecutado; 2.ª Que no sea ejecutado el delito para cuya realización se entrega la dádiva u ofrece la promesa; 3.º Que no sea el acto requerido constitutivo de delito, sino solamente injusto y que ese acto sea ejecutado por el empleado; y 4.º Que el acto injusto no llegue a ser practicado por el funcionario ¹¹³. El criterio general que utiliza el

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 429.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Que pasaron a ser el 314 y 315 en el Código de 1850.

¹⁰⁹ La pena del empleado en este primer caso era la reprensión pública, y si hubiera reincidencia, inhabilitación especial temporal.

¹¹⁰ En este segundo caso la pena prevista es la inhabilitación especial temporal, y multa de la mitad al tanto de la promesa o dádiva aceptada.

¹¹¹ Para este tercer caso, si el delito es de los expresados en el mismo Título (el de los delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos), la pena prevista es la inhabilitación absoluta perpetua; si es de los comprendidos en el artículo 304, inhabilitación especial temporal. Y en ambos casos la misma multa.

¹¹² GROIZARD, *El Código Penal de 1870...* cit., pp. 242-243.

¹¹³ Artículo 396: «El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimientos o promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito, será castigado con las penas de presidio correccional en su grado mínimo al medio y multa del tanto al triple del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por la dádiva o promesa, si lo hubiere ejecutado». Artículo 397: «El funcionario público que recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de presidio correccional en su grado mínimo

legislador consiste en que cuando el empleado practica el acto injusto la pena aumenta y cuando no lo lleva a cabo disminuye. Este criterio, sin embargo, no se cumple en el caso en que la dádiva tiene por objeto que el funcionario se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo ¹¹⁴. Groizard se pregunta por qué si cuando el empleado practica el acto injusto la pena aumenta, no lo hace también cuando la omisión se realiza y queda sin practicar el acto que debía realizar el funcionario ¹¹⁵.

Vemos que para la consumación del cohecho ya no es necesario, como en el Código de 1848, que el funcionario realice el acto constitutivo de delito perseguido por la dádiva; basta que reciba por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o acepte ofrecimiento o promesa con la intención de realizar tal acto. En el Código anterior, por el contrario, para que el delito de cohecho quedara consumado se exigía que el empleado público realizase acto lícito o ilícito perseguido por la dádiva o promesa, y omitiese el acto debido.

Todo el cuadro de penas prescrito por el legislador se hace extensible a los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos y a toda persona que desempeñe un servicio público, porque todos ellos, en momentos dados y en asuntos concretos, realizan funciones públicas ¹¹⁶.

La realización por parte de los funcionarios de actos justos cediendo a estímulos de lucro no era punible en virtud de los términos en que estaban redactados los artículos 396 y 397 del Código Penal de 1870; sin embargo, la mayor parte de estos casos no quedarían sin castigo en virtud de lo establecido en el artículo 401, que incrimina el mero hecho de que el funcionario acepte regalos que le fueran presentados en consideración a su oficio ¹¹⁷.

En cuanto a las penas previstas para el sobornante, el Código de 1848 le imponía las correspondientes en los casos respectivos a los cómplices (porque se entendía que el delito cometido por él era menor que el del sobornado ¹¹⁸), excepto la de inhabilitación y suspensión, ya que estas penas se imponen únicamente a los empleados públicos y por delitos cometidos en el ejercicio de sus

a medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva; si el acto injusto no llegare a ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor en su grado máximo a presidio correccional en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva». El artículo 400 impondrá a los reos de cohecho, además, la pena de inhabilitación especial temporal («Las personas responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, incurrirán además de las penas en ellos impuestas, en la de inhabilitación especial temporal»).

¹¹⁴ Artículo 398: «Cuando la dádiva recibida o prometida tuviere por objeto abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo, las penas serán las de arresto mayor en su grado medio al máximo y multa del tanto al triplo del valor de aquella».

¹¹⁵ GROIZARD, *El Código Penal de 1870...* cit., p. 244.

¹¹⁶ Así se había establecido en el artículo 305 del Código del 48, y se repite después en el artículo 399 del Código de 1870.

¹¹⁷ Artículo 401: «El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, será castigado con la suspensión en sus grados mínimo a medio y reprensión pública».

¹¹⁸ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Penal...* cit., p. 316.

funciones. En cambio, el de 1870 le impone las mismas penas que a los empleados sobornados (menos la de inhabilitación ¹¹⁹).

