



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Juan Javier Pérez Pérez



www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 21. FEBRERO 2018

NÚMERO MONOGRÁFICO

00

**La influencia del código ético en la
tipicidad del delito de cohecho
pasivo impropio**

Jose Antonio Patrocinio Polo
Magistrado

LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO ÉTICO EN LA TIPICIDAD DEL DELITO DE COHECHO PASIVO IMPROPIO.

Jose Antonio Patrocinio Polo

Magistrado

Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz.

RESUMEN: *Este artículo analiza el delito de cohecho pasivo impropio en relación con el precepto del código ético judicial relativo a los regalos o favores, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los presupuestos del tipo penal. Se realiza especial referencia a la conexión causal entre la dádiva y la función judicial, con exclusión de los supuestos que respondan a usos sociales adecuados, todo ello en relación con la cuantía del regalo y la posible existencia de acuerdo previo entre donante y receptor.*

VOCES: Cohecho pasivo impropio. Código ético judicial. Imparcialidad judicial. Dádivas y regalos. Usos y costumbres sociales. Pacto previo. Dolo.

ARTÍCULO

Se pretende, en esta breve ponencia, realizar algunas reflexiones sobre la influencia o incidencia que puede tener el Código Ético, recientemente aprobado por el CGPJ con la denominación de “Principios de Ética Judicial”, en la regulación del delito de cohecho pasivo impropio. O si se prefiere, las relaciones e interconexiones que existen entre ambas regulaciones, una de carácter deontológico y otra de carácter normativo-penal, en un asunto tan delicado y sensible a la opinión pública que está relacionado con la corrupción de autoridades y funcionarios públicos.

En este punto las fronteras, los límites que existen entre las disposiciones del Código Ético y los tipos del CP son difusas y difíciles de deslindar. La jurisprudencia del TS tampoco ha ayudado mucho al respecto a la hora de definir y delimitar los verdaderos perfiles del tipo penal. Analizaremos en el curso de esta exposición un reciente auto del TS en el que se aborda este tema pero sin resolverlo definitivamente. Pareciera que a nuestro más Alto Tribunal le ha dado miedo (o no ha querido) “coger el toro por los cuernos”, valga esta descriptiva expresión. O tal vez porque sea difícil

establecer consideraciones generales al respecto, debiendo estarse a las peculiaridades del caso concreto para definir el tipo.

Lo primero que es menester poner de manifiesto es que el código ético español, a diferencia de otros como el italiano, carece de fuerza normativa, de manera que la infracción de sus disposiciones o principios no dará lugar a responsabilidad disciplinaria por parte del Juez incumplidor. Por lo menos por ahora.

Partiendo de esta premisa, y en lo que aquí atañe, el artículo 28 de dichos Principios de Ética Judicial establece lo siguiente: “El juez y la jueza no aceptarán regalo, cortesía o consideración que exceda de las lógicas convenciones sociales y, en ningún caso, cuando ponga en riesgo su apariencia de imparcialidad”. Dicha norma deontológica, que está incluida en el capítulo III referido a la “Integridad”, parece inspirarse en el artículo 14 del Código Iberoamericano de Ética Judicial que establece lo siguiente: “Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados desde la perspectiva de un observador razonable”. Se incluye esta norma iberoamericana dentro del capítulo de la “Imparcialidad”, lo cual constituye, a mi juicio, una mejora sistemática respecto del caso español si se tiene en cuenta que los tres grandes principios éticos de la función judicial son la independencia, la imparcialidad y la motivación.

A su vez el artículo 422 CP, según redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, tipifica el delito de cohecho impropio y castiga “a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueran ofrecidos en consideración a su cargo o función...”. Se tipifica, en consecuencia, la recepción de regalos por autoridades y funcionarios públicos, que no estuvieran vinculados con la realización de un acto o resolución, ni con otro tipo de favorecimiento.

Como se puede observar, la regulación contenida en el código ético en esta materia y el tipo penal de cohecho pasivo impropio tiene muchos rasgos comunes, y resulta difícil discriminar ambos campos de actuación, el de la ética y el del derecho penal, de manera que puede decirse que se superponen, se confunden y se solapan y que el matiz diferenciador es muy sutil y, desde luego, difícilísimo de probar.

