

TRATAMIENTO PENAL DEL TRANSFUGUISMO POLÍTICO RETRIBUIDO

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal
Supremo de 19 de diciembre de 2000)**

JORGE VIZUETA FERNÁNDEZ

**Profesor de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza**

I

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000 (R. J. A. 10190), de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 24 de febrero de 2000, en la que se condena a Dimas M. M. como autor criminalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 391, en relación con el art. 386, ambos del Código penal de 1973, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia del art. 10.15 del referido texto, a la pena de tres años de prisión menor, accesoria de suspensión de todo cargo público representativo y del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de treinta millones de pesetas, con tres meses de arresto en caso de impago; y a Juan Carlos H. C. como autor criminalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en los artículos 386 y 389 del Código penal de 1973, a la pena de un año y seis meses de prisión menor, inhabilitación especial para cargo público representativo por tiempo de ocho años y multa de quince millones de pesetas, con un mes de arresto en caso de impago.

2. La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Ponente Ilmo. Sr. D. Oscar Bosch Benítez) da por probados los siguientes hechos:

«Primero: En fecha anterior al 17 de junio de 1995 el acusado Dimas M. M., mayor de edad y condenado ejecutoriamente por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 1993 por delito de cohecho a la pena de dos meses de arresto mayor e inhabilitación especial para cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo por seis años y un día, inició una negociación con el otro acusado Juan Carlos H. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, concejal electo del Ayuntamiento de Arrecife tras las últimas elecciones municipales celebradas, habiéndose presentado en la lista del Partido Popular al que pertenecía. Tal negociación tenía por objetivo que el Partido de Independientes de Lanzarote (en adelante PIL), que había obtenido diez concejales en la Corporación municipal ya señalada, pudiera alcanzar la Alcaldía de este Ayuntamiento. Para ello, el presidente de esta formación política, el acusado Dimas M. M., le propuso al otro acusado que en el próximo Pleno, en el que se constituiría la Corporación y se procedería a la elección del Alcalde se abstuviera de votar; de esta forma, y en el peor de los casos, por la composición de la Corporación, teniendo en cuenta el número total de concejales del PIL y en tal caso aplicando la legislación vigente, el candidato del partido más votado se alzaría con la Alcaldía, que no era otro sino el del PIL.

Segundo: A cambio de realizar la conducta antes descrita, el acusado Dimas M. M. le ofreció a Juan Carlos H. C. un total de 12.000.000 de pesetas pagaderas anualmente, en junio de cada año de legislatura, a razón de 3.000.000 de pesetas. Además se le ofreció el cargo de Concejal de Tráfico, Policía y Personal, con una retribución de 300.000 pesetas netas mensuales.

Tercero: El acusado Juan Carlos H. C. actuando en exclusivo beneficio propio, sin tener en cuenta los intereses que por su cargo de designación democrática deben presidir su actuación, que no son otros que servir el interés general, aceptó el ofrecimiento hecho por el otro acusado, y en la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Arrecife del 17 de junio de 1995 se abstuvo en la elección de Alcalde, proclamándose como tal el candidato del PIL, don Cándido A. R., tras empatar en votos, diez, con la candidata y cabeza de lista del Partido Popular, señora L.

Cuarto: En la fecha en que se produjo la elección de Alcalde del Ayuntamiento de Arrecife el acusado Juan Carlos H. C. pertenecía, como ya se ha dicho, al Partido Popular, sin que en esa fecha hubiera solicitado su baja ni tuviera abierto ningún expediente de expulsión».

3. Puesto que son dos las personas condenadas, y en aras de una mayor claridad expositiva, conviene centrarnos primero en las cuestio-

nes que suscita el comportamiento de Juan Carlos H. C. (II), para pasar más tarde a valorar la conducta de Dimas M. M. y la calificación jurídica que de ella hace el Tribunal Supremo (coincidente con la que lleva a cabo la Audiencia Provincial de Las Palmas) (III).

II

1. Juan Carlos H. C., concejal electo del Ayuntamiento de Arrecife en el momento de los hechos, acepta el ofrecimiento realizado por Dimas M. M., cuyo contenido consiste en la entrega de 12.000.000 de pesetas (que se pagarían en junio de cada año de legislatura, a razón de 3.000.000 de pesetas por año) y en el cargo de Concejal de Tráfico, Policía y Personal, con una retribución de 300.000 pesetas netas mensuales. A cambio de esta promesa, Juan Carlos H. C. se abstiene de votar en la elección de Alcalde que tiene lugar el 17 de junio de 1995 en la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Arrecife.

2. El primer motivo del escrito de recurso presentado por Juan Carlos H. C. se centra en la condición de funcionario público. Se alega que el recurrente en el momento de la aceptación del ofrecimiento hecho por Dimas M. M. no disfrutaba de tal condición, pues aún no había tenido lugar la sesión constitutiva del Ayuntamiento en la que tomó posesión del cargo para el que fue elegido¹. En consecuencia, si el acusado no era funcionario público en el momento de los hechos, mal pudo cometer el delito de cohecho previsto en el art. 386 del Código penal de 1973 (art. 420 del Código penal de 1995).

