

Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos (1)

Isidoro Blanco Cordero

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alicante

Secretario General Adjunto AIDP

La Ley Penal, Nº 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015, Editorial LA LEY

LA LEY 3394/2015

Constituye una práctica empresarial muy extendida el regalo de invitaciones a los empleados públicos para asistir a espectáculos públicos y a otros eventos. No está claro, sin embargo, si los empleados públicos pueden aceptarlas y las empresas entregarlas, o si tales conductas pueden ser reconducibles a los delitos de cohecho. El presente trabajo analiza este problema, de gran relevancia en la situación actual de enorme preocupación por la corrupción, con base en casos y ejemplos extraídos del Derecho comparado.

It is a company practice widely extended the delivery of invitations for public entertainment events to public officials and employees. It is unclear, however, whether public employees can accept them and businesses deliver them, or whether such behaviors can be constitute an offence of bribery. This paper analyzes this problem, of great relevance in the current situation of enormous concern about corruption, based on cases and examples extracted from comparative law.

Cohecho. Corrupción. Invitaciones a espectáculos públicos.

Bribery. Corruption. Invitations for public entertainment events.

I. INTRODUCCIÓN

España se encuentra inmersa en una espiral de casos de corrupción como nunca antes había vivido. La mayoría de ellos proceden de una época de bonanza económica, en la cual la costumbre del regalo en el ámbito público ha devenido en abuso. El hábito del regalo al alto cargo ha desbordado los límites de lo razonable. De hecho, la difusa línea entre el regalo y el cohecho se ha traspasado en varias ocasiones, en las que hemos conocido de regalos tales como bolsos de las mejores marcas, relojes de alta gama, joyería fina, viajes a lugares paradisíacos con los gastos pagados, y trajes de alta confección, entre otros. A ello se añade una práctica extendida de aceptación de invitaciones a espectáculos públicos, tales como encuentros de fútbol, corridas de toros, estrenos de teatro, o de ópera. Es descorazonadora para el ciudadano la imagen de los palcos de los estadios repletos de autoridades que no siempre están ejerciendo funciones de representación. Ver a jueces o fiscales, concejales de ayuntamientos, altos cargos de ministerios y otros cargos en los lugares destacados de tales espectáculos al margen de sus tareas representativas no lanza un mensaje adecuado a una sociedad, escandalizada hasta límites insospechados por los casos de corrupción. Esto ha llevado a un desmerecimiento de la política y un descrédito de los políticos y, en especial, de los altos cargos. Lo cual contrasta con lo que ocurre en otros países. Por ejemplo, el primer ministro de Nueva Gales

del Sur (Australia) ha dimitido por haber recibido presuntamente una botella de vino añejo *Penfolds Grange Hermitage* de 1959 como obsequio de un empresario, quien lo felicitó semanas después de su victoria electoral en 2011 (y no declaró tal regalo, valorado en unos 2.200 euros). Lo que en otros países se considera intolerable, aquí se disfraza con expresiones tales como regalos de cortesía. Pues bien, en este contexto de escándalos de corrupción, parece conveniente repasar algunas de estas costumbres de agasajo a los empleados públicos y determinar cuándo se traspasa la frontera de la cortesía y se entra en el ámbito de la ilicitud.

Autoridades y funcionarios públicos admiten invitaciones que se entregan en el marco de una praxis empresarial extendida para asistir a espectáculos deportivos, culturales, y semejantes. Desde asistir a un partido de fútbol en el palco VIP, con comidas y bebidas sin límites, hasta los viajes a lugares exóticos para ver el campeonato de Fórmula 1 o de motociclismo. No está claro, sin embargo, si tales invitaciones pueden aceptarse o, por el contrario, han de ser objeto de persecución y sanción penal como eventuales delitos de cohecho. La reforma del Código penal de 2010 permite el castigo penal de lo que se conoce con la expresión de creación de un «clima de corrupción», que se confunde en ocasiones con otro concepto, el de «dar grasa» o «engrasamiento» —término éste que no está en el diccionario RAE pero que utiliza el Tribunal Supremo español (2) — de la maquinaria burocrática administrativa por la vía de la complacencia de la autoridad o funcionario que recibe regalos.

No estamos ante expresiones que tengan un contenido preciso, ni tampoco son conceptos jurídicos. Como decimos, es necesario hacer una distinción entre el «engrasamiento» y la creación de un «clima de corrupción» (3). En el «engrasamiento» el corruptor tiene en mente que el empleado público lleve a cabo un comportamiento futuro, para lo cual procede a ganarse su confianza mediante regalos o ventajas que tienen como objetivo la realización o no realización de un acto relativo a su cargo o función. Existe una especie de contrato, en el que se observa un *do ut des* (te doy para que me des). En el caso de la creación de un clima de corrupción no existe un *do ut des*, sino que se da sin esperar una contraprestación concreta. Se trata en realidad de regalos o ventajas que se conceden a empleados públicos —o de empresas privadas— que tratan de fomentar buenas relaciones personales con tales personas e incluso su disponibilidad de cara al futuro. Normalmente el objetivo de tales esfuerzos por ganar la simpatía y buena voluntad de empleados públicos y privados se dirige a crear un clima interpersonal que pueda tener efectos positivos en relación con sus decisiones. Se espera alguna decisión favorable, algún comportamiento especial del empleado o la obtención de alguna ventaja desleal, pero no se tiene en mente un acto concreto del cargo. Por lo que la diferencia radica precisamente en que en el ambiente corrupto, a diferencia de lo que ocurre en el «engrasamiento», no es necesario acreditar de ninguna manera que la invitación o dádiva se entregan con miras a un futuro acto concreto del empleado público. Con todo, es cierto que esta distinción tan estricta no siempre es clara en la práctica y en ocasiones se mezclan una situaciones con otras.

En el contexto de eventos deportivos y culturales las empresas contratan palcos o adquieren contingentes de entradas, especialmente las llamadas entradas VIP o entradas de asiento de negocios. Las entradas son entregadas en concepto de invitaciones a empleados o directivos de otras empresas con las que mantienen relaciones comerciales (4). Entre los invitados se incluyen no sólo representantes del sector privado, sino también autoridades y funcionarios públicos y empleados de las empresas del sector público. No es esta una actividad a la que se haya prestado atención, ni por parte de la opinión pública ni por el sistema penal. Sin embargo, en Alemania ha tenido lugar un debate público sobre dicha práctica empresarial de invitar a empleados públicos (y a directivos de otras empresas). El tema no se ha quedado solo en los medios de comunicación, sino que ha llegado a los Tribunales penales que han dictado algunas resoluciones judiciales de calado. Quizás el caso con más trascendencia pública ha sido el de las invitaciones al Mundial de Fútbol de 2006 en Alemania que motivó el procesamiento penal del ex director general de la empresa eléctrica EnBW (*Energie Baden-Württemberg AG*).

El acusado U era presidente de la empresa de energía EnBW, que era la principal patrocinadora de la Copa Mundial de fútbol de 2006 que se celebró en Alemania. Por su patrocinio tenía derecho a recibir alrededor de 140.00 entradas para los partidos de fútbol. El departamento de marketing de este grupo patrocinador desarrolló una estrategia consistente en la distribución de las entradas, de manera que una pequeña parte de ellas fuera a parar a los representantes de empresas, de la sociedad, de la cultura, de la ciencia y de la política con el fin de que los invitados pudieran presentar y representar a sus respectivas instituciones y, al mismo tiempo, realzar la publicidad de EnBW. El 20 de diciembre de 2005, el acusado firmó alrededor de 700 tarjetas de felicitación de Navidad. Los destinatarios eran personas cuyos datos estaban almacenados en el «archivo VIP» de U. Entre los regalos enviados, con el logo oficial de EnBW, se encontraban entradas para palcos en un partido de la Copa Mundial en Stuttgart y Berlín. Fueron enviados, entre otros, al primer ministro y cinco ministros del Estado de Baden — Wuerttemberg (dos entradas para cada uno) y para el funcionario M de la Secretaría de Estado del Ministerio del Estado de Berlín para el Medio Ambiente, Conservación de la Naturaleza y Seguridad Nuclear (una entrada). Las áreas de las que eran competentes los ministros y funcionarios tenían pendientes asuntos de gran importancia para los negocios de EnBW. La prensa informó sobre el envío de entradas y la fiscalía de Karlsruhe inició a mediados de febrero del 2006 una investigación contra de U, momento en el que el Ministro Presidente de Baden – Württemberg negó haber recibido las entradas en nombre de los miembros del gobierno. Se acreditó que todos los miembros del gobierno regional, por razón de su cargo, tenían libre acceso con acompañante a los partidos de la Copa Mundial en Stuttgart El *Landgericht Karlsruhe* absolvió a acusado U, y la fiscalía recurrió la sentencia la sentencia absolutoria ante el TS alemán, que finalmente confirmó la absolución por la falta de un acuerdo ilícito (*Unrechtsvereinbarung*).

