

EL DELITO DE ADMISIÓN DE BENEFICIOS EN
CONSIDERACIÓN AL CARGO Y LA PREVENCIÓN DE LA
CORRUPCIÓN PÚBLICA EN BOLIVIA

THE CRIME OF ACCEPTANCE OF BENEFITS AND THE
PREVENTION OF PUBLIC CORRUPTION IN BOLIVIA

Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 120-143



Fernando
VÁZQUEZ-
PORTOMEÑE
SEIJAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: Una de las disposiciones del Código penal boliviano modificadas por la Ley de 31 de marzo de 2010 (“Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas ‘Marcelo Quiroga Santa Cruz’”) es la contenida en su artículo 147, relativo a la admisión de beneficios en consideración al cargo. Esta clase de figuras delictivas suscita un gran interés político-criminal, por su implicación con la teoría de la adecuación social y, también, porque expresan la tensión existente entre la preocupación por tratar de erradicar la corrupción y la necesidad de preservar los principios garantistas de la intervención penal. El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la función que puede desempeñar el artículo 147 con vistas a prevenir uno de los efectos más indeseables de la corrupción pública: la ruptura de la igualdad de oportunidades.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, corrupción pública, transparencia, Bolivia, regalos.

ABSTRACT: Law of 31 March 2010 (“Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas ‘Marcelo Quiroga Santa Cruz’”) introduced stronger penalties for certain offences involving public corruption, affecting among others the figure described in art. 147 of the Bolivian Penal Law (acceptance of benefits). This paper tries to make an attempt to examine the linkage between gift giving and corruption, containing ideas regarding the role of the prohibition to accept gratuities in order to guarantee all citizens equal access to public services.

KEY WORDS: Penal Law, public corruption, transparency, Bolivia, bribery.

SUMARIO.- I. Consideraciones previas.- II. Breve referencia a la situación legal de la aceptación o admisión de beneficios o regalos en consideración al cargo en los códigos penales latinoamericanos.- III. Función y bien jurídico del delito de admisión de beneficios.- 1. Instrumento de garantía de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas.- 2. Medida de mejora de la imagen de la Administración Pública y de sus niveles de credibilidad y legitimidad institucionales.- 3. Norma de contención del peligro abstracto de corrupción de los funcionarios.- IV. Recapitulación y toma de postura: Delito de peligro concreto (para la función pública) basado en el establecimiento de una conexión corrupta.- V. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Desde hace años viene alertándose sobre los graves efectos de la corrupción en Bolivia, evidenciados, entre otros, por los indicadores (IPC y BGC) publicados por Transparencia Internacional, las encuestas sobre competitividad global del World Economic Forum y diversos análisis económicos sobre el importe de los daños por corrupción, calculados tanto en términos absolutos como porcentuales de inversión pública¹.

Además de en los diversos pactos y convenciones de alcance multilateral o general de los que el país es parte², la enorme sensibilidad social, política y mediática existente al respecto se pone de manifiesto en las iniciativas puestas en marcha por los sucesivos gobiernos, entre ellas el Programa Integral Anticorrupción (2004) -con implicación del Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Unidad de Inteligencia Financiera, el VMTLCC y la Policía Nacional- y la Ley de 31 de marzo de 2010 ("Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e

1 Vid., por ejemplo, CAMPERO NÚÑEZ DEL PRADO, J. C.: "El combate contra la corrupción como base de la reforma de la administración pública", en AA.VV.: *Actas del VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lisboa (2002): CLAD, pp. 1 y ss.; ÁLVAREZ TERÁN, R.: *Principio de oportunidad en delitos de corrupción pública en Bolivia. Fundamentos teóricos para su aplicación y políticos para su prohibición*. Salamanca (2009): Universidad de Salamanca, pp. 13 y ss. Sobre los efectos de la corrupción pueden verse, entre otros muchos, los trabajos de SABÁN GODOY, A.: *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid (1991): Civitas, pp. 1 y ss.; KLITGAARD, R.: "Combatiendo la corrupción. Información e incentivos", *Nueva Sociedad* (1996), núm. 145, pp. 56 y ss.; RAMÍREZ REYNA, C. E.: "Movimientos sociales, democracia y corrupción", *Futuros* (2005), núm. 11, vol. III, pp. 1 y ss.; DIEGO BAUTISTA, O.: "Marco institucional para combatir la corrupción", *Revista Española de Control Externo* (2007), núm. 27, vol. 9, pp. 159 y ss.

2 Por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (marzo de 1996), adoptada en Caracas por los estados miembros de la OEA, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, diciembre de 2003).

• Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

Doctor por la Universidad de Santiago de Compostela. Desde 2005 es profesor titular de Derecho penal en dicha Universidad. Ha publicado diversos trabajos sobre la corrupción pública, la violencia de género, la mediación penal y el terrorismo, entre otros temas. Correo electrónico: Fernando.portomene@usc.es.

investigación de fortunas 'Marcelo Quiroga Santa Cruz'''), vertebrada en torno a tres ideas: la ampliación de los sujetos intervinientes en las acciones de lucha contra la corrupción, la incorporación de medidas penales (creación de nuevos tipos y agravación de las penas privativas de libertad en los ya existentes) y, por último, la asunción de determinadas medidas procesales (civiles y penales), entre las que destaca la prohibición de la aplicación de la suspensión condicional del proceso³.

Una de las disposiciones objeto de reforma en 2010 es el artículo 147 del Código penal, que tipifica supuestos de admisión de beneficio por parte de un funcionario que, sin embargo, no van acompañados de la formulación de exigencias concretas relacionadas con actuaciones (positivas o negativas) del cargo. Dicho precepto se inscribe, por lo tanto, en la dimensión puramente formal del abuso de poder en que se sustancia la llamada elaboración romanista del cohecho, al pivotar, exclusivamente, sobre la admisión de ventajas ofrecidas *en consideración al cargo*, es decir, por la concreta posición de cargo público que ocupa el sujeto. Significa ello que, en el texto punitivo boliviano, la disciplina del cohecho pasivo se halla informada, pues, por las dos tradiciones histórico-legislativas que caracterizan al delito⁴: la *romanista*, ya aludida, que identifica su esencia del delito con la prohibición de aceptar dádivas vinculadas, de cualquier manera, a la esfera de actuación de las autoridades y funcionarios públicos; y la *germanista*, que se apoya en la prohibición de comprar-vender actos específicos del cargo⁵.

Las cláusulas del estilo de las contempladas en el precitado artículo 147, y que sirven para configurar tipos básicos, residuales, destinados a ofrecer respuesta punitiva a los supuestos en que no puedan acreditarse la injusticia del acto o su conexión con la dádiva⁶, suscitan un gran interés político-criminal⁷. Dos son, principalmente, las razones para ello.