El Tribunal Supremo desestima este primer motivo con el argumento de que «sería un contrasentido negar la condición de funcionario a una persona elegida en una lista electoral y así proclamada por las correspondientes Juntas Electorales, que tiene, ya desde ese momento, la facultad indelegable de emitir su declaración de voluntad para la composición del Ayuntamiento y, en razón de esta facultad es precisamente

¹ En apoyo de este argumento invoca el art. 77 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias: «*Ostentan la condición de Concejales quienes, habiendo sido proclamados electos en los términos de la legislación electoral, toman posesión de su cargo en la sesión constitutiva del Ayuntamiento o, si no estuvieran presentes en la misma, en el primer pleno que tras ella se celebre, salvo que por causa justificada la propia Corporación permita la toma de posesión en un momento posterior.*»

La toma de posesión, que en todo caso se realizará ante el pleno, irá precedida de la presentación de juramento o promesa en la forma establecida con carácter general para todo cargo público.

En caso de no tomar posesión en las condiciones establecidas en este artículo, se estará a lo dispuesto en la legislación electoral para los supuestos de vacante de Concejal.

por lo que pacta con el otro acusado la abstención, para que saliera beneficiada la lista que a éste le interesaba²».

2.1. A los efectos penales, se considera funcionario público *todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas* (artículos 119, párrafo 3.º del Código penal de 1973, y 24. 2 del Código penal de 1995). El concepto penal de funcionario público exige, pues, la concurrencia de dos requisitos: por un lado, la participación en el ejercicio de funciones públicas, y por otro, que tal participación se realice por alguno de los siguientes títulos: disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento de autoridad competente³. Juan Carlos H. C., cuando acepta el ofrecimiento realizado por Dimas M. M., es ya concejal electo del Ayuntamiento de Arrecife. Quiere esto decir que tras ser incluido en la correspondiente candidatura, concretamente en la lista del Partido Popular, celebradas las elecciones y realizado el escrutinio general, es proclamado electo por la Junta Electoral de Zona, reflejándose tal proclamación en un acta extendida por triplicado (art. 108 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General)⁴. Cumple, por tanto, con uno de los requisitos que exige el concepto penal de funcionario público: existencia de un título de incorporación a la función pública, que en este caso concreto es *por elección*.

No basta, sin embargo, con que concurra alguno de los mencionados títulos de habilitación. Para ser funcionario público a efectos penales es preciso, además, que el sujeto *participe del ejercicio de funciones públicas*. Se puede participar en el ejercicio de estas funciones sin título de habilitación, y tener alguno de los referidos títulos de incorporación a la función pública sin participar en el ejercicio de funciones públicas. En ninguno de los dos casos estamos ante un funcionario público a efectos penales. Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, no

2. Fundamento de Derecho octavo.

3. Véanse QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política Criminal*, número 27, Madrid, 1985, pp. 485 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., «Concepto de funcionario público a efectos penales», en *Delitos contra la Administración Pública*, Edición al cuidado de Adela ASUA BATARRITA, IVAP, Bilbao, 1997, p. 80; la misma, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 143 y ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoridad y funcionario a efectos penales», *Enciclopedia penal básica*, Director Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 179 y 180; VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», *Cuadernos de Política Criminal*, número 62, Madrid, 1997, pp. 445 y ss.; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 163 y ss.

4. Véase COSCULLUELA MONTANER, L., «Las elecciones locales», en *Tratado de Derecho Municipal I*, Dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 984, 985, 988-991.

es suficiente la obtención de un título que legitime a participar en la función pública, es necesario además que se verifique de un modo fáctico tal participación⁵. Se ha de participar, en el momento presente —es, por tanto, una participación real—, en el ejercicio de funciones públicas, sin que baste con la posibilidad futura de participación, aunque ésta sea altamente probable. En el caso que nos ocupa, Juan Carlos H. C. es, sin duda, portador de un título que lo habilita para participar en el ejercicio de funciones públicas, pero cuando realiza la acción típica consistente en aceptar el ofrecimiento de una dádiva todavía no participa de ese ejercicio. La participación efectiva, real, en el ejercicio de funciones públicas comienza días más tarde, concretamente el 17 de junio de 1995, en el momento en que toma posesión del cargo de Concejal en la sesión constitutiva del Ayuntamiento⁶. No compartimos la opinión del Tribunal Supremo cuando, en defensa de su postura, argumenta que «en el caso de los concejales electos, alguna de las atribuciones que le son propias le vienen dadas por el simple hecho de haber sido elegidos por la voluntad popular, ya que desde ese momento, aunque no hayan tomado posesión formal del cargo, tienen como facultad indelegable la de emitir su voto para la constitución de la Corporación Municipal pudiendo influir, con su decisión, en la configuración del Consistorio». Y no estamos de acuerdo porque un concejal electo no tiene todavía la facultad de emitir su voto para elegir al Alcalde. Es necesario para ello que tome posesión de su cargo y haya quedado constituida la Corporación. Sólo entonces, en la misma sesión de constitución, se procede a la elección de Alcalde⁷. Haber sido elegido concejal por la voluntad popular es, por supuesto, requisito imprescindible para poder elegir al Alcalde, pero aquél no podrá emitir su voto si antes no ha tomado posesión de su cargo y ha quedado constituido el Ayuntamiento⁸.