Forma parte de la política empresarial realizar invitaciones a determinadas personas para promocionar o explicar productos y servicios. Ahora bien, no está claro si estos comportamientos pueden o no ser reconducibles a los tipos penales tan amplios del delito de cohecho.

Los ejemplos pueden ser de lo más variado. Así, estando elaborando este trabajo aparece la noticia de que una serie de jueces de lo mercantil de toda España van a viajar a un lujoso resort de cinco estrellas situado al sur de Gran Canaria, con todos los gastos pagados y durante su jornada laboral, para participar en un congreso de Derecho mercantil y concursal. Los precios del hotel durante las fechas del congreso oscilan entre los 150 euros por noche la habitación más barata y los 384 la más cara. A esas cantidades hay que sumar los pasajes de avión desde la península —algunos jueces viajan acompañados por sus parejas—, las cenas y cócteles fuera de programa, la cuota de inscripción al congreso (481,5 euros, que los ponentes están exentos de abonar) y los honorarios que perciben los magistrados por sus ponencias, que no bajan de los 1.000 euros. La información señala que el evento está organizado por bufetes de abogados y consultoras a las que esos magistrados adjudican la administración de empresas en quiebra acogidas a concurso de acreedores (5) . Esta situación se asemeja a la que plantea en Alemania *Matthias Jahn* (6) al hilo del comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo alemán relativa a la invitación de autoridades y funcionarios públicos a partidos del mundial de fútbol que se celebró en aquel país. Como veremos, decía dicho autor que la asunción de los costes de la participación de un juez en un congreso científico en una atractiva ciudad y en un magnífico hotel con instalaciones de *spa* y un programa de apoyo atractivo para cónyuges que les acompañen, debería considerarse una ventaja prohibida para el funcionario de acuerdo con lo dispuesto en el § 331 del Código Penal alemán.

La presente contribución analiza la calificación penal de la aceptación de las invitaciones por parte de los empleados públicos. Hemos examinado en otro trabajo la responsabilidad penal en la que pueden incurrir quienes invitan, normalmente empresarios que actúan en nombre y representación de las empresas, que se conecta con el riesgo penal al que se encuentran éstas sometidas y a la necesidad de disponer de programas de prevención de delitos. Tampoco vamos a estudiar aquí la

responsabilidad en la que pueden incurrir los trabajadores, directivos y otros colaboradores de empresas privadas, esencialmente respecto del delito de corrupción entre particulares del art. 286bis CP. (LA LEY 3996/1995) En realidad, como se puede observar, se trata de determinar el límite mínimo de la punibilidad de los delitos de cohecho.

II. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA AUTORIDAD O FUNCIONARIO QUE ACEPTA LAS INVITACIONES

La aceptación de invitaciones a eventos deportivos y culturales por parte de autoridades o funcionarios públicos puede motivar el inicio de investigaciones penales por la comisión de eventuales delitos de cohecho. En particular cuando la invitación se realiza en relación con el servicio del invitado. Es habitual distinguir dos clases de cohecho en función de la cualidad del autor: el cohecho activo y el pasivo. El autor del cohecho pasivo es una autoridad o funcionario público que solicita o acepta un soborno. El activo comprende los casos en que el autor es un particular que corrompe a un empleado público (7) . Los delitos de cohecho en el sector público a nivel nacional y de la Unión Europea están contenidos en los arts. 419 (LA LEY 3996/1995) a 427 CP. (LA LEY 3996/1995) Tras la reforma de 2010, el cohecho pasivo se encuentra en los arts. 419 (LA LEY 3996/1995) a 423 CP (LA LEY 3996/1995), y el activo en los arts. 424 (LA LEY 3996/1995) y 426 CP. (LA LEY 3996/1995)

La regulación que contiene el Código penal de los delitos de cohecho permite imputar penalmente a las autoridades y funcionarios públicos que son invitados a eventos y espectáculos públicos. En concreto, los arts. 419 ss. CP (LA LEY 3996/1995) realizan una clasificación de los delitos de cohecho pasivo tomando como punto de referencia si el acto (u omisión) es contrario o no a los deberes del cargo. Son cuatro las conductas punibles del funcionario:

- a)** La solicitud o recepción de dádiva o la aceptación de oferta o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar (art. 419 CP (LA LEY 3996/1995));
- b)** La ejecución de tales comportamientos para realizar un acto propio de su cargo (art. 420 CP (LA LEY 3996/1995));
- c)** Cuando la solicitud o recepción de dádivas se hagan como recompensa por las conductas descritas en los apartados anteriores (art. 421 CP (LA LEY 3996/1995)).
- d)** La admisión de dádivas por el funcionario en consideración a su cargo o función (art. 422 CP (LA LEY 3996/1995)).

1. Tipicidad de las invitaciones: cohecho en consideración al cargo o función del art. 422 CP

De todos los tipos de cohecho pasivo, quizás en el que mejor encajan las conductas de aceptación de invitaciones es el contenido en el art. 422 CP (LA LEY 3996/1995), también llamado —de forma no muy acertada— «cohecho de facilitación» (8) o, a mi juicio más correcta, cohecho en consideración al cargo o función. Este precepto castiga a la autoridad o funcionario acepta un regalo en consideración a su cargo o función. Esta modalidad de cohecho lleva aparejada una pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años. Se trata de una figura que tiene gran tradición histórica en nuestro ordenamiento jurídico. Ya se observan antecedentes en la regulación del Código penal de 1822 (arts. 459 y 462) cuya descripción era muy amplia. Muy parecida a la actual es la que aparece en el CP de 1848, y que pasa a los posteriores Códigos (los de 1850, 1870, 1932, 1944 y 1973), en el que se castigaba al funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio (9) .

Comprende, por lo tanto, aquellos supuestos en los que el ofrecimiento de ventajas o regalos no está conectado con la solicitud de concretas actuaciones positivas u omisivas relativas al cargo o función. Se trata de un tipo de recogida, residual respecto del resto de modalidades de cohecho, que comprende casos en los que no se puede acreditar la injusticia del acto del empleado público o su conexión con el regalo (10) . Desde luego que este precepto facilita enormemente la prueba del cohecho, pues basta con acreditar que el funcionario ha recibido regalos o ha aceptado una invitación a un espectáculo, no siendo preciso probar que ha realizado ningún acto al respecto. Quedan así comprendidos aquellos comportamientos en los que se va creando un ambiente cercano con el empleado público mediante la entrega de regalos en principio sin indicación de un fin concreto, para mantenerlo así dependiente y tenerlo disponible para futuras actuaciones en el ejercicio de su cargo. Es punible, por tanto, la denominada fase inicial de tanteo, esto es, la primera invitación que normalmente persigue probar si se trata de un empleado público receptivo y poder así identificar al sujeto a corromper.

La conducta típica viene determinada por el verbo admitir (por sí o por persona interpuesta) dádiva o regalo. La consumación del delito exige que el empleado público acepte la dádiva o el regalo, no siendo suficiente la mera oferta unilateral por parte del particular (que puede estar cometiendo con el simple ofrecimiento el delito de cohecho activo del art. 424.1 CP (LA LEY 3996/1995)). Por lo que el empleado público realiza dicha conducta cuando acepta la invitación, incluso aunque posteriormente no acuda al evento.