- 3 Otras medidas contempladas por la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz son el establecimiento de un reglamento que ha hecho posible la implantación de un sistema de declaraciones de bienes y rentas de los funcionarios y la reforma de las normas relativas a los procedimientos de adquisición de bienes y contratación de servicios en las instituciones públicas, para garantizar la transparencia y credibilidad.
- 4 Sobre ellas SCHMIDT, E.: *Die Bestechungstatbestände in der hochstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*. München, Berlin (1960); Beck, p. 149, nota 334; SEMINARA, S.: "Gli interessi tutelati nei reati di corruzione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1993), vol. 36, pp. 951 y 952.
- 5 Así, el tipo del artículo 145 requiere para su consumación que las conductas vengan asociadas a un acto determinado o determinable, relativo a las funciones del sujeto activo o "contrario a los deberes de su cargo".
- 6 Le atribuyen a este tipo de figuras esa función de recogida VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada (2003); Comares, pp. 235 y 236; POZUELO PÉREZ, L.: "El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (coord. A. JORGE BARREIRO). Madrid (2005); Civitas, p. 1.718; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2006), núm. 17, p. 142. Critica las propuestas para aligerar las dificultades probatorias del requisito del acto del cargo, en sede de cohecho, MUSCO, E.: "Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione", en AA.VV.: *Revisione e riforma delle norme in tema di corruzione e concussione, Atti del Convegno di Studi di Diritto penale*. Bari (1996); Cacucci, p. 47.
- 7 La bibliografía específica sobre estas figuras es relativamente escasa. En España, al margen de los artículos y monografías generales sobre el cohecho, destacan los trabajos de DOLZ LAGO, M. J.: "Breves consideraciones sobre la noción de acto injusto en los delitos de cohecho desde una perspectiva constitucional", *Diario La Ley* (2009), núm. 7.254, pp. 1 y ss.; MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: "En clave constitucional: Regalos no, gracias", *El Consultor*

En primer lugar se implican con una de las cuestiones esenciales en la interpretación del cohecho: la del papel que debe jugar la teoría de la adecuación social -es decir, la idea de la proporcionalidad en la relación de intercambio⁸- en la intelección de sus distintas modalidades⁹. Como es sabido, con arreglo a ella, las entregas económicas que la sociedad acepta y califica como "irrelevantes" nunca deben acceder a los códigos penales, puesto que responden al orden ético social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad. Ahora bien, lo cierto es que, salvo en algunos casos de manual, la valoración social nunca podrá ofrecer una respuesta unívoca sobre la proporcionalidad de los regalos entregados a los funcionarios, sino que dependerá siempre, entre otros extremos, de las relaciones financieras típicas del ramo de la Administración al que pertenezca el funcionario y de su propio rango jerárquico¹⁰. Para que la idea de la adecuación social proporcione soluciones satisfactorias será preciso reducir el casuismo y complejidad de esa tarea de ponderación con ayuda de un criterio político-criminal, y ese criterio no podrá ser sino la propia *ratio* del delito¹¹.

Por otra parte, dichas fórmulas legales expresan la tensión existente entre la preocupación general por tratar de erradicar la corrupción -como fenómeno con evidente capacidad de alteración de la estabilidad de las sociedades democráticas- y la necesidad de preservar los principios garantistas de la intervención penal. En efecto, como veremos a lo largo de las páginas que siguen, es difícil sustraerse a la sensación de que, con la tipificación de estas figuras, el legislador ha otorgado carta de naturaleza a la mera sospecha (o presunción) de que ciertos funcionarios van a corromperse en el futuro; y si ello es así, y por mucho que dejen traslucir su

de los Ayuntamientos y de los Juzgados (2009), núm. 24, pp. 3.637 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: "El endiabrado cohecho impropio", *Diario El Mundo* (2010), 5 de julio, p. 23; OTERO GONZÁLEZ, P.: "El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo", *Cuadernos de Política Criminal* (2011), núm. 105: pp. 61-86; VÁZQUEZ-PORTOMENIE SEJAS, F.: "Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado 'cohecho de facilitación'", *Revista de Derecho penal y Criminología* (2011), núm. 6, pp. 151 y ss.

- 8 Como explica MÖHRENSCHLAGER, la teoría de la adecuación social es una traducción del requisito de la "proporcionalidad" que debe caracterizar la relación existente entre la prestación y la contraprestación, tanto en las formas de cohecho propio como en las del impropio. Vid. MÖHRENSCHLAGER, M.: "Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene", *JZ* (1996), p. 826.
- 9 Sobre ella vid. CÓRDOBA RODA, J.: "El cohecho de funcionarios públicos", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria* (coord. por S. MIR PUIG / J. CÓRDOBA RODA / G. QUINTERO OLIVARES). Barcelona (1983): Bosch, p. 190; DÍAZ Y GARCÍA CONILLO, M.: "El delito de cohecho", en AA.VV.: *Delitos contra la Administración Pública* (coord. por A. ASÚA BATARRITA). Bilbao (1997): Instituto Vasco de Administración Pública: pp. 165 y 166; RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.: "Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función", *Revista Aragonesa de Administración Pública* (1997), núm. 11, p. 416; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed., revisada y puesta al día. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 961 y 962.
- 10 Vid. PASTER, I. / SÄTTELE, A.: "Alles, was das Leben verschönern Kann. Eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28.11.2007", *NStZ* (2008), vol. 27, pp. 366 y ss.
- 11 Así GRIBL, K.: *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikte*. Heidelberg (1993): Müller, p. 316; POZUELO PÉREZ, L.: "El delito de cohecho", cit., p. 1.727.

compromiso con la causa de su prevención, lo único que resta es reivindicar su eliminación, por infringir, entre otros principios, el de ofensividad o lesividad¹².

La corrupción es, sin duda, un problema multidimensional, que debe ser abordado desde varias perspectivas. En las páginas que siguen no pretendo llevar a cabo un análisis detallado de los elementos que integran el delito del artículo 147 del Código penal boliviano. Mi intención -mucho más modesta- es, más bien, la de reflexionar sobre el papel que puede desempeñar con vistas a prevenir uno de los efectos más indeseables de la corrupción pública: la ruptura de la igualdad de oportunidades entre los miembros de una sociedad, como la boliviana, de por sí heterogénea. Conduciré el trabajo, pues, con arreglo a una perspectiva preferentemente político-criminal, atenta a los perfiles de desvalor deberá presentar un ilícito respetuoso con los postulados de un Derecho penal orientado al hecho y, en general, con los principios que definen el modelo de Estado democrático y constitucional¹³.

En primer lugar realizaré una breve aproximación al tratamiento que reciben, en los países latinoamericanos, las modalidades de cohecho que no presuponen la realización de gestión o actividad alguna, en el ejercicio de las funciones del cargo, como contraprestación por el ofrecimiento o entrega de regalos. Luego intentaré analizar la compatibilidad figura del artículo 147 del Código penal boliviano con uno de los principios irrenunciables en el sistema penal de un Estado social y democrático de derecho: el de ofensividad. Para ello organizaré en tres niveles de análisis los pronunciamientos doctrinales relativos al bien jurídico protegido por este tipo de delitos. Finalmente, apuntaré los criterios que deben presidir la aplicación de la admisión de beneficios y cómo afrontar las dificultades para delimitar los supuestos punibles de otras actuaciones constitutivas de malas prácticas en el seno de la Administración Pública.

II. BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN LEGAL DE LA ACEPTACIÓN O ADMISIÓN DE BENEFICIOS O REGALOS EN CONSIDERACIÓN AL CARGO EN LOS CÓDIGOS PENALES LATINOAMERICANOS.