El Tribunal Supremo invoca, asimismo, el art. 194.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, donde se dice que «*el mandato de los miembros de los Ayuntamientos es de cuatro años contados a partir de la fecha de su elección, en los términos previstos en el art. 42, apartado 3, de esta Ley Orgánica*». No creemos que de este precepto deba deducirse necesaria e indubitablemente que el mandato de los miembros del Ayuntamiento comience en la fecha de su elección.

5. Véase COBO DEL ROSAL, M., «Examen crítico del párrafo 3.º del art. 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, p. 224.

6. Véase el art. 77 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, más arriba transcrito.

7. Véanse los artículos 195 y 196 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

8. Véanse COSCULLUELA MONTANER, L., «Las elecciones locales» (n. 4), pp. 997 y 998; y BENSUSAN MARTÍN, M.ª P., *El concejal en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 71 y ss.

Pero aunque así fuera, una cosa es el inicio del mandato, y otra el comienzo de la participación efectiva en el ejercicio de funciones públicas derivadas de ese mandato. Ambos momentos no tienen por qué coincidir, de la misma forma que no coinciden la finalización de este mandato —que tiene lugar el día anterior al de la celebración de las siguientes elecciones⁹— y el cese de todas las funciones propias de la condición de Concejal, que se alargan hasta la toma de posesión de los nuevos elegidos¹⁰. Aunque el mandato comenzara formalmente el día de la fecha de la elección, el ejercicio del mandato electoral comienza, como afirma Cosculluela Montaner, con la toma de posesión de los electos en la correspondiente sesión constitutiva¹¹.

Por todo lo dicho, cuando Juan Carlos H. C. acepta la promesa de entrega futura de una dádiva, no es todavía funcionario público a efectos penales, pues en ese momento aún no participa en el ejercicio de funciones públicas. No puede ser, por este motivo, autor de ninguna de las modalidades de cohecho recogidas en el art. 386 del Código penal de 1973 (art. 420 del Código penal de 1995)¹².

2.2. Como se ha puesto de manifiesto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas considera probado que Juan Carlos H. C. acepta el ofrecimiento realizado por Dimas M. M. consistente en la entrega futura de 12.000.000 de pesetas (a pagar en junio de cada año de legislatura, a razón de 3.000.000 de pesetas por año) y en el cargo —también futuro— de Concejal de Tráfico, Policía y Personal, con una

⁹. Véanse los artículos 194.1 y 42.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

¹⁰. Art. 194.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: «Una vez finalizado su mandato los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la Administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada».

¹¹. COSCULLUELA MONTANER, L., «Las elecciones locales» (n. 4), p. 973.

¹². El art. 386 del Código penal de 1973 disponía: «El funcionario público que solicitar o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutar, incurrirá en la pena de prisión menor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva; si el acto injusto no llegara a ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva». Este precepto recoge dos modalidades de cohecho. El Tribunal Supremo aplica la contenida en el inciso primero, cuyo tipo objetivo no se perfecciona con la sola solicitud de una dádiva, su recepción o la aceptación de la promesa de su entrega futura, sino que es necesaria, además, la ejecución del acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva (véase, al respecto, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 286 y ss.). Aunque Juan Carlos H. C. es funcionario público cuando se abstiene en la elección de Alcalde, no lo es en un momento anterior, cuando realiza la otra parte del tipo objetivo, esto es, cuando acepta la promesa de entrega futura de la dádiva, por lo que queda cerrada la posibilidad de aplicar el art. 386 del Código penal de 1973.