La invitación la pueden admitir el funcionario público o la autoridad por sí mismos o por persona interpuesta. Precisamente la referencia expresa a la persona interpuesta que acepta el presente en nombre del funcionario puede dar cabida a supuestos de cooperación necesaria del intermediario.

La asistencia a espectáculos (tales como eventos deportivos y culturales) es por lo general una «dádiva o regalo» (no se hace referencia, como en otros delitos de cohecho, a la retribución de cualquier especie). Ambos conceptos —dádiva o regalo— son muy amplios y abarcan todas las prestaciones a las que el funcionario público no tiene derecho legal y que mejoran de manera objetiva su situación económica, jurídica o incluso personal. Es suficiente una mejora personal, no siendo necesario que el aceptante obtenga con ella un beneficio económico. La doctrina intenta realizar una interpretación restrictiva de estos términos, exigiendo que la dádiva o regalo presenten una capacidad o adecuación *ex ante* para doblegar la voluntad imparcial de futuro del funcionario con relación a su función pública (11) . Por contra, el Tribunal Supremo (TS) entiende que la expresa utilización del término «dádiva», añadido al vocablo «regalo», evidencia el deseo legislativo de despejar cualquier duda sobre lo innecesario de un significado retributivo por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se obsequia al funcionario receptor (12) . Pues bien, la asistencia a eventos (tales como eventos deportivos y culturales) es por lo general una «ventaja» en el sentido de estos delitos.

Carece de relevancia que los funcionarios hubieran podido obtener de manera gratuita beneficios equivalentes de otra forma (13) . En efecto, uno de los argumentos que se utilizaron en Alemania en relación con el caso EnBW, era que las entradas a los partidos de fútbol enviadas a las autoridades no constituían regalos que supusieran una mejora en su situación, dado que por sus cargos habrían tenido acceso gratuito al evento. Mientras que el *Landgericht Karlsruhe* (14) negó la responsabilidad penal del acusado de EnBW por ausencia de ventaja o beneficio debido a que los funcionarios invitados tenían libre acceso a los juegos, el Tribunal Supremo alemán (BGH) (15) consideró que las entradas que habían recibido los representantes del Estado de Baden-Württemberg constituían una ventaja en el sentido de los delitos de cohecho (16) , aun cuando el beneficiario hubiera tenido sin ellas el libre acceso a los partidos de la Copa del Mundo en cuestión. A juicio del *Landgericht Karlsruhe*, para determinar la existencia de un beneficio se ha de valorar si la posición del beneficiario ha resultado mejorada de alguna manera, cosa que no ocurre hipotéticamente en el caso

estudiado porque los empleados públicos ya tenían acceso por su cargo al espectáculo público. El BGH alemán deja claro, por su parte, que carecen de relevancia las consideraciones hipotéticas que se puedan realizar en cuanto a si los empleados públicos hubieran dispuesto de la ventaja por otra vía lícita. En palabras del Tribunal, es «irrelevante (...) que el beneficiario hubiera podido obtener una ventaja comparativa igual por una vía distinta». Por la misma razón, es irrelevante a efectos del art. 422 CP (LA LEY 3996/1995) que la autoridad pública que ha recibido unos trajes como regalo disponga de una partida de dinero público en el presupuesto para comprarse tales trajes. No es de recibo que queden fuera del tipo penal aquellos funcionarios que por razón de su posición jerárquicamente elevada en la Administración pública puedan tener algún tipo de financiación que proceda de alguna partida presupuestaria para sufragar el regalo obtenido de un particular (17) .

El empleado público debe actuar «en provecho propio o de un tercero». Este elemento no es problemático cuando es el funcionario quien acepta la invitación y disfruta del espectáculo, pues es clara la obtención de una ventaja. Además, el funcionario responde cuando la invitación aproveche a un tercero, que es quien finalmente acude al espectáculo público. El tercero en cuyo provecho se entrega la invitación puede responder, en función de las circunstancias del caso, como partícipe en el delito.

2. Ausencia de criterios claros para determinar si un regalo o invitación son delictivos

El Código penal no ofrece ningún criterio que permita limitar el amplio alcance del tipo penal del art. 422. Una interpretación textual del precepto permite el castigo de la aceptación por el funcionario de cualquier obsequio, en este caso de cualquier invitación a un espectáculo deportivo o cultural. Esta amplitud tan desmesurada requiere el establecimiento de límites, que han de proceder de una interpretación que tenga en cuenta el bien jurídico protegido por el precepto, el significado de la expresión «en consideración a su función» y el criterio de la adecuación social (18) . Con todo, como vamos a ver, estos intentos de limitación chocan con la interpretación que realiza el TS del precepto.

a) El bien jurídico: principio de imparcialidad versus confianza de los ciudadanos en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la Ley

Se puede intentar una interpretación teleológica que atiende al fin que persiguen los preceptos que castigan el cohecho. Precisamente un sector de la doctrina trata de dejar fuera del tipo penal los casos aquí analizados con base en el dato de que no menoscaban el bien jurídico protegido. Claro está, éste se cifra normalmente en el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas. Desde esta perspectiva, la invitación solo es punible cuando genere un peligro para la correcta valoración de los intereses en conflicto, propia de todo procedimiento administrativo (19) . Por lo que sólo es reconducible al tipo penal la invitación al empleado público que pueda interferir en asuntos o expedientes que puedan afectar a un particular y que se hallen pendientes de resolución (20) . Se acerca mucho esta postura a la de la normativa penal alemana, que exige para que exista delito la existencia de un acuerdo ilícito entre el empleado público y quien invita, de manera que sólo hay delito cuando la invitación se realiza como contraprestación por el ejercicio del cargo o función que menoscaba la imparcialidad administrativa. Esto deja claramente fuera del tipo penal los supuestos que parece querer incluir, que son los de creación de un clima de corrupción en el sentido antes explicado.

Esto, sin embargo, no se ajusta a la interpretación que realiza la jurisprudencia de este precepto. Así, la STS de 13 de junio de 2008 (Rec. 2162/2007 (LA LEY 96479/2008)) explica que mediante la incriminación de esa conducta, se «protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la Ley». De acuerdo con el TS, se trata de un delito de peligro abstracto que adelanta la barrera punitiva para evitar hipotéticos actos posteriores del funcionario a cambio de recompensas (21) . No

se persigue con el precepto sancionar la aceptación de regalos por el funcionario público para premiar un acto anterior propio de su cargo, sino como manera de predisponerle a favor del corruptor en el futuro ejercicio del mismo (22) . Con este precepto se persigue blindar el ejercicio de la función frente a influencias espurias procedentes de quien entrega el regalo o la invitación (23) . Por lo que, de lege lata, no es necesario que la invitación se realice cuando el empleado público pueda interferir en asuntos o expedientes que puedan afectar al particular y que se hallen pendientes de resolución. Tampoco es un requisito que la aceptación de los regalos o invitaciones sea frecuente y cada vez tengan más valor (24) . En principio, basta con una sola invitación para que el peligro — abstracto— aparezca, en la medida en que se puede estar predisponiendo al empleado público de cara al futuro ejercicio de su función. Otra cosa es que pueda suponer un indicio más, de especial relevancia, la frecuencia y el valor de los regalos que recibe el empleado público.