A mi juicio habría que discriminar en un primer estadio interpretativo, (aunque ninguna de ambas regulaciones distingue esta precisión), si el regalo, dádiva, cortesía o consideración que recibe el Juez o Jueza (u otra autoridad o funcionario) proviene de un particular o bien de una institución u organismo público. Efectivamente, no es lo mismo que el Ayuntamiento de una ciudad por pura cortesía y deferencia institucional envíe (regale) dos entradas al presidente de la Audiencia para asistir durante las fiestas de esa ciudad a una función de teatro, por ejemplo, lo que se hace igualmente con otras autoridades distintas. Diferente sería cuando el autor del envío fuese una empresa privada o un particular. En el primer caso, a mi juicio, no se vulneraría el código ético porque es un uso socialmente admitido y en ningún caso reprochable, que consideraciones de este tipo se tengan entre autoridades de diversa procedencia y categoría. Aquí no habría más interés que el de la mera cortesía institucional. Ahora bien, si el Ayuntamiento tuviera algún pleito cuya resolución dependiera directa o indirectamente de la autoridad judicial citada, entonces la aceptación de tal cortesía sí vulneraría el código ético pues, cuando menos, se está afectando la apariencia de imparcialidad. En estos supuestos podría plantearse, incluso, y desde el momento en que podría estar cuestionada dicha apariencia de imparcialidad, la posibilidad de una abstención o recusación si seguimos aquellas posturas doctrinales que amplían por “esta vía de la apariencia de imparcialidad” el catálogo de causas de abstención o recusación que, a mi juicio, deberían ser tasadas constituyendo un *numerus clausus* y, además, de interpretación restrictiva. El delito de cohecho, como enseguida veremos, exigiría un plus en la conducta del receptor del regalo o consideración.

En cambio, tratándose, como he dicho, de regalos realizados por particulares (personas físicas o jurídicas) le estaría vedado a la autoridad o funcionario, sea judicial o no, recibir cualquier suerte de regalo, dádiva, consideración o cortesía y ello para evitar cualquier tipo de suspicacia, malentendido o libelo por parte de la opinión pública y de los ciudadanos en general. (La mujer del César, etc.). Pues en este caso, haya pleito o no haya pleito pendiente, se vulneraría, cuando menos y a mi humilde juicio, dicho código ético siempre, claro está, que el regalo se haga en consideración a la función que se desempeña por el Juez (o por otra autoridad), y no por motivo de amistad personal o privada. Por eso entiendo (y este es un punto de vista muy personal, y tal vez un poco radical) que los Jueces y Magistrados, y más si pertenecen a Altos Tribunales, no pueden aceptar regalos o consideraciones

de particulares porque ello afecta a la confianza en la justicia, no pueden, por ejemplo, acudir a palcos de eventos deportivos o similares, y menos cuando esto tiene repercusión pública a través de la TV. El Juez, precisamente por la especial y alta función que desempeña, tiene una serie de limitaciones en su vida privada que es menester aceptar, *velis nolis*. En este punto es mejor pasarse que quedarse corto.

Algunos códigos iberoamericanos de ética judicial son muy estrictos en estos temas que afectan a la vida privada de los Jueces. GABALDÓN ¹ indica que la conducta privada personal del juez tiene transcendencia social, por lo que ha de responder a lo que la sociedad espera de él: credibilidad y confianza. En el mismo sentido, DEL MORAL ² indica que no es posible disociación entre vida pública y privada, especialmente en zonas rurales y de limitada demografía.

Estas opiniones doctrinales responden, como afirma SOSPEDRA NAVAS ³ “a la necesidad de que el juez dé apariencia de persona correcta y digna para el ejercicio de la alta función que desempeña como presupuesto de confianza social en la justicia, lo que explica que los códigos éticos entren en aspectos que afectan a la vida privada del juez. En este sentido el Código de Bangalore, en su artículo 3.1 establece que “El juez debe asegurarse que su conducta esté por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable”. Y este deber es exigible, en mayor medida si cabe, precisamente por estar en la cúpula del organigrama de la organización judicial a los miembros del CGPJ, los que deben ser paradigma de honestidad, probidad, imparcialidad, integridad, honradez, austeridad, justicia y capacidad.

El Juzgado de Instrucción n. 1 de Lugo, en un procedimiento penal en el que se investigaban delitos relacionados con la corrupción política, incoó pieza separada y la elevó al TS con exposición razonada por entender que determinadas personas aforadas podían haber cometido un delito de cohecho impropio al haber aceptado como regalo una serie de botellas de vino de alta

¹ GABALDÓN LOPEZ, José. “Reflexiones sobre la ética judicial”. En VVAA. Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología, Vol. 2. Murcia: Universidad Católica San Antonio de Murcia. 2003. Págs. 781-820.