La tipificación de una prohibición general, dirigida a los funcionarios públicos, de aceptar los regalos, ventajas o beneficios que les sean ofrecidos en consideración a sus cargos forma parte de la propuesta de trabajo para la armonización de delitos de corrupción de funcionarios, servidores o agentes públicos extranjeros, desarrollada por el grupo de trabajo de Lucha contra la Delincuencia Organizada de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. La propuesta,

12 Cfr. MACAGNO, M. E.: "La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código penal argentino", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (2011), núm. 41, p. 190.

13 Trabajan, asimismo, con esa perspectiva, entre otros, SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral inédita. Valladolid (1985), p. 287; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*. Valencia (1999); Tirant lo Blanch, pp. 108 y 109; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos*, cit., pp. 241 y 264; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El bien jurídico", cit., p. 137.

resultado del mandato emanado de la XVII Reunión Plenaria de la COMJIB, en 2010, apuesta, en concreto, por la cobertura penal de todos los supuestos de cohecho, incluso en "ausencia de objetivos concretos (pago innecesario o indebido al funcionario)", aconsejando, eso sí, distinguirlos de los que presentan fines específicos (actos delictivos, actos injustos, actos arbitrarios).

Por lo que alcanzo a ver, el único Código penal latinoamericano que se sitúa en esa línea es, además del boliviano, el argentino, que incrimina, con penas sensiblemente inferiores a las del cohecho, los intercambios con los que un particular, sin poner de manifiesto ningún propósito de conseguir un acto ilícito, aspira a predisponer al funcionario a su favor¹⁴. Su artículo 259, en vigor desde la sanción del Código penal en 1921, describe, en efecto, la conducta del funcionario público que "admitiere dádivas, que fueren entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo". La Ley 16.648, de 1964, le añadió un segundo inciso, para aclarar que el que presente u ofrezca la dádiva será, también, perseguido penalmente.

Tanto los restantes sistemas penales como los principales instrumentos internacionales suscritos por los diversos Estados ponen en relación el soborno con un acto u omisión suficientemente determinados o, al menos, determinables.

En Colombia, por ejemplo, el cohecho pasivo impropio -tipificado en el artículo 406 del Código penal- se dirige al servidor público que "acepte para si o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones" o que "reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento".

Semejante es la redacción que le deparan el artículo 248 del Código penal chileno -solicitar o aceptar un beneficio económico "para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos"-, 394 del peruano -aceptar o recibir "donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado", 300 del paraguayo -solicitar, dejarse prometer o aceptar un beneficio "a cambio de una contraprestación proveniente de una conducta propia del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro"- ó 222 I del mexicano -solicitar o recibir indebidamente para si o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o aceptar promesa "para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones"-¹⁵.

14 Vid. MACAGNO, M. E.: "La supervivencia", cit., p. 187.

15 En las mismas coordenadas se mueven los Códigos penales de Costa Rica, cuyo artículo 340 castiga la recepción de dádiva o cualquier otra ventaja indebida o la aceptación de promesa o de una retribución de esa naturaleza "para hacer un acto propio de sus funciones", y Panamá, que tipifica, en su artículo 345. 2 la conducta del servidor público que "acepte, reciba o solicite donativo, promesa, dinero o cualquier ventaja o beneficio indebido, para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones o como consecuencia del acto ya realizado".

Ese mismo entendimiento del delito se refleja en las obligaciones de penalización sentadas por la Convención Interamericana contra la corrupción, de 1996, y por el Convenio de Naciones Unidas sobre la Corrupción, de 2003, que en su artículo 15 (“soborno de funcionarios públicos nacionales”), describe la obligación de las partes de tipificar, por lo que al cohecho pasivo atiende, “la solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

Comentario aparte merecen las definiciones de cohecho pasivo proporcionadas por los Códigos penales brasileño y ecuatoriano, puesto que, cuando menos sobre el papel, parecen apuntar a la necesidad de flexibilizar los presupuestos de aplicación del delito, describiendo con mucha amplitud sus elementos constitutivos.

El primero sanciona, en su artículo 317, al funcionario que solicita o recibe, “para sí o para otro, directa o indirectamente, incluso fuera de su función o antes de asumirla, pero en razón de ella, ventaja indebida”, o acepta promesa de tal ventaja”. A pesar de lo que parece sugerir el tipo, tanto la doctrina como la jurisprudencia le atribuyen, sin embargo, al “acto del cargo” el rol de elemento central en la delimitación del ámbito de aplicación del delito, insistiendo, eso sí, en la necesidad de que los actos pactados pertenezcan a la esfera de atribuciones del sujeto activo¹⁶. Sintetizando ese estado de opinión, Barcelos Nunes De Mattos Rocha señala, expresamente, que, a diferencia de lo que sucede en el Código penal argentino, la mera aceptación de presentes ofrecidos a los funcionarios, en virtud de su condición funcional, carece, en Brasil, de refrendo legal, pudiendo sujetarse, a lo sumo, y dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, a sanciones disciplinarias¹⁷.

El Código penal ecuatoriano tipifica, por su parte, la recepción o aceptación de beneficios indebidos para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar “cuestiones relativas a sus funciones”. El legislador de ese país ha decidido radiar, también, al menos del tipo básico del cohecho, la referencia al “acto del cargo”, favoreciendo con ello, quizá, el castigo de las entregas asociadas, en general, a actos o actividades de difícil o imposible identificación. Con todo, la mención a las “cuestiones relativas a sus funciones” obliga, entiendo, a considerar irrelevantes los beneficios meramente orientados a lograr la simpatía o predisposición favorable del funcionario, es decir, que carezcan de un referente a modo de contraprestación en el desarrollo del servicio público.

16 Cfr. FERRER TEIXEIRA, J.: *Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8429/92, n. 9.034/95 e n. 9.613/98*, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo (2010): Universidade Católica de São Paulo, pp. 57 y ss., con referencias doctrinales y jurisprudenciales.

17 Vid. BARCELOS NUNES DE MATTOS ROCHA, P.: *Corrupção na era da globalização*. Curitiba (2009): Juruá, pp. 72 y 73.

III. FUNCIÓN Y BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE ADMISIÓN DE BENEFICIOS.

I. Instrumento de garantía de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas.

En su artículo 8. apartados 1 y 2, la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, de 2003, indica que “con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos”, procurando aplicar “códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas”.

El delito del artículo 147 del Código penal boliviano resulta fácilmente interpretable a la luz de esa concepción ética de la función pública, cuyas referencias de derecho interno se sitúan en el artículo 4 de la Ley de 31 de marzo de 2010 -que alude a la exigencia de que los servidores públicos se comporten “conforme a los principios morales de servicio a la comunidad, reflejados en valores de honestidad, transparencia, integridad, probidad, responsabilidad y eficiencia”- y, sobre todo, en la Ley del Estatuto del Funcionario Público, del 27 de octubre de 1999. Esta última incluye, en su Capítulo II (“Derechos y deberes”), entre las prohibiciones a que están sujetos todos los servidores públicos, la de “lograr favores o beneficios en trámites o gestiones a su cargo para si o para terceros” (artículo 9. g), impidiéndoles rotundamente “aceptar, de cualquier persona individual o colectiva, pública o privada, nacional o extranjera, obsequios, regalos, beneficios u otro tipo de dádivas, orientadas a favorecer directa o indirectamente las gestiones a su cargo o a hacer valer influencia ante otros servidores públicos con propósitos semejantes” (artículo 14).