En definitiva, la interpretación teleológica no es concluyente. Por lo que la inseguridad jurídica persiste. Veamos si hay otras opciones.

b) La expresión «en consideración a su función»: la conexión entre la invitación y el cargo o función

Otro criterio limitativo puede proceder de una interpretación gramatical o textual de la norma analizada, en concreto, de un elemento típico que exige el propio art. 422 CP. De acuerdo con este precepto, solo es punible la aceptación de una invitación que lleva a cabo el empleado público «en consideración a su cargo o función». La jurisprudencia exige que exista necesariamente una conexión causal entre la entrega de la dádiva y el oficio público del funcionario (25) , «de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto» (26) . De este modo, dicha entrega ha de realizarse por causa de la simple consideración a la función que este desempeña. La conexión causal supone que el motivo de la entrega de la dádiva ha de ser la especial posición que ostenta el cargo público, pues de lo contrario el particular no se hubiera dirigido a él ofreciéndole el obsequio (27) . Ha de acreditarse que el funcionario corrupto ha aceptado dádiva que le es entregada en atención a la especial posición que ostenta como cargo público. Esto es lo que mueve realmente al particular a ofrecer y entregar dicho obsequio, que de no ser por tal condición no se lo habría entregado. *A sensu contrario*, el comportamiento no será típico si el regalo se ofrece y se entrega por otros motivos, por ejemplo relaciones de amistad o familiares. Más complicado es determinar cuándo se entrega por un motivo o por otro, para lo que habrá que examinar el caso concreto (28) .

Las dificultades de prueba son evidentes, pero debe quedar claramente acreditado este elemento típico. El médico rural que recibe todas las navidades un generoso regalo por parte de un vecino agradecido que acude regularmente a su consulta, no comete delito si recibe el mismo regalo tras haber sido nombrado ministro, pues la reiteración de dicho obsequio no se realiza en relación con el cargo político que ahora ocupa (29) . Esto mismo ha venido a decir el TS en diversos casos. Por ejemplo, el TS acordó el archivo de una querrela contra la presidenta del TC, por la aceptación de un premio por importe de unos 30.000 euros. De acuerdo con el TS, había constancia de que tal dádiva, ofrecida públicamente por la entidad convocante y recibida de igual modo por la beneficiaria, no guardaba relación con la función pública referida. Más bien constituía, única y exclusivamente, un homenaje a su previa trayectoria académica y profesional, desvinculada así de su condición pública como miembro del TC [AATS 7784/2007, de 1 de junio, y 12929/2007, de 27 de septiembre (causa especial núm. 20637/2006)]. Quizás para solventar este problema, el nuevo art. 422 CP (LA LEY 3996/1995) incluye en la redacción junto al término función, el del cargo. Con ello, está queriendo dejar claro que no es necesario que la autoridad o funcionario concretos sean competentes para conceder o adjudicar contratos y otro tipo de actos.

En un conocido asunto, el TSJ Comunidad Valenciana dictó Auto (30) en el que interpretaba que esta modalidad de cohecho requería una relación causal entre la dádiva y alguna concreta ejecución de un

acto en el ejercicio de la función pública. La STS 478/2010, de 12 de mayo, dejó claro que esta argumentación no era correcta, pues el delito investigado tiene naturaleza de peligro abstracto y no de resultado, por lo que no es necesaria la realización de acto alguno por parte del receptor para que el delito exista.

Como decimos, la prueba de si la única explicación plausible de las invitaciones es la condición del empleado público requiere una valoración caso por caso (31) . En la doctrina española se propone valorar que el cargo ostentado por el empleado público tenga una conexión relevante con la gestión de intereses potenciales del particular, así como la idoneidad ex ante de la dádiva, de forma que resulte para un espectador objetivo que el único sentido social sea garantizar una buena disposición y esmero en la gestión de esos intereses (32) . En cualquier caso, la inseguridad jurídica permanece, porque hemos dicho que el TS no exige que el empleado público pueda interferir en asuntos o expedientes que puedan afectar al particular y que se hallen pendientes de resolución. Por lo que es indiferente la idoneidad de la invitación para predisponer al empleado público.

3. La naturaleza y el valor de la invitación. La adecuación social y la insignificancia

Ahora bien, no parece de recibo una interpretación textual del precepto que castigue la aceptación por el funcionario de cualquier obsequio, por insignificante que sea. No es admisible desde el punto de vista del carácter fragmentario del Derecho penal y del principio de intervención mínima (33) . Es evidente la necesidad de establecer límites, porque existen determinados regalos de cortesía que están socialmente admitidos (adecuación social) y que parece conveniente dejar al margen de la intervención penal.

En la Unión Europea, el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas dispone que el funcionario no puede aceptar, sin autorización de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, ninguna distinción honorífica, condecoración, merced, donativo o remuneración, sea cual fuere su naturaleza (art. 11). La Comisión Europea publicó directrices internas relativas a los regalos y las atenciones sociales, que se actualizaron el 7 de marzo de 2012. De acuerdo con ellas, los regalos y las atenciones sociales solo pueden aceptarse en virtud de las convenciones sociales, los usos diplomáticos o las reglas de cortesía, o si así lo exigen dichas convenciones, usos o reglas. Se requiere la autorización previa explícita de la autoridad competente para recibir un regalo por un valor de entre 50 euros y 150 euros. Dicha autoridad denegará la autorización para recibir un regalo cuyo valor supere los 150 euros.

En España también existe una restricción basada en la adecuación social legalmente reconocida en el art. 54.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (LA LEY 3631/2007), que incluye entre los deberes de los empleados públicos el siguiente principio de conducta: «Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal». De acuerdo con esto, la aceptación de obsequios que exceda de los «usos habituales, sociales y de cortesía» entra en el campo del Código Penal. Se alude así a lo que en Derecho penal se denomina criterio de la adecuación social, el cual es ampliamente criticado por razón de su indeterminación. La vaguedad del criterio obliga a concretar si en un determinado caso los obsequios han sido admitidos en el contexto de la normalidad de las relaciones personales, o exceden de lo tolerado socialmente. Por ejemplo, el TS considera que la recepción de un obsequio de Navidad de los valores habituales no es constitutiva de delito por ser socialmente adecuada (ATS 19-9-2005, Causa Especial núm. 13/2005).

No es sencillo establecer criterios que permitan concretar lo que entra en el ámbito de lo socialmente adecuado en este contexto. Algunas voces sugieren la necesidad de establecer límites cuantitativos, al igual que ocurre en otros preceptos del CP. Ciertamente esto daría gran seguridad jurídica y dejaría aquellos supuestos de escasa relevancia económica para el ámbito administrativo disciplinario. Ahora

bien, es ciertamente complicado fijar límites cuantitativos, porque el carácter motivador de un regalo dependerá de las circunstancias personales y económicas del funcionario (34) y, además, podría dar lugar al fraccionamiento de las entregas, lo que evitaría la aplicación del tipo penal. Es más, si se admiten dádivas o regalos de contenido no económico, sino sexual por ejemplo, es muy difícil establecer su cuantificación.

Otro sector doctrinal se decanta por seguir manteniendo el reproche penal a todo lo que no pueda vincularse con los usos y la adecuación social (35) . En cualquier caso, siempre será necesario hacer una valoración del caso concreto para determinar su carácter delictivo, y en dicha valoración parece conveniente considerar que la dádiva o regalo sean adecuadas ex ante para poner en peligro el bien jurídico protegido. Esto es lo que parece trascender de la STS 362/2008, de 13 de junio (LA LEY 96479/2008), en la que se condena a dos miembros de la guardia civil que frecuentaban un club de alterne (de servicio en unos casos y privadamente en otros) y no abonaban las consumiciones que tomaban en él, ni tampoco los servicios sexuales que recibían de las mujeres que trabajaban en el local, toda vez que el encargado había cursado instrucciones a los empleados para que no lo cobrasen en atención a su condición de guardias civiles. De acuerdo con el TS «el no abono durante 6 meses de las consumiciones de un club de alterne y, sobre todo, la asunción por el encargado del coste económico propio de los encuentros sexuales que los acusados mantenían con las prostitutas que allí trabajaban, va más allá de la idea de exclusión de la tipicidad por adecuación social. Esa generosidad no puede ahora escudarse en actos de liberalidad propios de un contexto social tolerante con ese tipo de regalos».