² DEL MORAL, Antonio. “El juez civil ante la moral, la ética y la deontología”. En AA. VV. Ética de las profesiones jurídicas: Estudios sobre deontología. Vol. 2. Universidad Católica de San Antonio. Murcia. 2003, pág. 851.

³ SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. Análisis comparado de los códigos éticos vigentes. En VV.AA. Ética del Juez y Garantías Procesales. Manuales de formación continuada. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, año 2004.

calidad que recibieron por Navidad de una empresa, en definitiva, de un particular.

La Instructora del procedimiento tomó la determinación de fijar un límite económico mínimo, entendiendo que por debajo de dicho umbral, la recepción de regalos, aun siendo un hecho reprobable moralmente no alcanzaría a revestir relevancia penal, recurriendo al criterio cuantitativo que marca la diferencia entre los delitos leves y menos graves, de tal modo que si el importe del regalo no sobrepasara los 400 euros la acción sería atípica y si sobrepasa dicha cantidad merecería el reproche penal, considerando que todo regalo que exceda de esta suma va más allá de los usos sociales y de los valores habituales así como de lo que puede ser interpretado como regalo de mera cortesía, con capacidad para turbar la imparcialidad y la probidad de los funcionarios y autoridades. En suma, la Jueza considera que todo regalo o dádiva realizada por un particular a una autoridad o funcionario es un acto ilícito y reprobable. La frontera entre el ilícito moral y el ilícito penal habría que situarla teniendo en cuenta el valor económico del regalo, su cuantía, criterio al que se atiende en determinadas regulaciones del derecho comparado, particularmente del anglosajón.

El TS, empero, en un auto de 17 de marzo de 2017⁴, cuyo ponente fue D. Andrés Palomo del Arco, no aceptó tal tesis ciertamente original. La referida resolución realiza un estudio de la cuestión en los siguientes términos:

El delito del art. 422 del CP exige la concurrencia de una serie de elementos para la afirmación del tipo. Así en la STS 323/2013 de 23 de julio, recurso de casación 424/2012, se decía:

"...a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo, b) la aceptación por éste de dádiva o regalo, c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La expresa utilización del término dádiva, añadiendo al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesidad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la

⁴ ROJ: ATS 2128/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2128^º.

que se afirma 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".

Según el TS, para la afirmación del tipo es necesaria una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, de tal forma que la entrega se realice por causa de la simple consideración a la función que desempeña la autoridad o funcionario. Por ello es conveniente insistir en que no se exige del funcionario o autoridad la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio de su cargo sino que basta que el regalo sea ofrecido en consideración a su función.

La necesidad de este enlace causal entre la entrega del obsequio y el carácter público del receptor se expresa con elocuencia cuando se precisa que el término "en consideración a su función" debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de autoridad o funcionario de la persona, esto es, que solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga, le ha sido ofrecida la dádiva, el objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no se hubiera dirigido a él ofreciéndole aquélla.

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.

Si, evidentemente, el regalo se presenta y acepta no en consideración a la función desempeñada por la autoridad o funcionario, sino, en virtud, por ejemplo, de relaciones familiares o amistosas, la acción quedaría fuera del perímetro típico del art. 426 CP 1995, en la actualidad artículo 422, con independencia de la dificultad en la práctica de distinguir cuando el regalo se ha hecho por meras relaciones amistosas y no en consideración a la función.

Por regalo habría que entender objeto de valor material (económico) más o menos grande "pero suficiente para descartar toda idea de afección" independiente del valor económico del regalo. Lo fundamental es que las circunstancias hagan desear toda idea de afecto, inclinación o apego, si estas fueran descartables, cualquiera que sea el valor de la cosa -siempre que

la tuviera- pues bastaría para que fuera aplicable la máxima de que la "justicia o ofende etiam uno nummo" (aún por un solo céntimo).

Otros autores señalan, sin embargo, que en caso de regalos cuya cuantía sea moderada o de lo que en los usos sociales se consideran forma habitual de relación amistosa, el precepto no debiera ser aplicado por más que el regalo se realice en consideración a su función por faltar la voluntad de corromper, no pudiendo hablarse de tales supuestos de retribución por un acto del cargo sino de pequeños obsequios hechos a título de mera cortesía.