Para el caso en que el delito previsto no llegara a consumarse porque la dádiva o regalo fuera rechazada por el funcionario, la responsabilidad solo afectará al que intenta en vano obligarlo a faltar a sus deberes. El castigo sería la pena propia de la tentativa y, en algún caso –afirma Groizard–, quizás la del delito frustrado ¹²⁰.

Como novedad en este punto, el Código Penal de 1928 –y también el del 44 ¹²¹– establecía que era suficiente con que el particular intentara corromper a un funcionario con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, para que el delito quede consumado, si bien quedaría aquél exento de pena cuando el soborno fuera aceptado por el funcionario, aunque éste no haya percibido todavía la dádiva o no se haya cumplido la promesa (párrafos 1.º y 2.º del art. 473).

El legislador recoge como atenuante el soborno realizado por un familiar. En concreto, se trata del supuesto particular en que el sobornante está unido por lazos familiares (cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados) con el funcionario. En este caso, «teniendo en cuenta la ley –nos dirá Gómez de la Serna– que las relaciones de afecto y los vínculos que unen a las familias pueden atenuar, o por lo menos hacer algo disculpable este delito, si se comete con el objeto de libertar a una persona de las duras consecuencias de un procedimiento criminal ¹²²», solo se impondrá una multa equivalente al valor de la dádiva o promesa ¹²³.

¹¹⁹ Artículo 307, párr. 1.º del Código Penal de 1848 y artículo 402 del de 1870.

¹²⁰ GROIZARD, *El Código Penal de 1870...* cit., p. 251.

¹²¹ También se establecía así en el Código de 1944, a diferencia del anterior, ya que el de 1932 –que supuso una vuelta al de 1870– exigía para la consumación que el particular «corrompiese» al funcionario público, pudiendo castigarse por tentativa el mero intento de corrupción (art. 396).

¹²² GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Penal...* cit., p. 316. En el mismo sentido se expresa VICENTE y Caravantes, *Código Penal reformado...* cit., p. 370. También Castro y Orozco es de esta opinión: «La mayor severidad de la ley en el delito de cohecho contra el sobornado que contra el sobornante se recomienda por los principios de una justicia desapasionada y recta: su indulgencia con los parientes del acusado en el soborno cometido a su favor la legítima la justicia y la aplaude la naturaleza...» (VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal...* cit., p. 296).

¹²³ Artículo 307, párr. 2.º del Código Penal de 1848 y artículo 403 del de 1870. Groizard explica en qué se basa la ley para incluir esta excepción: «... está fundada en la justa apreciación de los poderosos estímulos que los lazos de parentesco producen entre los miembros de una misma familia. La ley no puede permanecer impasible ante esta clase de sentimientos propios de la naturaleza humana. Los padres, los hijos, los cónyuges, los hermanos que ven procesadas a personas con ellos tan íntimamente unidas, no es extraño que procuren por todos los medios facilitar su absolución o disminuir sus responsabilidades. La ley penal no debe sin embargo, declarar que les sea permitido el uso de ningún procedimiento ilícito; como por ejemplo el soborno. Pero no puede tampoco desconocerse, que si a tal extremo llegan, que su responsabilidad no debe ser la misma, si no mucho más disminuida que la que alcanzaría a cualquiera persona que se encontrase en aquellas condiciones. La multa que la ley señala, es bastante para anatematizar el delito y justificar la atenuación de sus circunstancias» (*Ibid.* p. 252).

Finalmente se establece que en todo caso las dádivas o presentes serán decomisadas ¹²⁴. Con ello se evita –nos dice Gómez de la Serna– que el sobornante, después de haber cometido este delito, pudiera reclamar la devolución de lo que había entregado cuando viere que no sacaba ninguna utilidad ¹²⁵.

Aunque el soborno puede ser resultado de ofrecimientos o promesas aceptadas, la doctrina es unánime en entender que a ellas no les afecta lo establecido por esta disposición ya que el comiso solo puede tener lugar sobre cosas materiales que hayan entrado en poder del sobornado. Ante la conveniencia de igualar en lo posible las condiciones jurídicas de los sobornos que son efecto de dádivas y presentes y de los que lo son de promesas y ofrecimientos, Groizard se muestra partidario de que se hubiera hecho una adición en la ley: cuando el cohecho fuera consumado por medio de promesas y ofrecimientos, además de la pena ordinaria del delito, se impondría al culpable una multa equivalente al importe de la promesa o del ofrecimiento ¹²⁶.