Pese a todo, el criterio de la adecuación social sigue siendo altamente inseguro, porque lo socialmente admitido es muy variable y está sujeto a cambios constantes. Habrá que preguntarse desde qué perspectiva se ha de considerar si la invitación es adecuada para la sociedad. La respuesta será distinta si se adopta la perspectiva de las partes implicadas —el cargo público o la empresa que invita— o la del ciudadano medio. Una invitación al palco VIP de un equipo de fútbol, que incluye comidas y bebidas, y por valores que rondan los mil euros, puede considerarse habitual en el ámbito empresarial. Sin embargo, a mi juicio no es socialmente adecuado.

Es necesario señalar que los casos que suelen reconducirse al criterio de la adecuación social suelen ser de escasa cuantía. Ahora bien, el expediente que más correctamente comprende estos supuestos es el de la insignificancia, que constituye un criterio interpretativo conectado con la lesividad del bien jurídico. En realidad, los supuestos de escasa cuantía deberían ser considerados atípicos por aplicación del criterio de la insignificancia y por la falta de lesividad para el bien jurídico (36) .

III. OPINIÓN PERSONAL: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

Existe un movimiento que impulsa en el Grupo de Estados contra la Corrupción-GRECO del Consejo de Europa, que propone la sanción penal de los casos en los que se crea un clima de corrupción mediante regalos u otras ventajas que no persiguen ninguna finalidad concreta en el momento de su entrega, pero que tratan de crear el ambiente propicio para que en el futuro se produzca un acto u omisión que beneficie al corruptor (37) . Desde luego que es importante hacer frente a estos comportamientos que tratan de fomentar buenas relaciones personales con los empleados públicos con el objetivo de ganar su simpatía de cara a sus futuras decisiones. Hemos querido llamar la atención sobre este tema, que genera un importante riesgo penal tanto para los funcionarios como para los empresarios y las empresas. Pero ha quedado claro que faltan criterios que ofrezcan seguridad jurídica. Lo más acertado sería que la propia ley penal diera orientaciones a este respecto. A falta de criterios legales, parece necesario que el Tribunal Supremo se pronuncie, para lo que debe llegar algún caso hasta dicha instancia. Recordemos que el Tribunal Supremo alemán se mostró partidario de la necesidad de que el fiscal acusara en el caso de las entradas a los partidos del mundial de fútbol, para que dicho Tribunal sentara doctrina.

Ofrecemos a continuación algunos criterios, que tienen como hilo conductor en todo caso es el bien jurídico protegido por los delitos de cohecho, que se centra en la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas. Solo aquellas conductas que menoscaben o pongan en peligro este bien jurídico han de ser reconducibles al tipo penal, quedando fuera por atípicas las que no lo hagan. Por lo tanto, serán punibles las invitaciones que puedan interferir en la toma de decisiones públicas. El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia 478/2010, de 12-5, parece amparar esta postura cuando dice: «no podemos olvidar cual es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general, que no es otro que preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente en una sociedad regida por las reglas del estado de derecho». Es cierto que utiliza la expresión «en general», y que si bien luego concreta cuando se trata del cohecho en consideración al cargo o función en el sentido tan amplio explicado, debería servir para realizar la interpretación del art. 422 CP. (LA LEY 3996/1995)

1. Diversos niveles de intervención: Derecho disciplinario y Derecho penal

Hemos explicado que el art. 54.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (LA LEY 3631/2007), que incluye entre los deberes de los empleados públicos el rechazo de cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. Constituye una falta disciplinaria muy grave, de acuerdo con dicha norma, «la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro» (art. 95.2 j). Esta falta se solapa claramente con lo dispuesto en el Código penal como delito, por lo que es conveniente dar pautas para diferenciar el delito del art. 422 CP del mero incumplimiento administrativo del deber citado.

Lo que aquí interesa es señalar que existen tres niveles en la gravedad de la actuación del empleado público que acepta una invitación o un regalo:

- a)** Aquellas invitaciones o regalos que se enmarcan en lo que la ley española denomina «usos habituales, sociales y de cortesía», y que a nivel penal se equipara con el criterio de la adecuación social. Estas invitaciones quedan fuera de todo tipo de intervención, tanto disciplinaria como penal.
- b)** Aquellas invitaciones o regalos que superan el canon de la cortesía o los usos sociales, que han de ser reconducibles a la infracción disciplinaria constitutiva falta grave (o de otro tipo de acuerdo con lo previsto en la legislación autonómica al respecto).
- c)** Aquellas que son socialmente inadecuadas y que son idóneas para menoscabar el bien jurídico protegido de la imparcialidad en los procesos administrativos, que serán susceptibles de ser reconducidos a la vía penal.

Concretamos estas pautas a continuación.

2. En consideración a su cargo o función: las invitaciones recibidas para el ejercicio de las funciones de representación

Si el funcionario es invitado en consideración a su condición de empleado público estatal, autonómico o local, la invitación encaja plenamente en el tipo penal. Existe una conexión causal entre la invitación y el ejercicio del cargo o función, por lo que la conducta es típica. Es indiferente que la invitación tenga como propósito influir en el funcionario público para que actúe o deje de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales a favor de la persona que invita. Es llamativo que esta conducta sea punible en todo caso, aun cuando el objetivo no sea influir en el funcionario público. Puede ocurrir que el empleado público sea invitado por razón de su función, pero con la

finalidad de poner en valor el evento deportivo o cultural. Es más, en ocasiones la asistencia al evento puede formar parte de sus obligaciones, por ejemplo, las propias de su deber de representación de la institución pública. Y esto no resulta excluido ni recurriendo a la adecuación social, ni al bien jurídico protegido tal y como lo entiende el TS. En el caso alemán de las entradas para los partidos de la Copa Mundial de fútbol se entendía que lo decisivo era si las invitaciones posibilitaban el desempeño las funciones de representación o si las entradas tenían otros objetivos (38) . Las tareas de representación están asociadas a la función del invitado, por lo que, en cierta medida, las entradas se entregaron «para» el ejercicio del cargo, y no «por razón» del mismo (39) . Las entregas que persiguen facilitar el ejercicio del cargo no tienen carácter de contraprestación, sino que constituyen exclusivamente un medio para el desempeño de funciones oficiales. Sin embargo, si mediante la invitación se influye en otras actividades oficiales de los funcionarios invitados, entonces se produciría el necesario acuerdo injusto o ilícito de acuerdo con la legislación alemana y se daría el tipo penal del cohecho (40) . Para tratar de distinguir cuándo se actúa en el ámbito de las tareas de representación (para el ejercicio del cargo) o fuera de ellas y, por lo tanto, en atención al cargo, la doctrina alemana propone algunos criterios. Así, algunos autores diferencian entre si la invitación se produce para la realización de funciones relacionadas con la condición (es decir, la representación) o tareas relacionadas con la actividad (es decir, por el ejercicio del cargo) (41) . Estos criterios, claros en la teoría son, sin embargo, en la práctica a difíciles de aplicar (42) . En el siguiente apartado ofrecemos algunos aspectos a tener en cuenta para saber si el empleado actúa en el ejercicio de funciones de representación, en concreto su posición jerárquica en la administración y su ámbito de competencias.

En definitiva, se ha de valorar si la invitación y las eventuales ventajas asociadas tienen por objeto el ejercicio de la función de representación del empleado público o si persiguen un fin diferente. Los tribunales alemanes han entendido que existe cohecho (porque se trata de influir en empleado público) cuando la participación del funcionario público excede de las tareas de representación. Así, el *Landgerichts (LG) Leipzig* decidió que va más allá de las labores de representación del primer alcalde de la ciudad de *Leipzig* la estancia de seis días en Berlín durante los que se celebraba una carrera ciclista (durante los años 2001 y 2002) pagados por una empresa cervecera por valor de 1348 euros (sentencia de 24 de julio de 2007). El *Amtsgericht (AG) Brühl* consideró delictiva la invitación a un funcionario público a un evento, por el especial valor de las comidas y por el entretenimiento que suponía el evento, por lo que la aceptación de esta invitación superaba el cumplimiento de las funciones de representación de los funcionarios (sentencia de 1 de octubre de 2007) (43) .