retribución de 300.000 pesetas netas mensuales. No hay constancia en la sentencia, sin embargo, de que Juan Carlos H. C. llegase a recibir parte o todo el dinero prometido ni de que se hiciera cargo de la mencionada Concejalía. De probarse alguno de estos extremos, se abriría la posibilidad —cerrada la vía del art. 386 del Código penal de 1973— de aplicar otra modalidad de cohecho. Así, por ejemplo, pensemos que Juan Carlos H. C., días después de la abstención en la elección de Alcalde, recibe el pago, algo bastante probable, de los primeros 3.000.000 de pesetas. Tenemos, por tanto, que un funcionario público —Concejal del Ayuntamiento de Arrecife—¹³ recibe una dádiva (el dinero lo es sin duda) por haberse abstenido de votar en la elección de Alcalde en la sesión constitutiva del citado Ayuntamiento. Así las cosas, debería plantearse la posibilidad de aplicar el art. 390 del Código penal anterior, en concreto la modalidad consistente en admitir dádiva o regalo que fueren ofrecidos al funcionario público en consideración a su función. Esta última locución —*en consideración a su función*—, es sinónima de «en atención a su función», «debido a su función», «por motivo de su función». El ofrecimiento que se hace al funcionario, y que éste admite, ha de deberse, ha de encontrar razón en la función pública que desempeña. Se exige, pues, una conexión causal entre la dádiva y la función pública que ejerce el funcionario que la admite¹⁴. No es preciso, como de la propia expresión se deduce, que el ofrecimiento de la dádiva esté conectado con un concreto comportamiento del funcionario, lo que no quiere decir que este supuesto quede fuera de la modalidad albergada en el art. 390, inciso primero, del Código penal de 1973¹⁵. En efecto, la expresión *en consideración a su función* también acoge los casos en los que se admite una dádiva o regalo que ha sido ofrecido por la realización, pasada o futura, de una concreta conducta, lícita o ilícita, relativa a la función pública que desempeña el funcionario¹⁶. La

13. No olvidemos que Juan Carlos H. C. ya ha tomado posesión del cargo de Concejal, por lo que se trata de un sujeto que por elección participa del ejercicio de funciones públicas.

14. Véanse LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial III*, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1992, pp. 350 y 351; y las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994 (R.J.A. 86): «(...) 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 funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla»; 2 de febrero de 1994 (R.J.A. 759): «El término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que por la posición que el cargo público que desempeñaba le otorgaba le ha sido ofrecida la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no hubiese hecho el ofrecimiento»; y 23 de febrero de 1993 (R.J.A. 1525).

15. Véase CASAS BARQUERO, E., «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español», *Documentación jurídica*, número 19, julio-septiembre, Madrid, 1978, p. 899.

abstención de un Concejal en la elección de Alcalde es una conducta estrechamente ligada a la concreta función pública que aquél desempeña. No hay duda, de acuerdo con la argumentación anterior, de que el Concejal que recibe una dádiva ofrecida como contraprestación por no haber votado en la elección de Alcalde, recibe una dádiva ofrecida en *consideración a su función*. Planteado así el supuesto, Juan Carlos H. C. comete el delito de cohecho recogido en el art. 390, inciso primero, del Código penal de 1973, castigado con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas. No obstante, como en el momento del juicio ya estaba en vigor el Código penal de 1995, restaría comprobar si la regulación de éste resulta más favorable para el encausado, en cuyo caso, con base en el principio de la retroactividad de las leyes penales favorables, sería de obligada aplicación. Veamos qué tipo de cohecho de los recogidos en el Código penal vigente realizaría en este caso Juan Carlos H. C.

En el art. 425.1, inciso segundo, del Código penal actual se prevé la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años para la *autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa como recompensa del (acto) ya realizado*. Si el acto ya realizado fuera constitutivo de delito, las penas que se imponen, según el apartado 2 de este mismo precepto, son las de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años¹⁷. Ambas figuras delic-

¹⁶. Véanse CORDONA RODA, J., «El cohecho de funcionarios públicos», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 187 y 188; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Madrid, 1956, p. 175; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual* (n. 14), pp. 350 y 351. Incluyen expresamente en esta figura la admisión de regalos ofrecidos como contraprestación a comportamientos ya realizados, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, 2.ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 377; y MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias, (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo)», «Revista de Derecho Público», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Tomo XVI, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pp. 223 y 226.

¹⁷. Ha señalado la doctrina la escasa fortuna del legislador en la redacción del art. 425.2 del Código penal, pues no queda claro si a las penas en éste fijadas han de sumarse las del apartado primero, o si el adverbio además hace referencia a la pena o penas del delito ya realizado y por cuya recompensa se pide la dádiva. Este último entendimiento es el que debe imponerse; en el mismo sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (en CONDE-PUMPIDO FERREIRO y otros), *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III, Artículos 386 a disposiciones finales*, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 4027; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. (en RODRÍGUEZ MOURULLO), *Comentarios al Código penal*, 1.ª edición, Ed. Civitas, Madrid,