A partir del Código Penal de 1928, se extiende el castigo a los casos en que «la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público (párrafos 4.º y 5.º del art. 473), conducta que a partir del Código Penal de 1944 quedará reflejada en los tipos con el verbo «solicitar». Y a partir del Código del 28 se incluye la obligación del funcionario que reciba una propuesta de corrupción de denunciar el hecho si no quiere ser castigado como encubridor del delito realizado por quien trate de corromperle. Cuando la iniciativa de tales propuestas corruptoras parta del funcionario, según el Código de 1928, el castigo solo alcanzará a éste y no a las personas a quienes se dirigió la proposición, aunque ésta haya sido aceptada y ejecutada en todo o en parte, estando obligadas también las personas objeto de tales propuestas a denunciar el hecho ¹²⁷. En este punto, el Código del 44 introducía como novedad el castigo de la aceptación por el particular de las solicitudes llevadas a cabo por el funcionario.

Igualmente, en el Código Penal de 1944, junto a la aceptación de ofrecimientos o promesas y la recepción de dádivas o presentes, se castiga la simple solicitud ¹²⁸. Se produce así un adelantamiento del castigo del cohecho cometido por el funcionario al momento en que éste solicita la dádiva o presente, adelantamiento que supone una consolidación de lo ya previsto en el Código de 1928. Por otro lado, la admisión de regalos por parte del funcionario no solo se castiga

¹²⁴ Artículo 308, párr. 1.º del Código Penal de 1848 y artículo 404 del de 1870. Sobre este comiso «y cualquier otro que pueda haber por consecuencia de la aplicación de algunos artículos del Código –aclara Castro y Orozco–, parece que debe estar sujeto al mismo sistema de recaudación e inversión que rige respecto de las multas que se imponen por los jueces y tribunales ordinarios» (CASTRO Y OROZCO Y ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal explicado...* cit., pp. 254-255.)

¹²⁵ GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Penal...* cit., p. 317.

¹²⁶ GROIZARD, *El Código Penal de 1870...* cit., p. 256.

¹²⁷ «Al jefe del funcionario de que se trate [...] o al juez de instrucción o funcionario del Ministerio fiscal más próximo [...], si no quieren incurrir en las penas correspondientes a los encubridores del delito realizado por el funcionario público» (párrafos 4.º y 6.º del art. 473).

¹²⁸ Artículos 385, 386 y 387.

cuando son presentados en consideración a su oficio, sino también cuando son presentados «para la consecución un acto justo que no deba ser retribuido ¹²⁹».

VII. EPÍLOGO

A lo largo de estas páginas se ha venido resaltando cómo la regulación actual del delito de cohecho es deudora en gran medida de la labor y de las opiniones de los juristas decimonónicos, plasmadas en los códigos penales que precedieron al actual, así como en discursos políticos, debates doctrinales, y en la prensa periódica del siglo XIX y principios del XX.

También se ha puesto de manifiesto, igualmente, que a pesar de la frecuencia y persistencia en todas las épocas de conductas delictivas de empleados públicos que se dejan corromper con regalos ofrecidos por particulares, esa apariencia de «normalidad» no las exime de gravedad. Así lo pusieron de manifiesto, según hemos comprobado, los juristas del XIX y es que, realmente, este delito siempre tuvo la consideración por parte de la jurisprudencia de crimen atroz y gravísimo. Las razones en las que la doctrina decimonónica fundamenta esa gravedad son diversas. En primer lugar se considera muy grave que quienes son considerados como «modelos» para la sociedad falten «a las leyes del honor y probidad» y «trafiquen con su conciencia» al dejarse corromper por dinero o regalos, siendo precisamente ellos quienes tienen encomendado cuidar de su observancia. Igualmente grave se considera la quiebra de la confianza de los ciudadanos en la Administración pública, así como el daño que provoca en la sociedad, pues se instala en la conciencia de todos la idea de que es necesario gratificar a los funcionarios o empleados que el Estado paga para que presten gratuitamente los servicios públicos. La gravedad del delito radica también en un elemento esencial de todos los delitos contra la Administración pública, como es faltar a los deberes que a un empleado público le impone su cargo y, con ello, la desobediencia al poder público, asentándose en la doctrina el criterio de que los delitos de funcionarios suponen conductas contrarias al deber de servicio, que les impone el deber de colaborar en la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas.