Cuando la invitación se formula para el ejercicio del cargo del empleado público, esto es, para realizar labores de representación, este está ejerciendo su función. Por lo que su conducta, en principio típica, quizás debería considerarse justificada de acuerdo con el art. 20 núm. 7 CP (LA LEY 3996/1995), esto es, actúa en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Lo cual resulta lógico, porque la aceptación de la invitación se realiza por el funcionario no solo por razón de su cargo o función, sino para el cumplimiento de sus deberes.

3. Otros criterios para limitar la aplicación del art. 422 CP

Parece conveniente dar algún criterio adicional que permita restringir el amplio campo de aplicación del tipo del art. 422 CP. (LA LEY 3996/1995) Ya hemos dicho, con todo, que tal y como se interpreta este precepto por la jurisprudencia, estos criterios no serían a día de hoy directamente aplicables. Aplicando la interpretación jurisprudencial, la mera admisión de regalos por un empleado público en atención a su cargo o función que superen lo socialmente adecuado (con los problemas que esta expresión conlleva), genera responsabilidad penal. Con la intención de restringir el ámbito de aplicación de este precepto que surge de dicha interpretación, consideramos conveniente tener en cuenta las siguientes indicaciones.

a) No deberían dar lugar a la aplicación del tipo penal aquellas invitaciones de pequeño valor a empleados públicos en el ámbito del patrocinio de actividades deportivas, culturales o de otro tipo entregadas por empresarios con los que no existe ninguna relación. A falta de otros datos que permitan deducir un riesgo de corrupción, el bien jurídico que debería resultar protegido centrado en la imparcialidad de los procedimientos administrativos no resulta ni siquiera puesto en peligro, por lo que se trata de una conducta atípica. No parece adecuado dar por sentado de que el empleado que acepta la invitación es un sujeto predispuesto a corromperse en el futuro (44) . Esta actuación, penalmente atípica, quizás merezca algún tipo de sanción por vía disciplinaria, pero no penal.

b) La situación cambia si existe algún tipo de relación oficial entre quien invita y el empleado público, lo que implica una conexión con la gestión de intereses potenciales del particular. Aquí estamos en presencia de un indicio importante de la eventual puesta en peligro de la imparcialidad de los procedimientos administrativos, porque el empleado público que acepta la invitación mantiene así una relación económica con el particular al margen de la ley. Lo primero que habrá que ver es el carácter de la relación oficial que les vincula y su relevancia. El alcalde de una ciudad puede aceptar una invitación del equipo de fútbol de la misma para ejercer su función de representación, aun cuando dicho equipo de fútbol, como será muy frecuente, tenga asuntos que han sido o están siendo gestionados por el consistorio municipal. La cuestión quizás debería cambiar si lo que existe es un contencioso entre el equipo de fútbol y el ayuntamiento en algún asunto, algo que quizás debería motivar el rechazo de la invitación por parte del alcalde.

Pero incluso, como dijimos en el apartado anterior, si existen asuntos no relevantes (no conflictivos) que relacionan al empleado público con el empresario, tampoco se puede afirmar tajantemente que exista un delito de cohecho. Habrá que valorar esencialmente si la invitación genera un riesgo relevante para el bien jurídico. Esto vendrá determinado, entre otros aspectos, por el rango que ocupa el empleado público y su ámbito de competencias.

—No es punible, a nuestro juicio, la invitación que se acepta en ejercicio de actividades de representación de un empleado público. La determinación de cuándo es así requiere atender al rango que este ocupa; cuanto más alto sea este más claramente se puede decir que es representante del órgano público al que encarna. Evidentemente que un equipo de fútbol puede enviar entradas para la final de un torneo importante a los representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, así como a otras instancias públicas. Quienes atiendan (ya sean los encargados de órgano o aquellos en quienes deleguen) lo harán en calidad de representantes del órgano que dirigen.

—Es conveniente también valorar el ámbito de competencias del empleado público. El Ministro de educación, cultura y deporte, cuyo departamento incluye también los eventos deportivos, puede ser invitado a un partido de fútbol de la selección nacional de España, o a un evento cultural, como un estreno de teatro o de ópera. No tengo tan claro que esto sea igual para el Ministro de Fomento, del Interior o de otras áreas con competencias muy alejadas del deporte o la cultura. Salvo, claro está, competiciones oficiales como Copa del Rey, etc. Para saber si el empleado público actúa en el ejercicio de sus funciones de representación es conveniente valorar si el evento, por su naturaleza, entra normalmente en las competencias de la institución a que representa, que incluso permitiría su asistencia sin haber obtenido las invitaciones. Se excluye de esta manera la eventual aparición de un peligro para la imparcialidad administrativa. Podría admitirse asimismo que la invitación incluyera no solo la asistencia al evento, sino también la participación en un programa de actos socialmente adecuados, como la asistencia a una comida o cena de clausura, etc. Por último, la regla general debe ser que las invitaciones a las autoridades en el ejercicio de sus funciones de representación no han de comprender a los acompañantes, quizás con la salvedad de que exista alguna costumbre o uso social que lo permita (45) .

Así, puede realizarse una invitación al Presidente del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo a

un evento cultural o deportivo, como por ejemplo la final de la Copa del Rey de fútbol, en cumplimiento de sus funciones de representación y con el fin de dar importancia al mismo. Lo que no parece de recibo es que los invitados sean jueces, de cualquier orden (penal, mercantil, civil, laboral...), porque no representan a la institución judicial y menos si tiene asuntos pendientes relacionados con quien realiza la invitación. Ahora bien, esto tampoco significa que la aceptación de una invitación por un juez o un fiscal haya de considerarse constitutiva de un delito de cohecho. Como decimos, es necesario tener en cuenta lo dicho en el criterio anterior (y en el siguiente apartado) de manera que, si acaso, su conducta debería ser reconducible al ámbito disciplinario.

c) Si existe una conexión relevante entre los intereses del empresario y empleado público, y la actuación de este va más allá de sus funciones de representación, la invitación se realiza «en atención al cargo o función». El hecho de que un equipo invite a un partido de fútbol al juez de lo penal (o al fiscal) que está tramitando un proceso por delito fiscal en el que está implicado dicho equipo como persona jurídica implica una relación entre empresario y empleado público que no es de recibo. En este caso parece evidente que la invitación se hace en atención al cargo o función y, si bien no se dice expresamente, parece que el objetivo es influir en el proceso. Aquí el peligro para el bien jurídico imparcialidad en los procedimientos administrativos se activa, porque la invitación puede generar (es idóneo) algún vínculo de dependencia susceptible de condicionar futuras decisiones no imparciales del juez en su ámbito de competencias. Por ello, esta situación debería ser considerada ilícita y probablemente encajaría en el tipo del art. 422 CP. (LA LEY 3996/1995)

Esto puede ocurrir en el ejemplo de la invitación como ponentes de jueces de lo mercantil en un Congreso de Derecho Mercantil y Concursal, organizado por una serie de despachos dedicados a asuntos mercantiles al que nos referimos al inicio de este trabajo. De hecho, la Comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial adoptó un acuerdo al respecto el día 24 de junio de 2014. Según el mismo, atendidas las circunstancias concurrentes en el Congreso y siguiendo la recomendación recogida en las conclusiones del informe del Servicio de Inspección, señala que dicha actividad podría «comprometer la imparcialidad e independencia» de los magistrados, y por lo tanto, resultar incompatible desde la perspectiva del art. 1.3 de la Ley 53/1984 (LA LEY 2769/1984), de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (46) . Las circunstancias son claras, parece existir una relación o conexión relevante entre los organizadores y las autoridades judiciales invitadas (son abogados que en algún momento pueden ser nombrados por la propia autoridad judicial como administrador concursal), el límite cuantitativo de la invitación (costes de viaje, hotel de lujo y pago de la conferencia) supera con creces la adecuación social y va más allá de la mera insignificancia, se incluye al acompañante, etc. Parece claro, por lo tanto, que el bien jurídico imparcialidad en los procesos administrativos, en este caso judiciales, queda comprometida y, por lo tanto, la aceptación de la invitación podría ser constitutiva de un delito de cohecho.

d) Por último, la solución de estos supuestos, incluso siguiendo los criterios marcados anteriormente, requiere tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto (cuantía de la invitación, reiteración en las invitaciones, la posición jerárquica del funcionario público) para verificar si encajan en el fin de protección del art. 422 CP (LA LEY 3996/1995), es decir, la imparcialidad en los procedimientos administrativos. Habrá que valorar, entre otras cosas, si existe alguna relación previa entre el funcionario y el particular, en el sentido de que el empleado público tenga capacidad de influir en asuntos administrativos del particular que se encuentren pendientes de resolución. También será necesario tener en cuenta la reiteración en el tiempo las invitaciones y regalos, y si cada vez son más frecuentes e incluso más valiosos (47) . Asimismo es conveniente tener en cuenta si la entrega de la invitación se hace de manera oculta, con opacidad. Si bien el tipo penal actual permite castigar la fase inicial de tanteo, castigando la primera invitación que normalmente persigue probar si se trata de un empleado público receptivo y poder así identificar al sujeto a corromper, parece que estos casos no generan un riesgo relevante para el bien jurídico merecedor de sanción penal.