tivas son supuestos de cohecho subsiguiente, pues la realización de la acción típica —solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa— es posterior a la conducta contrapartida de la dádiva. En el supuesto que estamos analizando —Concejal que recibe una cantidad de dinero por haberse abstenido de votar en la elección de Alcalde en la sesión constitutiva del Ayuntamiento—, la realización de la acción típica es asimismo posterior a la conducta contrapartida de la dádiva. Ahora bien, esta conducta (abstenerse de votar) constituye una omisión. Y precisamente uno de los escollos que presenta la defectuosa descripción típica del art. 425 del Código penal de 1995 es el tratamiento de los casos en que la conducta ya realizada por el funcionario contrapartida de la dádiva es una omisión relativa al ejercicio de su función. A mi modo de ver, estos supuestos quedan excluidos del ámbito del cohecho subsiguiente (art. 425.1, inciso segundo, y 2). Y ello debido a que, por un lado, considerar que en la expresión «*acto ya realizado*» se incluyen las conductas omisivas, podría constituir analogía, que al ser perjudicial para el reo resultaría contraria al principio de legalidad, y por otro, acudiendo a un argumento sistemático quizá de mayor fundamento, cuando el legislador de 1995 ha querido que la contrapartida de la dádiva sea una conducta omisiva lo ha significado expresamente¹⁸. Por todo ello, la conducta en estudio (2.2) queda excluida del cohecho subsiguiente. Con todo, como se ha visto más arriba, recibir una dádiva ofrecida como contraprestación por no haber votado en la elección de Alcalde, supone recibir una dádiva ofrecida en *consideración a su función*, comportamiento este castigado por el art. 426, inciso primero, del Código penal actual, que se corresponde con el art. 390, inciso primero, del Código penal de 1973. De ambos preceptos, es el primero el que prevé una pena más favorable para el sujeto (una mera multa de tres a seis meses frente al arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin

1997, pp. 1137 y 1138; y MATA BARRANCO, N. J. De La, «Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen II, Dirigido por Luis A. ARROYO ZAPATERO e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 316, nota 12.

¹⁸ El art. 419, al mencionar la contrapartida de la dádiva, se refiere expresamente, no sólo a la acción, sino también a la omisión constitutiva de delito. En el art. 420, la autoridad o funcionario público se compromete a cambio de una dádiva a ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, locución esta que sólo comprende acciones, pues cuando el objeto de la dádiva sea la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, esto es, una omisión que constituye un injusto que no es delito, entra en aplicación el art. 421 (véanse, al respecto, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 218 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho* (n. 3), pp. 297 y 298; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho* (n. 3), pp. 236 y ss.; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública* (n. 12), pp. 288 y ss.).

que pueda ser inferior a 100.000 pesetas, del art. 390 del anterior Código penal), y, por tanto, el que debería ser aplicado. Esto, claro está, en caso de probarse la recepción efectiva de la dádiva por parte de Juan Carlos H. C. con posterioridad —y como contraprestación— a la abstención en la elección de Alcalde.

3. El segundo motivo del recurso de Juan Carlos H. C. denuncia la aplicación indebida de los artículos 386 y 389 del Código penal de 1973 debido a que su actuación no puede ser calificada de «acto injusto» aunque la abstención se hubiera producido a cambio de una dádiva. Y esto, con el argumento de que, de un lado, los funcionarios que desempeñan funciones políticas derivadas de su elección se encuentran únicamente sometidos, en el ejercicio de sus atribuciones, a la Constitución, dado que las divisiones de carácter político escapan al control de la jurisdicción ordinaria, pues corresponde únicamente juzgarlas a los electores, y de otro, un tal proceder, esto es, la aplicación del art. 386, supondría vaciar de contenido los artículos 425 y 426 del Código penal actual, que vienen a sustituir el antiguo artículo 390. Nos encontramos, más bien, según el recurrente, ante un *acto no prohibido legalmente* (artículos 390 del Código penal de 1973, y 426 del Código penal vigente), debiéndose aplicar este último precepto por ser más favorable para el acusado.

El Tribunal Supremo desestima este segundo motivo en el Fundamento de Derecho Noveno, que se remite al Fundamento de Derecho Cuarto. Por ser, en nuestra opinión, la parte sustancial de la sentencia, y por tratarse del problema fundamental que nos ha llevado a comentarla, consideramos conveniente transcribir parte de este último Fundamento:

«El acusado, al invocar como referente del acto injusto al ordenamiento jurídico sin más matices, cae en un olvido que es preciso recordarle. Por encima de las disposiciones generales o especiales de carácter concreto existe, como cúspide del sistema, la fuerza normativa directa que emana del propio texto constitucional y que hace que sus preceptos se conviertan en normas de aplicación inmediata, sin olvidar la fuerza expansiva de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

El acusado pretende colocar o situar al margen del sistema el hecho indubitado que nos ocupa y que no es otro que la compra del voto de un concejal electo, a cambio de sustanciosas prebendas en metálico y del acceso a cargos públicos de libre designación. Sin embargo no se puede olvidar que, como señala el artículo 9.1 del texto constitucional, los ciudadanos y los poderes públicos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Más adelante, el mismo precepto recuerda el principio de responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad, de los poderes públicos.»