Ahora bien, una cosa es que la generación de una “cultura de lo público” o de una infraestructura ética en el ámbito de la función pública sean, verdaderamente, una prioridad en cualquier sistema democrático¹⁸ y otra, bien distinta, que la reacción penal sea lo más adecuado para hacer frente a la dinámica (peligrosa) en la que se mueve un significativo porcentaje de los funcionarios, que esperan recibir un soborno a cambio del cumplimiento o agilización de sus tareas.

18 En Italia, la propuesta que ve en la no venalidad de las conductas del cargo el bien jurídico protegido por el cohecho impropio, en general, cuenta con el respaldo de autores como PANNAIN, R.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Napoli (1966): Jovene, p. 114; GIANNITTI, F.: *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*. Milano (1970): Giuffrè, p. 76; ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, 9ª ed. Milano (1986): Giuffrè, p. 789. En España la defiende OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)”, en AA.VV.: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torio López* (coord. por J. CEREZO MIR et al.). Granada (1999): Comares, p. 871, que la hace valer en relación con todas las modalidades de cohecho, sin excepción. Ven en las figuras relacionadas con la admisión de regalos instrumentos con que proteger la honradez, integridad profesional y probidad de los funcionarios, entre otros, SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *Contribución*, cit., p. 287; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona (2000): Bosch, p. 227. Para MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, cit., p. 962, “la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actúa el funcionario corroe la honestidad e integridad profesional del mismo, como la gota cava la piedra”.

En realidad, la introducción y garantía de normas de conducta en materia de admisión de beneficios o regalos por parte de los administrados no es ni puede ser una competencia prioritaria del Derecho penal de los estados democráticos¹⁹. El Derecho penal no puede “fabricar” empleados públicos honestos. Es cierto que si los castigos para los que reciben sobornos o regalos son leves o es poco probable que se apliquen, no será realista esperar que los rechacen, pero fiar a las reacciones penales la solución del problema supone, a mi modo de ver, hacer caso omiso de los principios de necesidad y utilidad de la intervención penal. Como enseñan los expertos, para generar un campo de acción ético en la Administración es preciso integrar ciertos valores en las políticas de recursos humanos y en el modelo de carrera y de evaluación del rendimiento e intervenir, entre otros aspectos, en el sistema de control institucional intra y extra-administrativo²⁰. Insistiendo en ello, Klitgaard asocia los esfuerzos anticorrupción a actuaciones como la puesta en relación de las posibles recompensas con los logros, la implicación de los funcionarios en el establecimiento de los objetivos y metas, la reducción o regulación cuidadosa de los monopolios, la delimitación de la discrecionalidad, la mejora de la transparencia...²¹. En el seno de las administraciones públicas democráticas, orientadas a servir a la ciudadanía, el reforzamiento de los valores profesionales (integridad, probidad, honradez) y de los códigos de conducta debe producirse, en definitiva, en un contexto muy distinto. Tutelar penalmente el principio de la no venalidad del desempeño de las funciones públicas solo podría justificarse a partir de un entendimiento estático del aparato organizativo del Estado²².

Por lo demás, con ayuda de esta clase de construcciones tampoco podrá seleccionarse el campo de lo jurídico-penalmente relevante: tanto los *regalos socialmente inadecuados*, por implicar el enriquecimiento del funcionario (un reloj de oro, un ordenador de última generación o la invitación para acudir a un congreso en otro país), como las *pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual* (la botella de vino entregada al cartero con motivo de las fiestas navideñas o la agenda con que se obsequia a quienes intervienen en una reunión) realizarían el injusto típico²³.

19 Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “El bien jurídico”, cit., p. 137; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos*, cit., pp. 238 y 239.

20 Sobre todo ello vid. CUBILLO RODRIGUEZ, C.: “Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública”, *Revista Española de Control Externo* (2002), núm. 11, vol. 4, pp. 56 y ss.; DIEGO BAUTISTA, O.: “Marco institucional”, cit., pp. 186 y 187.

21 Cfr. KLITGAARD, R.: “Combatiendo”, cit., pp. 4 y 5. Vid. también CAMPERO NÚÑEZ DEL PRADO, J. C.: “El combate”, cit., p. 13.

22 Vid. MANES, V.: “L’atto d’ufficio nelle fattispecie di corruzione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (2000), vol. 43, pp. 961. En esa misma línea, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “El bien jurídico”, cit., p. 120, menciona la “proximidad” entre la idea de la no venalidad y las de la infracción del deber del cargo o de la prohibición de enriquecimiento del funcionario derivado del cumplimiento de su función.

23 Sobre la atipicidad de los regalos de bagatela vid., entre otros, GEERDS, F.: *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und Seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*. Tübingen (1961): Mohr: pp. 73 y ss.; DÖLLING, D.: “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, *ZStW* (2000), vol. 112, p. 346. Esta concepción del delito obligaría, además, a apreciar un concurso de infracciones en las hipótesis en que media una pluralidad de intercambios, puesto que la

2. Medida de mejora de la imagen de la Administración Pública y de sus niveles de credibilidad y legitimidad institucionales.

Es evidente que, con independencia de que proceda de grupos de poder que buscan beneficiarse con las inversiones de capital público, interfiriendo en las decisiones relativas a la adquisición de bienes o contratación de servicios, o de ciudadanos de a pie que aspiran a asegurarse la obtención, en condiciones de normalidad, de prestaciones esenciales en el ámbito de la justicia, la policía, la salud pública o la educación pública, la entrega de regalos a los funcionarios no contribuye, precisamente, a reforzar la confianza en los servicios públicos²⁴.

Por el contrario, como señalan sociólogos y politólogos, cuando se convierte en una práctica extendida y generalizada, deteriora la credibilidad del sistema, alimentando las reticencias de la ciudadanía a la hora de denunciar los fenómenos corruptos, es decir, a cooperar con las instituciones encargadas de prevenirlos y reprimirlos²⁵. Otras manifestaciones de ese deterioro son el temor de quienes no comulguen con esas formas de relación con la Administración a verse excluidos del mercado y el escepticismo sobre la obtención de condenas penales para los actos corruptos. Y con todo ello, además de ponerse en riesgo la estabilidad macroeconómica y perjudicarse la igualdad y la lucha contra la pobreza, se favorecen actitudes fatalistas (a nadie le parece que valga la pena luchar por el sistema) y se aboca a un verdadero empobrecimiento de la democracia. Este es el discurso al que ha recurrido, tradicionalmente, un sector doctrinal para justificar la tipificación de la admisión de regalos por parte de los funcionarios públicos (y conductas afines).