4. De lege ferenda: conveniencia de incluir el requisito de la autorización

Como decimos, no todos los casos de aceptación de una invitación por un empleado público han de ser merecedores de sanción penal. Parece conveniente que se prevea de manera expresa la posibilidad, que existe en otros países, de que la invitación sea autorizada (implícita o implícitamente) por un superior o por un organismo competente. Si se obtiene la autorización, la conducta típica de aceptar regalos resultará justificada (48). Para ello es necesario que la autoridad competente haya aprobado la ventaja en el marco de sus competencias con antelación a la aceptación de la invitación o, incluso, a petición presentada inmediatamente después. Para conceder la autorización es necesario que la autoridad valore todas las circunstancias del caso, que normalmente está condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones, como donar el valor en dinero del regalo a una organización benéfica o al Estado.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La práctica del regalo y el agasajo a autoridades, que tiene carácter estructural o sistémico, ha de ser definitivamente desterrada. No es descortés decir que no a un regalo. Existen normas suficientes de las que podemos deducir que la cultura del obsequio no tiene cabida en nuestra sociedad. Normas administrativas y penales prohíben los regalos, con la excepción de los socialmente inadecuados (expresión esta que no se concreta). La práctica, sin embargo, es la contraria, se admiten los regalos prácticamente sin límites. Es hora de cambiar el hábito del obsequio. Y ello no se puede hacer solamente mediante la norma penal. Desde luego que la educación y formación tienen mucho que decir en este contexto. Otras iniciativas hasta el momento menos contundentes son la aprobación de códigos éticos, medidas que se crean de cara a la galería y que tampoco son la solución. Sobre todo si lo que hacen es repetir como un mantra que no se han de aceptar regalos que sobrepasen los usos y costumbres de la simple cortesía, fórmula de nuevo plagada de ambigüedad. Es conveniente adoptar medidas concretas al respecto.

—El Derecho penal no es la vía adecuada para cambiar esta práctica. No parece sensato saturar los tribunales penales de casos de pequeña entidad. Por un lado, como decimos, es una cuestión de educación del empleado público, y también de las empresas privadas que realizan los regalos. La idea es que no se deben hacer regalos ni aceptarlos. Por otro lado, está el Derecho disciplinario, que debe actuar antes que el Derecho penal.

—Se ha de elevar el listón de la adecuación social. Ya basta de oír a representantes políticos decir que los bolsos de marca o los relojes de alta gama son regalos socialmente adecuados. Precisamente el descrédito de lo público en la sociedad reduce el círculo de las invitaciones y regalos que ésta considera apropiados.

—Y ello conduce también a subir el límite cuantitativo de cara a la aplicación del criterio interpretativo de la insignificancia. No es fácil dar una cifra, pero una horquilla entre 50 y 100 euros puede servir de referencia.

—La licitud de la aceptación del regalo ha de depender de la autorización del superior u órgano que corresponda. De esta manera, no se deja al arbitrio del empleado público si puede aceptar o no el regalo o la invitación.

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación titulado «Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad (NULIPAI)» (DER 2011-26909), del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es Antonio Doval Pais.

(2) STS 1918/2013, de 23 de abril. Expresamente señala el TS en relación con el delito de cohecho en consideración al cargo contenido en el artículo 422 CP (LA LEY 3996/1995), que «los objetivos del particular que ofrece dádivas o regalos en consideración a la función, en general, están vinculados, hablando de manera coloquial, al "engrasamiento" general de la

maquinaria burocrática administrativa por la vía del agradecimiento o complacencia de la autoridad o funcionario que la recibe». *Morales Prats, Fermín / Rodríguez Puerta, María José*, «Comentario al artículo 422 CP (LA LEY 3996/1995)», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Gonzalo Quintero Olivares* (dir.), 2011, se refieren a los «engrasadores de la actividad administrativa».

- (3) Así en Alemania, *Bannenberg, Britta*, «Korruption», en *Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. München 2014, Kapitel 12, págs. 695-773 (C. H. Beck), nm. 61; *Sowada, Christoph, Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth/ Tiedemann, Klaus* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. StGB. Band 13: §§ 331-358 in 14 Bänden*, De Gruyter, 12. Aufl. 2009, § 331, nm. 71; *Friedhoff, Tobias*, *Die straflose Vorteilsannahme, Zu den Grenzen der Strafwidrigkeit des § 331 StGB — mit vergleichender Darstellung der entsprechenden Normen in Österreich und der Schweiz*, C.F. Müller, Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht, Gießen 2012, nm. 83.
- (4) Sobre invitaciones a empleados de otras empresas y la eventual comisión del delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis CP (LA LEY 3996/1995), cfr. *Lascuraín, Juan Antonio*, «Compliance, debido control y unos refrescos», en *El Derecho penal económico en la era compliance*, Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, Dir., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pgs. 111-135.
- (5) Noticia de *Juan José Lobo*, «Jueces con miles de casos pendientes viajan a Canarias "gratis total" en días laborables», en *El Confidencial*, 18/06/2014, http://www.elconfidencial.com/espana/2014-06-18/jueces-con-miles-de-casos-pendientes-viajan-a-canarias-gratis-total-en-dias-laborables_147727/
- (6) Cfr. *Jahn, Matthias*, «Vorteilsgewährung durch Versendung von WM-Tickets», *Juristische Schulung*, 2009, Heft 2 (Seite 97-192).
- (7) Sobre los delitos de cohecho, cfr., entre otras obras, las monografías de *Valeije Álvarez, Inmaculada*, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid, EDESA, 1995; *Rodríguez Puerta, M^a José*, *El delito de cohecho. Problemática Jurídico-Penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 1999; *Olaizola Nogales, Inés*, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; *Vizueta Fernández, Jorge*, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, serie estudios de derecho penal, 50, Granada, Comares, 2003; *De La Mata Barranco, Norberto*, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004; centrada en la contratación administrativa y en los delitos aplicables, cfr, la obra de *Jareño Leal, Ángeles*, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, 2011.
- (8) Cfr. *Otero González, Pilar*, «El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo», en *Cuadernos de política criminal*, N^o 105, 2011, págs. 61-86, pág. 64, nota 6, explica que la expresión «cohecho de facilitación» se recoge por primera vez en España en el Trámite de Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley (BOCG, SENADO, SERIE II 27 DE MAYO DE 2010 NÚM. 48 (c) y ENMIENDAS E ÍNDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO (BOCG Congreso, 18 de marzo de 2010 Núm. 52-9). citado en la nota a pie anterior, durante la tramitación de la LO 5/2010 (LA LEY 13038/2010). Con todo, se emplea desde hace décadas en el Derecho anglosajón («facilitation or grease payments»), y, en concreto en el tratamiento de prácticas corruptas, así en la FCPA (*Foreign Corruption Practices Act*) para referirse a acciones gubernamentales de rutina. Con todo, no creo que sea correcta la equiparación del delito previsto en el artículo 422 con el cohecho de facilitación norteamericano, que lo que hace precisamente es excluir del delito de cohecho a funcionarios extranjeros aquellos pagos realizados a un funcionario público extranjero con la finalidad de agilizar o asegurar el desempeño de una acción gubernamental de rutina por parte de ese funcionario. Quizás, como dice esta autora, el cohecho de facilitación se aproxima más al cohecho pasivo impropio del artículo 420 CP (LA LEY 3996/1995), es decir, a la aceptación de ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo, que sería la acción rutinaria a la que se refiere la norma norteamericana, que al cohecho en consideración al cargo o función del artículo 422, en el que no es necesario la realización por parte del funcionario de ningún acto posterior. También lo denomina cohecho de facilitación *Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando*, «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado "cohecho de facilitación"», en *Revista de derecho penal y criminología*, N^o 6, 2011, págs. 151-179; asimismo *Rodríguez Puerta, María José*, «Modificaciones en materia de cohecho (artículos 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426 y 427)», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Álvarez García, Francisco Javier / González Cussac, José Luis (dir.), Valencia, 2010, pgs. 465-473, pg. 470.
- (9) Cfr. ampliamente sobre la evolución histórica *Vizueta Fernández, Jorge*, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico*