Esta responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad hay que conectarla de manera directa e inmediata con el artículo 23.1 de la Constitución, por el que se proclama el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, en elecciones periódicas por sufragio universal. Esta representación se obtiene mediante el ofrecimiento a los electores en general, de un programa autónomo o bien integrado dentro de la formación de un determinado partido político y que, en principio existe un deber de lealtad con los ciudadanos ya que, en caso contrario, se adulteraría el juego limpio y libre del mecanismo de la obtención del voto. Es cierto que nuestro sistema no admite el mandato imperativo, pero ello no es base suficiente para admitir y transigir con cualquier forma torticera y fraudulenta del cambio de orientación del sentido del voto, en relación con el que originariamente se había solicitado. No se discute la posibilidad de que, en el devenir de la vida política, se produzcan desavenencias en el seno de las formaciones políticas de las que se forma parte o bien un cambio del sentido y de la voluntad política, que sirvió de apoyo para la elección. Ahora bien, esta mutación del signo del voto se debe fundamentar en una comunicación previa, directa y sincera, con los electores o la opinión pública en general y debe obedecer a móviles admisibles en una sociedad democrática. Pero lo que debe ser rechazado, de manera rotunda y tajante, es la intervención de circunstancias bastardas o torticeras que sean la única causa y justificación del cambio del sentido del voto o la utilización de la abstención como elemento favorecedor de otras opciones políticas.

Como señala acertadamente la sentencia recurrida, el concepto constitucional de cargo público, que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución, se caracteriza necesariamente por las ideas de desinterés privado y confianza pública, es decir, por su orientación hacia tareas y responsabilidades distintas de los intereses de quien ocupa el cargo. Actuar en representación de, es el rasgo propio y característico de los que ocupan cargos en el seno de los órganos dirigentes. Los intereses generales del pueblo, se sirven a través de una voluntad oficial y pública y podríamos añadir sincera, en cuanto que se trata de una comisión o encargo, que está revestida de unos caracteres objetivos que deben servir inicialmente a la voluntad de los sujetos representados.

En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción que supone la compra de los votos de los representantes elegidos en función de un ideario o programa previo ofrecido con lealtad y compromiso a los electores, por lo que la acción que ha llevado a cabo el recurrente será, en todo caso, injusta aun cuando no constituya una infracción tipificada que conlleve sanción.

Siguiendo la acertada línea marcada por la sentencia recurrida, en el caso presente resulta más favorable el Código de 1973 ya que permite la aplicación de beneficios penitenciarios como la redención de penas por el trabajo y, por otro lado permite moverse en una franja punitiva inferior a la que resultaría de la aplicación del nuevo Código Penal.

Por último, abordaremos la cuestión relativa a la inaplicabilidad del artículo 390 del anterior Código, ya que su contenido está previsto exclusivamente para los supuestos en los que no media un acto injusto tan meridianamente diseñado como el que ha sido objeto de nuestra atención. Es una especie de tipo residual, que sólo entra en juego, cuando se corrompe al funcionario con dádiva o regalo para la consecución de un acto no prohibido legalmente. Creemos además, en refuerzo de esta postura, que el ofrecimiento de una importante suma de dinero y de un cargo de Concejal con un determinado sueldo, va mucho más allá del concepto social de dádiva o regalo ya que supera con mucho la previsión del artículo mencionado que contempla la posibilidad de consumir el cohecho por medio de un acto de donación o liberalidad».

3.1. Con arreglo al art. 386 del Código penal de 1973, se impondrán las penas de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva, además de la de inhabilitación especial (art. 389), al *funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para¹⁹ ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito*. Si llegara a ejecutar tal acto, la pena que se prevé es prisión menor, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial. En la primera de estas modalidades (art. 386, inciso segundo), la acción típica debe realizarse por el funcionario público para ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito. No es necesaria la realización efectiva de la contrapartida de la dádiva para que quede completado el tipo objetivo, si bien es preciso que el sujeto activo solicite o reciba la dádiva, o acepte la promesa de su entrega futura, con la finalidad de ejecutar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su cargo. Dicha finalidad determina, pues, un elemento sub-

¹⁹. El art. 386 no utiliza la expresión para, sino por («...por ejecutar...»), que hereda el art. 420 del Código penal actual. No obstante, ambos preceptos castigan al funcionario público que realiza la acción típica *por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute*, distinguiendo estos supuestos de los casos en que el acto contrapartida de la dádiva no llega a ejecutarse, de donde se deduce, para ambas modalidades, que la realización de la acción típica es anterior a la conducta contrapartida de la dádiva. La preposición *por* en este precepto expresa una finalidad, un objetivo, por lo que sería más acertado desde un punto de vista terminológico la utilización de la preposición *para*, tal y como se hace en el art. 419 del Código penal de 1995.