Desde un punto de vista axiológico nada debería objetarse a esa construcción del delito de admisión de beneficios en consideración al cargo. En cualquier sociedad democrática, la confianza en la legalidad e imparcialidad de las decisiones de la Administración Pública representa una de las condiciones esenciales para su correcto funcionamiento²⁶. Un ejercicio ordenado del poder público deviene imposible si, a los ojos de los ciudadanos, las actuaciones de los funcionarios vienen cubiertas con un manto de desconfianza e incertidumbre, por cundir la sospecha de que sirven para permitirles a determinados particulares o grupos de particulares

“no venalidad” de las funciones públicas o la honradez o integridad de la condición de funcionario público resultarían lesionadas todas y cada una de las veces que se produce una entrega económica. Esa solución concursal únicamente podría decaer si se parte de la base de que la admisión de regalos sirve para tutelar la función misma, esto es, un objeto externo al que referir o vincular las diversas modalidades de prestación económica, en el número que sean. Cfr. MARRA, G.: “Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettivi di riforma”, *RTDPE* (1998), vol. 11, p. 1.012.

24 Vid. MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: “En clave”, cit., p. 3.637.

25 Vid. RUGGIERO, F.: “Scambio corrotto e vittimizzazione”, *Dei delitti e delle pene*, 2ª Serie, vol. IV, pp. 17 y ss.

26 Vid. VANNUCCI, A.: “Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti”, *Etica degli affari e delle professioni* (1993), vol. 6, pp. 40 y ss.

disfrutar de posiciones sociales, jurídicas y/o económicas privilegiadas²⁷. Inculpar la admisión de regalos a los funcionarios parece expresar, a la perfección, por lo tanto, la relación de sentido que tiene que existir entre la intervención penal y las condiciones de existencia de la sociedad.

Cabe preguntarse, no obstante, si esa idea de la confianza de la ciudadanía en la integridad del servicio público es capaz de cumplimentar una de las funciones esenciales del concepto de bien jurídico-penal: la de operar como límite de las pretensiones punitivas del Estado²⁸, teniendo en cuenta su nivel de abstracción y su falta de rentabilidad a la hora de determinar el alcance de los tipos en cuestión (en este caso, el del artículo 147 del Código penal boliviano)²⁹. Desde luego no representa un expediente idóneo para ayudar a ponderar la adecuación social de los regalos o beneficios. No permite dar cuenta, por ejemplo, de las situaciones que la doctrina alemana ha denominado *Anfüttern* (“dar forraje”), y en las que las sucesivas entregas de obsequios de reducido valor económico o de pequeñas cantidades generan una red de dependencia o subordinación³⁰. Tampoco ayudaría a aclarar la relevancia o irrelevancia de otros casos que no se ajustan fácilmente a los esquemas de la precitada teoría de la adecuación social, como el que describe Noltensmeier: el de la enfermera que acepta la casa que le ha dejado en herencia el anciano al que ha prestado cuidados en los últimos meses de su vida³¹.

Repárese, además, en que dar por sentado que el bien jurídico de la admisión de regalos o beneficios es la confianza de la opinión pública en el correcto desarrollo de las funciones administrativas lleva a una conclusión inaudita: la de que dicha conducta “sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en

- 27 Vid., entre otros, en la doctrina alemana, LOOS, F.: “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, en AA.VV.: *Festschrift für H. Welzel* (coord. por G. STRATENWERTH / A. KAUFMANN / G. GEILEN / H. J. HIRSCH / H. L. SCHREIBER / G. JAKOBS / F. LOOS). Berlin, New York (1974): Beck, pp. 889 y ss.; LENCKNER, T.: “Privatisierung der Verwaltung und ‘Abwahl des Strafrechts’”, *ZStW* (1994), vol. 106, p. 531; SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*. Münster (2010): LexisNexis, p. 59 y nota 154. En la doctrina española, recogen este punto de vista Cardenal Montraveta, S.: “Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2002), núm. 10, pp. 307 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito*, cit., pp. 98 y ss.
- 28 Vid. esta crítica en BAUMANN, J.: *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*. Heidelberg (1961): Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, pp. 11 y ss.; SGUBBI, F.: “La semplificazione ed unificazione delle norme in tema di corruzione e concussione”, en AA.VV.: *Atti del Convegno di Studi di diritto penale. Bari, 21-22 aprile 1995*. Bari (1996): Cacucci, p. 60.
- 29 Cualquier comportamiento abusivo, incorrecto o desleal de los funcionarios o agentes públicos podría ser adecuado para defraudar esa confianza, incluso los sujetos a sanción disciplinaria o a un mero reproche social. Vid. PAGLIARO, A.: *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 8ª ed. Milano (1998): Giuffrè, p. 145; SEMINARA, S.: “Gli interessi”, pp. 979 y 980; MANNA, A.: “Corruzione e finanziamento illegale ai partiti”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1999), vol. 42, pp. 136 y 137; MANES, V.: “L’atto”, cit., p. 948. Advierte sobre el peligro de trasladar, con esta interpretación del cohecho, el epicentro del desvalor penal a la figura del autor SGUBBI, F.: “La semplificazione”, cit., p. 60.
- 30 Vid. PASTER, I. / SÄTTELE, A.: “Alles”, cit., pp. 366 y ss. Knauß es autora de un interesantísimo análisis criminológico del *Anfüttern* (“Rechtliche Rahmenbedingungen der Korruption”) (V. VAHLEMKAMP / I. KNAUB. *Korruption – Hinnehmen oder handeln?*. Wiesbaden (1995): BKA, pp. 298 y 299).
- 31 En mi opinión, subsumir ese supuesto en el tipo se salda con una interpretación extensiva en contra del reo. Vid. sobre ello NOLTENSMEIER, S.: *Public private partnership und Korruption*. Berlin (2009): Duncker & Humblot, p. 242.

un Estado”³². En otros términos: cuanto más elevados sean los niveles “sociales” de desconfianza -cuanto más se haya extendido la sospecha de que las decisiones de los funcionarios públicos se hallan influidas por los regalos, beneficios o el amiguismo- menos merecedoras de castigo serían las conductas de quienes alimentan esas dinámicas, admitiendo los beneficios que les ofrezcan en consideración a su cargo.

Por último, y aunque es verdad que la mejora de la imagen de las instituciones públicas pasa, también, por incrementar el control social y los sistemas de rendición de cuentas, no podemos olvidar que la confianza de los ciudadanos es, ante todo, un reflejo de la objetividad y el respeto a la legalidad con que la Administración se conduce a la hora de tomar sus decisiones. En buena lógica, entonces, lo que dotaría de legitimidad y racionalidad a la intervención penal sería el orientarla a preservar esos estándares.

3. Norma de contención del peligro abstracto de corrupción de los funcionarios.

De las diversas propuestas elaboradas para delimitar el bien jurídico de los delitos de admisión de regalos o beneficios, la que se compadece mejor con la ubicación del artículo 147 en el Código penal boliviano es la que alude a su naturaleza de delito vinculado al correcto desarrollo de la actividad funcional de la Administración Pública³³. Efectivamente, aunque también existen figuras relacionadas con la corrupción pública en el Título VI -que regula los delitos contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio- y en algunas leyes especiales relativas al sistema electoral o al tráfico ilícito de estupefacientes, la mayoría de ellas, incluida la del artículo 147, se agrupan en el Título II de su Parte Especial, titulado “Delitos contra la Función Pública”. Ahora bien, puesto que, a diferencia del cohecho, el tipo se asienta sobre la desvinculación entre la entrega/admisión del beneficio y la realización u omisión de un acto integrado en la competencia funcional del sujeto activo, su relación con dicho bien jurídico (la función pública) habrá de explicarse a través de la idea de la progresión criminal³⁴. Siguiendo esta línea de razonamiento, la admisión de beneficios o regalos socialmente inadecuados servirá para prevenir futuros abusos, es decir, para garantizar la futura legalidad o imparcialidad de los actos administrativos, configurándose así como un delito de peligro abstracto.