del delito de cohecho, Comares, 2003, pg. 213.

- (10) Cfr. *Vázquez-Portomeñe Seijas*, «Admisión de regalos y corrupción pública», cit., pgs. 151-179.
- (11) *Morales Prats / Rodríguez Puerta*, «Comentario al artículo 422 CP (LA LEY 3996/1995)», cit.
- (12) STS 362/2008, de 13 de junio (LA LEY 96479/2008).
- (13) Así en la doctrina alemana TRÜG, Gerson, «Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe?», *Neue Juristische Wochenschrift: NJW*, Año 2009, Vol. 62, Número 4, pgs. 196-198, pg. 196; *Noltensmeier, Silke*, «Die Verbindung des Angenehmen mit dem Nützlichen —Ein neues Anwendungsgebiet für die Gesamtbetrachtungslehre des BGH. Anmerkung zu BGH 1 StR 260/08— Urteil vom 14. Oktober 2008 (HRRS 2008 Nr. 896)», *HRRS*, April 2009, Heft 4/2009, 10. Jahrgang, pgs. 151-155, pg. 152.
- (14) LG Karlsruhe Urteil vom 28.11.2007, 3 KLS 620 Js 13113/06.
- (15) BGH 1 StR 260/08 - Urteil vom 14. Oktober 2008.
- (16) §§ 331 y siguientes del Código Penal alemán – StGB.
- (17) *Noltensmeier*, «Die Verbindung des Angenehmen mit dem Nützlichen», cit., pg. 152.
- (18) Así *Gimbernat Ordeig, Enrique*, «El endiablado cohecho impropio», en *El Mundo*, 5 de julio de 2010.
- (19) Como dice *Vázquez-Portomeñe Seijas*, «Admisión de regalos y corrupción pública», cit., pg. 175.
- (20) Como requieren *Morales Prats / Rodríguez Puerta*, «Comentario al artículo 422 CP (LA LEY 3996/1995)», cit. Otra cosa es que quizás hubiera que reservar la intervención penal para estos supuestos, que son los que tienen la entidad suficiente para suponer un menoscabo relevante del bien jurídico.
- (21) STS 883/1994, de 11 de mayo. En la misma línea van otras sentencias de Audiencias Provinciales y de Tribunales Superiores de Justicia, como la STSJ Illes Balears, sec. 1ª, de 19-5-2014.
- (22) Para *Rodríguez Puerta*, *El delito de cohecho*, cit., pp. 275-276, este precepto vendría a castigar la «actitud» del funcionario que se muestra, en principio, dispuesto a ulteriores ventas de sus funciones públicas. Critica esta autora dicha interpretación que supone, dice, una lectura voluntarista del precepto. A su juicio, esta figura debería ser interpretada como un delito de peligro concreto, de manera que solo sea aplicable a los casos en los que no ha podido probarse el acto concreto posterior por el que se ha obsequiado al funcionario.
- (23) Cfr. *Vázquez-Portomeñe Seijas*, «Admisión de regalos y corrupción pública», cit., pg. 171.
- (24) Como parece exigir *Vázquez-Portomeñe Seijas*, *Ibidem*, pg. 173.
- (25) STS 362/2008, de 13 de junio (LA LEY 96479/2008); STS 1918/2013, de 23 de abril.
- (26) STS 478/2010, de 12 de mayo.

- (27) STS 30/1994, de 21 de enero; STS 362/2008, de 13 de junio (LA LEY 96479/2008); STS 1918/2013, de 23 de abril.
- (28) Sobre esta dificultad véase el polémico Auto 60/2009, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, de 1-8-2009. Este Auto sobreescribió el caso puesto que los acusados carecían de competencia para autorizar la adjudicación de los contratos de la Administración valenciana a la empresa presuntamente corruptora, no formando parte de las mesas de contratación correspondientes. También, STS 1918/2013, de 23 de abril.
- (29) Cfr. *Gimbernat Ordeig*, «El endiabrado cohecho impropio», cit.
- (30) ATSJ de C. Valenciana (Sala de lo Civil y Penal) —Caso Gürtel— 60/2009, 1 de agosto.
- (31) El *Bundesgerichtshof* alemán, en la sentencia EnBW, menciona como indicios que pueden servir para acreditar este punto y excluir otros motivos de la invitación los siguientes: la posición jerárquica del funcionario y la relación de quien invita con sus funciones (los puntos de contacto con la función); el procedimiento mediante el que se realiza la invitación (secreto o transparente); la naturaleza y el valor de la invitación.
- (32) Así *Sanchez Tomás, José Miguel*, «Cohecho», en *Tratado de Derecho penal español parte especial III, F. Javier Álvarez García*, Dir., Tirant lo Blanch, 2013, pg. 424.
- (33) *Arribas López, Eugenio*, «Sobre el denominado delito de cohecho pasivo impropio», en *Diario La Ley*, Nº 7278, 2009, págs. 4-9, pág. 6
- (34) *Ibidem*, pgs. 6-7.
- (35) *Arribas López, ibidem*, quien propone que *de lege ferenda* se tenga en cuenta la cuantía de 400 euros como límite para considerar falta o delito.
- (36) Así *Otero González*, «El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función», cit., pg. 79.
- (37) Así lo indica *Vázquez-Portomeñe Seijas*, «Admisión de regalos y corrupción pública», cit., pág. 154.
- (38) Así lo entiende *Valerius, Brian*, «Der Amtsträger zu Gast bei Freunden` — Vorteils-gewährung bei Sponsoring durch Versendung von Eintrittskarten für die Fußball-Weltmeisterschaft?», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht - GA*, 2010, págs. 211-221, pg. 215.
- (39) *Trüg*, «Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe?», cit., pág. 197.
- (40) *Valerius*, «Der Amtsträger zu Gast bei Freunden», cit., pág. 215.
- (41) *Trüg*, «Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe?», cit., pág. 197; *Schünemann, Bernd*, «Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrBekG», en *Festschrift für Harro Otto*, Bücher Carl Heymanns Verlag, 2007, págs. 777-798, pgs. 783 ss.
- (42) Así lo entiende *Valerius*, «Der Amtsträger zu Gast bei Freunden», cit., pág. 215.
- (43) Información obtenida del informe S 20, *Hospitality und Strafrecht*, 2011, pg. 10.

- (44)** Como acertadamente indica *Vázquez-Portomeñe Seijas*, «Admisión de regalos y corrupción pública», cit., págs. 169/170.
- (45)** Así, *Trüg*, «Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe?», cit., pág. 198.
- (46)** Acta de la reunión de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial del día 24 de junio de 2014.
- (47)** Como exige *Vázquez-Portomeñe Seijas*, «Admisión de regalos y corrupción pública», cit., pág. 173.
- (48)** Como ocurre en Alemania, en el § 331 párrafo 3 y § 333, párrafo 3 del Código Penal alemán.