jetivo de lo injusto adicional al dolo²⁰. Por el contrario, en la modalidad recogida en el inciso primero del art. 386, el tipo objetivo no se perfecciona con la sola solicitud de una dádiva, su recepción o la aceptación de la promesa de su entrega futura, sino que es necesaria, además, la ejecución del acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva. Tanto aquéllas —solicitud, recepción y aceptación— como ésta —la ejecución del correspondiente acto injusto contrapartida de la dádiva— deben estar, por tanto, abarcadas por el dolo. En cualquiera de las dos modalidades, no obstante, la contrapartida de la dádiva, pertenezca al tipo objetivo o sea sólo abarcada por un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo, es un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo del funcionario público. El acto injusto, según la propia dicción legal, no ha de ser constitutivo de delito, entendido este término en un sentido estricto²¹, y ha de suponer, a nuestro modo de ver, la infracción de una norma de determinación, concretamente de una prohibición. Excluidos los delitos en su sentido más estricto, tal infracción debe constituir una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico²². Finalmente, el acto injusto no constitutivo de delito debe ser, además, relativo al ejercicio del cargo del funcionario. Esta locución —relativo al ejercicio del cargo— ha de consistir en una acción que pertenezca a la clase de actos —o esté en estrecha relación con los cometidos concretos— que el funcionario como partícipe en el ejercicio de la función pública tiene encomendados²³.

²⁰. Tenemos, pues, por un lado, la solicitud de una dádiva, su recepción efectiva o la aceptación de la promesa de su entrega futura, actos que forman parte del tipo objetivo y deben ser por ello comprendidos por el dolo, y por otro, la realización de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo, conducta ésta que queda extramuros del tipo objetivo pero debe ser abarcada por el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo. En definitiva, la consumación del delito requiere la realización de cualquiera de aquellos actos —*solicitud, recepción o aceptación* de una dádiva— con la finalidad de llevar a cabo el mencionado acto injusto (delito mutilado de dos actos).

²¹. De esta misma manera debe interpretarse la expresión delito del art. 385 del Código penal de 1973 («...por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito...»); véase en VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública* (n. 12), p. 268, la bibliografía citada en la nota 258.

²². Véanse CÓRDOBA RODA, J., «El cohecho de funcionarios públicos» (n. 16), pp. 180 y 184; ORTS BERENGUER, E. (en COBO DEL ROSAL y otros), *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 482; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho* (n. 3), p. 284; y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., «Cohecho», *Enciclopedia penal básica*, Director Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 260.

²³. Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública* (n. 12), pp. 288 y 289. Realizan también una interpretación restringida de esta locución, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1954 (R. J. A. 485), 17 de marzo de 1958 (R. J. A. 822), 22 de diciembre de 1959 (R. J. A. 4796), 29 de octubre de 1992 (R. J. A. 8609) y 28 de marzo de 1994 (R. J. A. 2604).

Tras este breve y necesario examen de los elementos más relevantes de las dos modalidades que recoge el art. 386 del Código penal anterior (válido asimismo para las recogidas en el actual art. 420), pasemos a analizar y valorar, teniendo como base este examen, los argumentos que han llevado al Tribunal Supremo a desestimar el segundo motivo del recurso presentado por Juan Carlos H. C.

Éste, como ya es sabido, acepta el ofrecimiento realizado por Dimas M. M. consistente en la entrega futura de 12.000.000 de pesetas (a pagar en junio de cada año de legislatura, a razón de 3.000.000 de pesetas por año) y en el cargo —también futuro— de Concejal de Tráfico, Policía y Personal, con una retribución de 300.000 pesetas netas mensuales. A cambio de esta promesa, Juan Carlos H. C. se abstiene de votar en la elección de Alcalde que tiene lugar el 17 de junio de 1995 en la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Arrecife. Al llevar a efecto la conducta contrapartida de la dádiva —no sólo se compromete en un primer momento a abstenerse de votar, sino que efectivamente se abstiene—, el Tribunal Supremo aprecia la modalidad recogida en el inciso primero del art. 386 del Código penal anterior²⁴. Y ello, porque considera que la conducta consistente en abstenerse en la elección de Alcalde (contrapartida de la dádiva) es, como reza este último precepto, *un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituye delito*.

Juan Carlos H. C. se presenta a las elecciones municipales en la lista del Partido Popular, al que pertenecía. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas se aclara, además, que en la fecha en que se llevó a cabo la elección de Alcalde seguía perteneciendo al Partido Popular, pues ni existía solicitud de baja ni había abierto ningún expediente de expulsión. Quiere dejarse constancia, con ello, de que el acusado, perteneciendo al Partido Popular, no votó al cabeza de lista de su partido (señora L.), contribuyendo con su abstención a que lograra la alcaldía el candidato del Partido de Independientes de Lanzarote. Sin embargo, esta actuación, si bien políticamente reprochable²⁵, constituye una conducta perfectamente lícita en nuestro sistema democrático²⁶.

²⁴. Aunque en ningún momento se especifica que sea ésta la modalidad aplicada, ello se deduce de la concreta pena con que se castiga a Juan Carlos H. C.