Estas causas o razones en las que los juristas decimonónicos fundamentan la gravedad del delito de cohecho vienen a coincidir en gran medida –y sorprendentemente– con las que la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas señalan a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido en la regulación actual de este delito. Así lo vemos en las disquisiciones y debates doctrinales sobre esta cuestión, donde aparecen siempre elementos recurrentes como el buen funcionamiento de la Administración pública, la frustración de las expectativas de los ciudadanos, que esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, el quebrantamiento

¹²⁹ Artículo 390 del Código Penal de 1944. Esta adición tiene su antecedente más claro en el artículo 469, párrafo 3.º, del Código Penal de 1928.

de la confianza depositada en el funcionario, el interés en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción (evitando que ejerciten sus funciones en atención a las recompensas solicitadas, entregadas u ofrecidas), la honradez e integridad en el ejercicio de las funciones públicas, etc. En términos muy parecidos se expresan muchas de las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre esta materia en la actualidad, recordándonos en bastantes ocasiones con sus palabras a las utilizadas casi dos siglos antes por los autores del XIX.

Hasta la aparición del Código Penal de 1848, la utilización en cualquier ámbito –incluida la legislación, la doctrina y la jurisprudencia– del término «cohecho» no se hacía de forma pacífica. De manera habitual para hacer referencia a este delito propio de los empleados públicos se utilizaban indistintamente voces como *baratería*, *cohecho*, *soborno*, *venalidad*, *corrupción*, *conculsión*, *colusión*, etc, y por supuesto *prevaricación*, constatándose así una falta de claridad, uniformidad y precisión en la terminología.

En relación al binomio cohecho-baratería, parece que fue Castillo de Bobadilla, a finales del XVI, quien comenzó a utilizar el término cohecho como equivalente castellano del latino *repetundae* (o corruptela), dotándole de un significado propio y distinto de la baratería. La diferencia así establecida por Castillo de Bovadilla fue muy exitosa en la jurisprudencia castellana, que con pocas excepciones acogió su conceptualización, al menos hasta el siglo XVIII. Efectivamente, hasta la aparición del Código Penal de 1848 los autores se empeñan en señalar a la baratería como un delito muy próximo al cohecho pero no coincidente, presentándolos como dos figuras delictivas distintas. Realmente, en ningún código penal llegó a recogerse un delito especial de baratería, distinto del cohecho. Pero es a partir del Código de 1848 cuando el término baratería desaparece definitivamente al ofrecer un concepto amplio de cohecho que viene a incluir también lo que tradicionalmente se entendía por tal.

También resulta evidente la cercanía entre el cohecho y la prevaricación. Los autores, conscientes de la proximidad de ambas figuras delictivas, se esmeran en destacar las diferencias entre ellas. Una primera vendría dada por la no coincidencia en uno de los elementos esenciales que concurren en ambos delitos: los empleados públicos. Así, la prevaricación solo puede ser cometida por los tribunales y sus subalternos, y por las dependencias administrativas del gobierno; el cohecho, en cambio, lo pueden cometer todos los que ejercen algún destino público, porque todos los empleados públicos, de cualquier clase, pueden dejarse sobornar. Una segunda diferencia viene dada porque solo en el cohecho tiene lugar la admisión por parte del empleado público de dádivas o promesas de algunas de las partes interesadas. En tercer lugar, también los diferencia la circunstancia de que el cohecho nunca puede cometerse por una sola persona, necesita –a diferencia de la prevaricación– la concurrencia al menos de dos delincuentes. Y como cuarta diferencia, habría que destacar que la prevaricación supone siempre hechos injustos, mientras que el cohecho se comete también practicando actos lícitos y justos, con tal que para la dirección o resolución de un negocio haya mediado alguna dádiva o promesa y

la aceptación por el juez o funcionario, aunque la providencia que haya recaído sea justa. Ello es así porque lo que constituye este delito es el tráfico de las funciones públicas.

Fue el Código Penal de 1848 el que realmente marcó el inicio de la regulación del cohecho, la cual, a través de los sucesivos códigos penales españoles, desembocaría como se ha dicho en la tipificación penal actual de este delito. Como elementos comunes y característicos del cohecho encontramos los siguientes: 1.º Que el culpable tenga la cualidad de funcionario público. 2.º Que haya recibido dádivas o presentes o aceptado ofrecimiento o promesa. 3.º Que la dádiva haya sido hecha, o los ofrecimientos admitidos, para ejecutar un acto injusto o para dejar de practicar un acto debido en el ejercicio de su cargo. Cuando estas tres circunstancias se reúnen, siempre existe el delito de cohecho.