En este sentido parece, en efecto, ilógico estimar que un regalo de ínfimo valor pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario o autoridad, a tal respecto deben tenerse presente las exigencias de la adecuación social, conforme a las cuales conducta socialmente adecuada es la conducta tolerable en la sociedad, porque se la estima normal en un determinado orden social histórico; la conducta socialmente tolerada no constituye una acción ejemplar o plausible, sino que se limita a representar un comportamiento no sujeto a reprobación social.

En este ámbito de los usos y costumbres sociales la STS. 362/2008 de 13.6 ⁵, reconoce que no es tarea fácil la delimitación del alcance del delito de cohecho pasivo impropio del art. 426 CP, (ahora artículo 422 CP), a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obligan a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social.

Como fórmula orientadora, algún autor considera que puede considerarse, por ejemplo, lo recogido en el art. 54.6 Ley 7/2007 de 12.4, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) al incluir, 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. Formula esta anticipada en el denominado Código del Buen Gobierno de los miembros del Gobierno, los altos cargos de la Administración

⁵ ROJ: STS 3976/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3976 .

del Estado, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 18.2.2005, en el número 6 del apartado 3 (Principios de conducta) del Código puede leerse:

"6. se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal".

En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional se incorporan al patrimonio del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003 de 3.11 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente.

En definitiva, la cuantía y significación de la dádiva, favor o retribución, la problemática en este ámbito surge del carácter socialmente adecuado, cuando no insignificante, de determinados regalos o presentes que con cierta frecuencia se realizan a funcionarios o autoridades. Como gráficamente se ha afirmado, el delito de cohecho persigue la significativa alteración de la imparcialidad y objetividad de la función pública pero no puede pretender establecer una cruzada frente a la "cultura del regalo". Precisamente por ello es habitual que se exija una cierta entidad del contenido y cuantía de la "dádiva" al menos hasta el punto de que pueda considerarse que, por su entidad, actuó como motivación alterando la voluntad del funcionario haciéndole perder la imparcialidad y objetividad en su actuación.

La cuestión es, como estamos viendo, difícil de precisar en la práctica por la inherente dificultad de determinar cantidades específicas a partir de las cuales conceder relevancia típica a "dádivas" de una determinada cuantía. Precisamente por ello, junto al criterio de la capacidad motivadora de la "dádiva" se utiliza el criterio de la existencia de acuerdo previo, de forma que favores o retribuciones de cuantía discutible, cumplen las exigencias típicas cuando es posible la probanza de la existencia de un pacto previo que compromete a corruptor y funcionario.

Finalmente y en orden a la fundamentación de la culpabilidad debe exigirse que el sujeto activo se comporte dolosamente para responder por la realización del supuesto típico: el funcionario o autoridad ha de poseer la voluntad libre y consciente de aceptar los regalos con conciencia o en la convicción de que éstos le son presentados por razón de su cargo..."

En estos términos fija el TS la doctrina legal acerca del delito que venimos analizando, y concluye que en el caso examinado -la exposición razonada que le remitió el Juzgado de Lugo- la recepción de diversos regalos, botellas de vino de conocida y renombrada marca y elevado precio, no constituye el delito de cohecho sino un uso social aceptado y carente de reprobación penal.

Parece que el TS sigue la tesis del Juez norteamericano Scalia quien no se abstuvo, pese a que fue requerido en tal sentido, en un asunto en el que era parte o estaba afectado de alguna manera el vicepresidente del gobierno de USA, con quien había estado cazando patos. En el memorándum por lo que denegó la abstención afirmó lo siguiente:

“La cuestión es, sencillamente, si alguien que pensara que podía decidir este caso imparcialmente a pesar de mi amistad con el Vicepresidente creería razonablemente que no lo puedo hacer porque me fui a cazar con ese amigo y acepté una invitación para volar hasta allí en un avión del Gobierno. Si es razonable pensar que se puede comprar tan barato a un Juez del Tribunal Supremo, la Nación tiene un problema más grave del que había imaginado”.

BIBLIOGRAFÍA:

DEL MORAL, Antonio. “El juez civil ante la moral, la ética y la deontología”. En AA. VV. Ética de las profesiones jurídicas: Estudios sobre deontología. Vol. 2. Universidad Católica de San Antonio. Murcia. 2003.

GABALDÓN LOPEZ, José. “Reflexiones sobre la ética judicial”. En VVAA. Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología, Vol. 2. Murcia: Universidad Católica San Antonio de Murcia. 2003. Pág. 781-820.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. Análisis comparado de los códigos éticos vigentes. En VV.AA. Ética del Juez y Garantías Procesales. Manuales de formación continuada. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, año 2004. Pág. 467-516