32 Los términos en que KINDHÄUSER plantea esta cuestión no dejan lugar a dudas: “si fuese correcto el parecer que sostiene que el bien jurídico de los delitos de corrupción estatal es la confianza de la opinión pública, la corrupción sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en un Estado”. Vid. KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, *Política Criminal*, (2007), núm. 3, p. 9.

33 Vid. GEERDS, F.: *Über den*, cit., pp. 53 y ss., así como la bibliografía citada por KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos”, cit., p. 10 y nota 13.

34 Vid. ORTS BERENGUER, E./VALEJE ÁLVAREZ, I.: “Artículo 426”, en AA.VV.: *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. por T. S. VIVES ANTÓN), Vol. II. Valencia (1996): Tirant lo Blanch, p. 1.839; RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.: “Los delitos”, cit., p. 416; MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: “En clave”, cit., p. 3.641. El desvalor de la admisión de regalos se vincularía, de este modo, al contenido de injusto del cohecho propio: vid. VASSALLI, G.: “Corruzione propria e corruzione impropria”, *Giustizia Penale* (1979), vol. LXXXIV, p. 336; MANZINI, V.: *Trattato di diritto penale italiano*, V. Torino (1982): UTET, p. 219; FIANDACA, G./MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte Speciale*, I. Bologna (1988): Zanichelli, p. 170.

Esta perspectiva supone, indudablemente, una cierta ganancia, si es que asumimos, como aquí se ha hecho, que la falta de adaptación a la ética social dominante en materia de obsequios o regalos, sin más, no puede justificar la conversión en delitos de cualesquiera supuestos en que los órganos de la Administración mantienen relaciones económicas con los particulares al margen de los supuestos y cauces legalmente previstos. La función del delito de admisión de beneficios debe mantenerlo apegado, rotundamente, pues, al ejercicio de las funciones del cargo³⁵.

Abordando ya el capítulo de las críticas, debe decirse que la perspectiva de que la intervención penal se anticipe al peligro indirecto, o sea, al peligro de que los beneficios puedan predisponer al favorablemente al destinatario, y de que termine por atender posteriores peticiones ilegales del *donante*, suscita dudas importantes. Aplicar el tipo a quien acepta un regalo, por entenderse que es un sujeto predispuesto a vender posteriormente sus decisiones o actividades, no significa otra cosa que instrumentalizar una norma penal para castigar las actitudes internas de un sujeto. Las presunciones de peligro general son absolutamente incompatibles con el principio de ofensividad³⁶.

Tampoco parece posible, desde los fundamentos de las teorías de la culpabilidad, asociar -subjetivamente- la conducta a un hecho que no existe, sino que se presume (que el funcionario que admite el beneficio se corromperá y protagonizará conductas que perjudiquen el desarrollo de la función pública). Lo que le permitirá al sujeto motivarse en el cumplimiento de la norma será, únicamente, la información que efectivamente posea en el momento de admitir el beneficio, no aquello que vamos a presumir, con carácter general, que conoce. Y ello es aplicable tanto a los sujetos "corruptibles", de acuerdo con las reglas de la experiencia moral (un concejal de obras que acepta unas vacaciones de ensueño pagadas por una empresa del ramo), como a los que presentan otro perfil (un bombero gratificado por el heroico salvamento de unos niños).

Un estado que aspire a promover y el desarrollo social y a distribuir la riqueza debe prevenir a toda cosa que el gasto público termine por reflejar los intereses privados de ciertos grupos o particulares, pero la aplicación de sanciones penales no puede pivotar exclusivamente sobre lo que indican las reglas de la experiencia

35 Fijan la objetividad jurídica de los delitos de cohecho en la preservación de las directivas constitucionales en materia de imparcialidad VALEJE ALVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid (1996): Edersa, pp. 30 y 31; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona (1999): Aranzadi, pp. 139 y 140; MIRRI, M. B.: "Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1980), vol. 23, p. 441; RAMPIONI, R.: *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Milano (1984): Giuffrè, p. 305; SEMINARA, S.: "Gli interessi", cit., p. 964; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos*, cit., p. 228.

36 Vid. KINDHÄUSER, U.: "Presupuestos", cit., p. 10; MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: "Artículo 426", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo III (coord. por G. QUINTERO OLIVARES), Cizuf Menor (2008): Aranzadi, pp. 650 y 651.

moral³⁷. El que un funcionario, mientras ejerce su función y en razón a la misma, admita una dádiva sin que por ello lleve a cabo ninguna acción perjudicial para la función pública carece de la lesividad necesaria. Para poseerla sería preciso que las entregas económicas compusiesen una situación objetiva y subjetivamente amenazante para su desarrollo.

IV. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA: DELITO DE PELIGRO CONCRETO (PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA) BASADO EN LA CREACIÓN DE UNA CONEXIÓN CORRUPTA.

Existen diversos tipos de corrupción y no todos son igualmente dañinos para la sociedad y su desarrollo económico y político. Algunos pueden, de hecho, ser soportados por la mayoría de las organizaciones burocráticas, contribuyendo, incluso, a que algunas (las menos ágiles) funcionen un poco mejor. Otros presentan tal entidad que, de generalizarse y convertirse en norma, podrían socavar el propio sistema. Para valorar la legitimidad de la decisión de tipificar la figura del artículo 147 del Código penal boliviano debe hacerse uso de este planteamiento. La incriminación de la admisión de beneficios o regalos sólo puede justificarse en la medida en que incida en aspectos tan esenciales (=vitales) para la sociedad que, de llegar a convertirse en norma, producirían efectos incapacitantes del sistema social y político por el que se rige; y ello ocurrirá, a mi modo de ver, cuando con ella se precipite el riesgo de que los intereses generales que deben perseguir los funcionarios en todas y cada una de sus actuaciones y decisiones se vean reemplazados por otros de carácter particular o privado³⁸.

Mi planteamiento es el de que, en tanto no aparezcan vinculadas a la realización de actuaciones que interesen al *donante*, las conductas dirigidas a lograr la predisposición o la simpatía de los funcionarios públicos no se corresponden, en absoluto, con la corrupción que es significativa para el Derecho penal³⁹. La relevancia jurídico-penal de cualquier supuesto de admisión de beneficios pasará siempre, pues, por comprobar que existe una suerte de conexión corrupta entre la admisión misma y la posible ejecución de determinadas actividades propias del cargo del funcionario⁴⁰. Trataré de dar contenido, seguidamente, a esa conexión, que deberá considerarse, en cualquier caso, como un elemento (típico) distinto del *pactum sceleris* -la relación entre la dádiva y el acto interesado- que se halla en la base del cohecho.