En relación al primero de los elementos citados, hay que señalar que el Código Penal de 1848 sustituyó el término «funcionario público» utilizado en el Código Penal de 1822 por «empleado público», que se mantendría hasta 1944, entendiendo los autores que el Código recoge un concepto amplio de este término. Además, también como novedad, incluye una definición de lo que se debe entender por empleado público a efectos penales.

En cuanto al segundo elemento, tanto el regalo como la dádiva pueden ser considerados como conceptos jurídicos indeterminados, ya que su aplicación no está definida ni determinada por ninguna norma, dependiendo de la discrecionalidad del juzgador. Poco se aclara tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre el concepto de regalo, siendo ambas coincidentes en la indefinición, quedando dicha consideración a la libertad de criterio del juzgador.

Y en relación al tercer elemento, hay que tener en cuenta que el acto relacionado con la dádiva o promesa ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el sobornado. Porque si es extraño a su oficio, si no está relacionado con las atribuciones que las leyes confieren al funcionario y no es propio de su competencia, podrá dar lugar a un delito común (constituir una estafa o un hurto, por ejemplo), pero no al cohecho. El derecho protegido es solo el interés que tiene el Estado de que todos sus agentes, en su esfera propia, cumplan con los deberes de su respectivo cargo. Evidentemente, el problema surge, en la práctica, a la hora de determinar si el regalo se ha hecho por consideraciones personales o, por el contrario, se hace atendiendo al oficio. Por esta razón, la aplicación de esta disposición no será fácil en todos los casos.

Si nos es posible identificar los elementos que deben concurrir para que una conducta delictiva pueda ser calificada de cohecho, nos tropezamos con grandes dificultades al tratar de buscar una definición en la que encajen todas las formas de cohecho. Los tratadistas se limitan a describirlo, dando sus rasgos característicos y, al mismo tiempo, justifican la dureza de las penas establecidas por el legislador para castigarlo, sobre todo, por la gravedad del delito, aunque también entran en juego otras razones, como las que refiere Pacheco: «...en una época sobre todo, tan corrompida como la que alcanzamos en estos instantes, nada es demasiado, siendo justo, en faltas de esta naturaleza» y «la admisión

del dinero lleva consigo cierta cosa de bajo y despreciable, cuando se mezcla con los deberes...».

El Código de 1870 distingue en relación a este delito cuatro situaciones jurídicas diferentes, indicándose las penas que corresponden a cada una de ellas: 1.^a Que el acto objeto de la dádiva o promesa sea un acto constitutivo de delito y que éste sea ejecutado; 2.^a Que no sea ejecutado el delito para cuya realización se entrega la dádiva u ofrece la promesa; 3.^o Que no sea el acto requerido constitutivo de delito, sino solamente injusto y que ese acto sea ejecutado por el empleado; y 4.^o Que el acto injusto no llegue a ser practicado por el funcionario.

En cuanto a las penas previstas para el sobornante, mientras que el Código de 1848 le imponía las correspondientes en los casos respectivos a los cómplices, porque se entendía que el delito cometido por él era menor que el del sobornado, excepto la de inhabilitación y suspensión –ya que estas penas se imponen únicamente a los empleados públicos y por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones–, en cambio el de 1870 le impone las mismas penas que a los empleados sobornados (menos la de inhabilitación). En este Código –no así en el anterior– el legislador recoge como atenuante el soborno realizado por un familiar. En concreto, se trata del supuesto particular en que el sobornante está unido por lazos familiares (cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados) con el funcionario.

A partir del Código Penal de 1928, se extiende el castigo a los casos en que la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público, conducta que a partir del Código Penal de 1944 quedará reflejada en los tipos con el verbo «solicitar».

Independientemente de estas cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal de los que incurrir en el delito de cohecho, el problema surge, habitualmente, a la hora de poner en práctica las penas establecidas en la ley. Porque, como decíamos a comienzos de este trabajo, estamos ante una figura delictiva en la que rara vez se castiga, de hecho, a los que incurrir en ella. Esto es una realidad que se comprueba lo mismo en los tiempos que corren que en el siglo XIX. Las siguientes palabras, con las que cerramos estas reflexiones, fueron escritas en 1870 por José González Serrano, pero resulta indudable su actualidad:

«Por desgracia éste es un delito [el cohecho] que, aunque común en los tiempos azarosos que corremos, pocas veces penado. Su correctivo, más que en las leyes, debe buscarse en la opinión pública. Por esos mundos andan mil concusionarios que hacen hasta gala de sus estafas, o por lo menos las ostentan, y la opinión está tan pervertida que ninguno se niega a dar la mano a semejantes malvados. El Código penal no será el que ponga cota a tantas demasías. El siglo actual está metalizado; y mientras el principio moral no sea la base de las acciones humanas, las leyes serán impotentes y estarán escritas en los Códigos; pero quedarán sin uso¹³⁰».

¹³⁰ GONZÁLEZ SERRANO, J., *Apéndice a los comentarios del Código Penal de D. Joaquín Francisco Pacheco...* 2.^a ed, Madrid, 1876, p. 267.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.; JASO ROLDÁN, T., y RODRÍGUEZ DEVE-SA, J. M., *Derecho penal, Parte especial*, t. II, Madrid, 1949.
- AOULAD B. S. LUCENA, A. J., *Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. El regalo, adecuación social y límites de la ley de transparencia*, Madrid, Dykinson, 2018.
- ARRAZOLA, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Tomo IX, Madrid, 1856.
- AURIOLES MONTERO, I., *Instituciones del Derecho Penal de España, escritas con arreglo al nuevo código*, Madrid, 1849.
- BIEC, J. M., y VICENTE Y CARAVANTES, J., *Suplemento al Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Don Joaquín Escriche*, Madrid y Santiago, Granada, Lima, 1851.
- BRAVO LIRA, B., «La fortuna del Código Penal español de 1848», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 74, 2004, pp. 23-57.
- BUENAVENTURA, N., *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870.
- CASABÓ RUÍZ, J. R., *El Código Penal de 1822*, Tesis doctoral, Valencia, 1968.
- CASAS BARQUERO, E., «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español», *Documentación Jurídica*, julio-septiembre 1978.
- CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra [...]*. Amberes, 1704, edición facs., con «Estudio Preliminar» por González Alonso, B. Madrid, IEAL, 1978.
- CÓDIGO PENAL. *Comentado y anotado por un abogado del Ilustre colegio de Madrid*, Madrid, 1867.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, Ediciones Bosch, 1980.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Corrupción y delitos contra la Administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español», en *Revista de Derecho* (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Nicaragua), núm. 7, 2004.
- ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Segunda edición, corregida y aumentada*, Madrid, 1838.
- GALILEA, A., *Examen filosófico-legal de los delitos*, Tomo II, Madrid, 1846.
- GARRIGA, C., «*Crimen corruptionis*. Justicia y corrupción en la cultura del *ius commune* (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)», en *Revista Complutense de Historia de América*, 43, 2017, pp. 21-48.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho Penal de España, arreglados al nuevo código*, Madrid, 1849.
- GONZÁLEZ SERRANO, J., *Apéndice a los comentarios del Código Penal de D. Joaquín Francisco Pacheco...* 2.^a ed, Madrid, 1876.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, Madrid, 1870.
- IÑESTA PASTOR, E., *El Código penal español de 1848*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- MARCOS GUTIÉRREZ, J., *Práctica criminal de España*, 5.^a ed., Madrid, 1828,.

- MATA BARRANCO, N. J. de la, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004.
- «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 17, 2006.
- MUÑOZ LLINÁS, J. M., *La función pública en España (1827-2007)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Madrid, 2000.
- RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2000.
- ROCA ROCA, E., «La burocracia española del siglo XIX en Míau», en *Congresos Internacionales de estudios galdosianos*, núm. 6, 1997, pp. 998-1018.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, Aranzadi, 1999.
- SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios públicos*, Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 1985.
- SERRANO ROMO, A. A., *Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado*. Tesis Doctoral leída en la Universidad de Sevilla, Curso 2016/2017.
- TEJERA Y GARCÍA, D. V., «El cohecho». *Memoria leída por el fiscal de la Audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los tribunales el día 1.º de septiembre de 1924*, Matanzas, 1925.
- TIEDEMANN, K., «Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VI, 1981-1982, Santiago de Compostela.
- TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, Messina, 2008.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, Edersa, 1996.
- VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código Penal reformado; comentado novísimamente...*, Madrid, y Santiago, 1851.
- VILANOVA Y MAÑES, S., *Materia criminal forense, o Tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delincuentes en género y especie...*, Tomo Tercero, París, 1827.
- VIZMANOS, T. M de, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1948.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la administración pública: Estudio crítico del delito de Cohecho*, Granada, 2003.

M.^a JOSÉ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA
 Universidad Pablo de Olavide. España
<https://orcid.org/0000-0003-3317-0463>