Desde un punto de vista objetivo, la existencia de una conexión corrupta presupone una situación de contradicción de intereses, por una parte, y un ámbito

37 Cfr. MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: "Artículo 426", cit., p. 651.

38 Vid. KINDHÄUSER, U.: "Presupuestos", p. 6.

39 De esta opinión SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*, cit., p. 60.

40 Vid. MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: "Artículo 426", cit., p. 648; SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*, cit, pp. 61 y 62.

de ejercicio de la función o de toma de decisiones que hay que “blindar” frente a influencias espurias, por otra⁴¹. Ambos elementos concurren cuando el funcionario tiene capacidad para interferir en asuntos que pudieran afectar al particular y que se hallen pendientes de resolución en el momento de la admisión del regalo⁴², así como cuando las actividades profesionales de ambos se hallan en estrecho contacto, de tal manera que los regalos puedan asociarse fácilmente a la posible formulación de peticiones o solicitudes por parte del segundo o, incluso, a la decisión del primero de favorecerlo de alguna manera, por propia iniciativa. Hablo de casos como el del inspector fiscal que admite los costosos regalos entregados por los dueños de diversas empresas que deberán ser objeto de inspección en el futuro, o el del profesor de una asignatura de tercer curso de carrera que acepta el reloj de oro que le envía el padre de un alumno que acaba de matricularse en primero o, en fin, el de la funcionaria de un centro penitenciario que admite los valiosos obsequios que le envía un semanario que ha venido avanzando la próxima publicación de testimonios directos de la “nueva vida” de una conocida cantante que cumple condena en él... En todos ellos está presente un riesgo objetivo, real, de corrupción del funcionario, es decir, el componente de peligrosidad objetiva imprescindible para dar vida al tipo.

Sobre el plano subjetivo, la conexión corrupta requiere que, en el momento de la admisión del beneficio o presente, el funcionario asuma, cuando menos, la posibilidad de ser destinatario de futuras peticiones o solicitudes relativas al ejercicio de su cargo, en el ámbito concreto de actividad al que se refiere⁴³. Estará ausente, por ello, en las llamadas donaciones incongruentes”, que son entregadas y admitidas con carácter totalmente “extraoficial” -presentes de cortesía relacionados con celebraciones familiares o del trabajo o dirigidos a agradecer el trato recibido o la profesionalidad en el cumplimiento de una tarea especialmente importante para el sujeto pasivo o su entorno-, así como en la concesión de premios por jurados imparciales, en reconocimiento a la sobresaliente trayectoria profesional. Tampoco responderán a ese esquema las donaciones o entregas correspondientes a la fase inicial o “de tanteo” de lo que los medios alemanes llaman *Anfüttern* -en la que obsequios aislados, entregados con motivo de celebraciones o acontecimientos señalados (aniversarios, cumpleaños, festividades relacionadas con el trabajo), dan paso, tras un cierto tiempo, a regalos cada vez más frecuentes y valiosos, en un proceso que tiene como objetivo comprobar la receptividad y corruptibilidad del funcionario⁴⁴-. Para que estos supuestos puedan fundamentar una imputación penal es preciso que el incremento del valor y/o de la frecuencia de las entregas le haga sospechar al funcionario de lo que persigue el *donante* (=conseguir favores en forma

41 Vid. KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 7.

42 Cfr. MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: “Artículo 426”, cit., p. 652.

43 Cfr. SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*, cit., pp. 61 y 62.

44 KNAUB, I. explica la lógica de ese proceso selectivo utilizando la expresión “principio de la regadera”: vid. “Rechtliche”, cit., p. 299.

de actuaciones o decisiones del cargo). Los elementos cognitivos y volitivos del dolo de peligro sí estarán presentes, en cambio, en el caso de un concejal de obras que acepta las atenciones de un estudio de arquitectos que acaba de abrir un despacho en el municipio en el que aquel desempeña sus funciones y que decide renovarle, gratuitamente, su vivienda⁴⁵. La única explicación razonable para esa muestra de generosidad será la voluntad de obtener futuros favores en el ámbito de su cargo y el concejal lo sabrá y asumirá. Ese mismo planteamiento es aplicable a los concejales de obras de diversos ayuntamientos que aceptan la invitación de una constructora para viajar a Madrid, al objeto de realizar una “visita informativa” que incluye, además, el abono del viaje en avion, del hotel y del almuerzo y la cena, en un establecimiento distinguido.

El preocupante fenómeno de la corrupción pública ha de atajarse de la mano de estrategias preventivas y de control plenamente respetuosas con el principio de subsidiariedad del Derecho penal⁴⁶.

El legislador boliviano de 2010 ha puesto sus ojos, de hecho, en otros recursos, por ejemplo en la activación de mecanismos procesales ágiles y rápidos para la investigación y enjuiciamiento de los hechos (el juicio en rebeldía o la extinción de dominio para la recuperación de activos). Luchar contra la corrupción es, sin embargo, parte de un esfuerzo muchísimo más amplio que Klitgaard denomina “ajuste institucional” y que apunta, entre otras cosas, a la reevaluación sistemática de información e incentivos en las instituciones públicas y privadas y a la estimulación de los ciudadanos para que se impliquen en la mejora del sistema⁴⁷.

Junto a ello, parece oportuno reivindicar, también, la importancia de los sistemas de transparencia administrativa, de rendimiento de cuentas y de contratación pública, así como la utilidad de medidas como la modificación del patrón de organización y trabajo de las fiscalías⁴⁸ o la creación de un registro público de los obsequios e invitaciones recibidos por los altos cargos. Conviene recordar, a este último respecto, que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, dispone, en su artículo 8.5, que cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación con sus actividades externas y con empleos, inversiones,

45 Vid. KÖNIG, P.: “Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Prozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu begegnen?”, *DRIZ* (1996), p. 360.

46 Deben compartirse, en este sentido, las reflexiones de DIEGO BAUTISTA (n. 6), p. 183, cuando apunta que, en general, la lucha contra la corrupción “cubre los elementos institucionales y represivos, pero concentra poca atención en la *prevención* de la conducta” (las cursivas son suyas). Vid. también BAUER, M.: *Korruptionsbekämpfung durch Rechtsetzung*. Berlin (2002): Tenea Verlag, p. 110.

47 Vid. KLITGAARD, R.: “Combatiendo”, cit., pp. 7 y ss.

48 A favor del incremento y perfeccionamiento de los controles internos y externos de las conductas corruptas, CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: “Hacia una teoría”, cit., pp. 60 y 63; MARRA, G.: “El delito”, cit., p. 1.019, aludiendo expresamente a los de carácter disciplinario.

activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos. En esa línea, en Francia, el Estatuto General de la Función Pública prohíbe, genéricamente, todas las conductas que puedan amenazar su imparcialidad, fiando a la responsabilidad de los jefes de departamento la decisión última sobre si los regalos recibidos por los funcionarios pertenecientes al mismo son o no meramente simbólicos. El criterio de la condición económica de los regalos ha servido asimismo de base para elaborar un catálogo de directrices o pautas de actuación destinadas a los empleados públicos en países como Portugal o Suecia.

V. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ TERÁN, R.: *Principio de oportunidad en delitos de corrupción pública en Bolivia. Fundamentos teóricos para su aplicación y políticos para su prohibición*. Salamanca (2009): Universidad de Salamanca.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, 9ª ed. Milano (1986): Giuffrè.

BARCELOS NUNES DE MATTOS ROCHA, P.: *Corrupção na era da globalização*. Curitiba (2009): Juruá.

BAUMANN, J.: *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*. Heidelberg (1961): Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.

CAMPERO NÚÑEZ DEL PRADO, J. C.: "El combate contra la corrupción como base de la reforma de la administración pública", en AA.VV. *Actas del VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lisboa (2002): CLAD.

CARDENAL MONTRAVETA, S.: "Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2002), núm. 10, pp. 307 y ss.

CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: "Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública", *Revista Española de Control Externo* (2002), núm. 11, vol. 4, pp. 56 y ss.

DIEGO BAUTISTA, O.: "Marco institucional para combatir la corrupción", *Revista Española de Control Externo*, núm. 27, vol. 9, pp. 159 y ss.

DOLZ LAGO, M. J.: "Breves consideraciones sobre la noción de acto injusto en los delitos de cohecho desde una perspectiva constitucional", *Diario La Ley* (2009), núm. 7.254, pp. 1 y ss.

FERRER TEIXEIRA, J.: *Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8429/92, n. 9.034/95 e n. 9.613/98*, Dissertação apresentada á Banca Examinadora da Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo (2010): Universidade Católica de São Paulo.

GEERDS, F.: *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und Seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*. Tübingen (1961): Mohr.

GIANNITTI, F.: *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*. Milano (1970), Giuffrè.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: "El endiablado cohecho impropio", *Diario El Mundo* (2010), 5 de julio, p. 23.

GIBBL, K.: *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikte*. Heidelberg (1993): Müller.

KINDHÄUSER, U.: "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", *Política Criminal* (2007), núm. 3, pp. 1 y ss.

KLITGAARD, R.: "Combatiendo la corrupción. Información e incentivos", *Nueva Sociedad* (1996), núm. 145, pp. 56 y ss.

KNAUB, I.: "Rechtliche Rahmenbedingungen der Korruption", en W. VAHLEMKAMP / I. KNAUB. *Korruption – Hinnehmen oder handeln?*. Wiesbaden (1995): BKA.

KÖNIG, P.: "Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Prozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu begegnen?", *DRiZ* (1996), pp. 357 y ss.

LENCKNER, T.: "Privatisierung der Verwaltung und 'Abwahl des Strafrechts'", *ZStW* (1994), vol. 106, pp. 502 y ss.

LOOS, F.: "Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", en AA.VV.: *Festschrift für H. Welzel* (coord. por G. STRATENWERTH / A. KAUFMANN / G. GEILEN / H. J. HIRSCH / H. L. SCHREIBER / G. JAKOBS / F. LOOS). Berlin, New York (1974): Beck, pp. 879 y ss.

MACAGNO, M. E.: "La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código penal argentino", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (2011), núm. 41, pp. 179 y ss.

MANES, V.: "L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (2000), vol. 43, pp. 924 y ss.

MANNA, A.: "Corruzione e finanziamento illegale ai partiti", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1999), vol. 42, pp. 116 y ss.

MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q.: "En clave constitucional: Regalos no, gracias", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* (2009), núm. 24, pp. 3.637 y ss.

MARRA, G.: "Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettivi di riforma", *RTDPE* (1998), vol. 11, pp. 988 y ss.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2006), núm. 17, pp. 81 y ss.

MIRRI, M. B.: "Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1980), vol. 23, pp. 439 y ss.

MÖHRENSCHLAGER, M.: "Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene", *JZ* (1996), pp. 822 y ss.

MORALES PRATS, F. / Rodríguez Puerta, M^a J.: "Artículo 426", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo III (coord. por G. QUINTERO OLIVARES), Cizur Menor (2008): Aranzadi, pp. 649 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, 19^a ed. revisada y puesta al día. Valencia (2013): Tirant lo Blanch.

MUSCO, E.: "Le attuali proposte individuate in tema de corruzione e concussione", en AA.VV. *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, *Atti del Convegno di Studi di Diritto penale*. Bari (1996): Cacucci, p. 45 y ss.

NOLTENSMEIER, S.: *Public private partnership und Korruption*. Berlin (2009): Duncker & Humblot.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)", en AA.VV.: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López* (coord. por J. Cerezo Mir Et Al.). Granada (1999): Comares, pp. 861 y ss.

OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*. Valencia (1999): Tirant lo Blanch.

ORTS BERENGUER, E. / VALEJE ALVAREZ, I.: "Artículo 426", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. por T. S. VIVES ANTÓN), Vol. II. Valencia (1996): Tirant lo Blanch, pp. 1.838 y ss.

OTERO GONZÁLEZ, P.: "El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo", *Cuadernos de Política Criminal*, (2011), núm. 105, pp. 61 y ss.

PAGLIARO, A.: *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 8^a ed. Milano (1998): Giuffrè.

PANNAIN, R.: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Napoli (1966): Jovene.

PASTER, I. / SÄTTELE, A.: "Alles, was das Leben verschönern Kann. Eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28. I I.2007", *NStZ* (2008), vol. 27, pp. 366 y ss.

POZUELO PÉREZ, L.: "El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (coord. A. JORGE BARREIRO). Madrid (2005): Civitas, pp. 1.711 y ss.

RAMÍREZ REYNA, C. E.: "Movimientos sociales, democracia y corrupción", *Futuros* (2005), núm 11, vol. III, pp. 1 y ss.

RAMPIONI, R.: *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*. Milano (1984): Giuffrè.

RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.: "Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función", *Revista Aragonesa de Administración Pública* (1997), núm. 11, pp. 409 y ss.

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona (1999): Aranzadi.

RUGGIERO, F.: "Scambio corrotto e vittimizzazione", *Dei delitti e delle pene*, 2^a Serie, vol. IV, pp. 17 y ss.

SABÁN GODOY, A.: *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid (1991): Civitas.

SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral inédita. Valladolid (1985).

SCHMIDT, E.: *Die Bestechungstatbestände in der hochstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*. München, Berlin (1960): Beck.

SEMINARA, S.: "Gli interessi tutelati nei reati di corruzione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1993), vol. 36, pp. 974 y ss.

SGUBBI, F.: "La semplificazione ed unificazione delle norme in tema di corruzione e concussione", en AA.VV.: *Atti del Convegno di Studi di diritto penale. Bari, 21-22 aprile 1995*. Bari (1996): Cacucci, pp. 52 y ss.

SOMMER, U.: *Korruptionsstrafrecht*. Münster (2010): LexisNexis.

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

VANNUCCI, A.: "Fenomenologia della tangente: la racionalità degli scambi occulti", *Etica degli affari e delle professioni* (1993), vol. 6, pp. 30 y ss.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: "Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado 'cohecho de facilitación'", *Revista de Derecho penal y Criminología* (2011), núm. 6, pp. 151 y ss.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada (2003): Comares.