²⁵. Véanse MESTRE DELGADO, E. y MARTÍNEZ GALINDO, G., «Responsabilidad penal de Alcaldes y Concejales», en *Tratado de Derecho Municipal I*, Dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, 2.^a edición, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 893, quienes consideran que frente a este tipo de conductas únicamente cabe la adopción de medidas políticas, como pueden ser la pérdida de derechos o la expulsión del partido político, el bloqueo político, la pérdida de la confianza popular expresada en votos en los siguientes comicios, etc.

²⁶. Véanse RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Transfuguismo retribuido y cohecho», *Actualidad Penal*, número 22, 1994, p. 439; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho* (n. 3), pp. 170 y 171.

De acuerdo con el art. 140 de la Constitución Española, los Concejales son elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto. Una vez elegidos, el sistema democrático les confiere la representación política. Ésta, como ha puesto de manifiesto la doctrina, «no implica en ningún caso un mandato representativo de los electores, ni existe en consecuencia un deber de obediencia o disciplina de voto que vincule al electo para cargos representativos, ni a sus electores, ni a los partidos o formaciones políticas que patrocinaron su candidatura»²⁷. El Concejal tiene, pues, libertad para, en la elección de Alcalde, abstenerse o votar, y en caso de votar, hacerlo al que figura en primer lugar de su propia lista o al Concejal que encabeza otra lista cualquiera²⁸. No puede mantenerse, en ningún caso, que la conducta de Juan Carlos H. C. consistente en abstenerse de votar en la elección de Alcalde constituya un *acto injusto*, como exige el art. 386 del Código penal anterior. El Tribunal Supremo, en su afán por demostrar la *injusticia del acto*, invoca la aplicación directa de los preceptos constitucionales y la fuerza expansiva de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y cita los artículos 9.1 y 23, ambos de la Constitución, pero manteniéndose siempre en la mayor de las inconcreciones²⁹. La imposibilidad de fundamentar

27. Véase COSCULLUELA MONTANER, L., «Las elecciones locales» (n. 4), pp. 971 y 972.

28. Ya con carácter general, manifiesta BENSUSAN MARTÍN, M.^a P., *El concejal* (n. 8), pp. 92 y 93, que el derecho al voto del Concejal «es un derecho sin más límite que el que pueda tener algún Concejal determinado en una cuestión también concreta. Para este caso, los artículos 76 de la LRRL y 96 del ROF de 1986 establecen que los Concejales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación y ejecución de asuntos que afecten a sus intereses particulares de conformidad con lo establecido en la regulación de las incompatibilidades (...)».

29. Resulta curioso, por la razón que brevemente se expone a continuación, la alusión al art. 23 de la Constitución para fundamentar la injusticia de la abstención. El art. 11.7 de la Ley de Elecciones Locales de 1978 disponía que «*si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al Partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior (...)*». Vinculaba, pues, este precepto el mandato de los Concejales elegidos en las listas promovidas por un partido político a su permanencia en el mismo. Entre las razones que justificaron esta previsión estaba, en opinión de algún autor, la de hacer frente al fenómeno del transfuguismo político. No obstante, tal precepto fue duramente criticado por la doctrina, hasta que la Sentencia 5/1983, de 4 de febrero, del Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad sobrevenida, precisamente por ser contrario al art. 23 de la Constitución: «*(...) el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, en cuanto otorga a los partidos políticos la posibilidad de crear por su voluntad —mediante la expulsión— el presupuesto de hecho que da lugar al cese en el cargo público, va contra la Constitución y, en concreto, contra el derecho a permanecer en el cargo público de su artículo 23.2 al prever una causa de extinción o cese contraria a un derecho fundamental susceptible de amparo como es el regulado en el artículo 23.1 de la misma. (...) el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales ha de ser interpretado en el sentido de que no comprende el supuesto de expulsión de un partido, que no puede provocar el cese en el cargo de Concejal, al haber sido derogado por la Constitución en tal extremo (...)*». Véanse también en semejante sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 10/1983, de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de

de forma convincente la injusticia de la abstención en sí considerada³⁰, le lleva a echar mano de los móviles rechazables que la motivaron. Y así, la conducta de abstenerse en la emisión del voto llevada a cabo por Juan Carlos H. C. es injusta porque está motivada por la entrega futura de una dádiva: no es injusto abstenerse de votar, sino hacerlo como contraprestación a una dádiva³¹. Sin embargo, esta argumentación contradice el sistema de tipos que, en el Código penal anterior y en el actual, el legislador ha creado para atajar las conductas de cohecho.

Una cosa es la acción típica consistente en solicitar o recibir una dádiva, o aceptar la promesa de su entrega futura, y otra distinta es la conducta a cuya realización se compromete el funcionario público a cambio de esa dádiva. Es la conducta contrapartida de la dádiva, fundamentalmente, y no la acción típica de *solicitar, recibir o aceptar* — que coincide en la mayoría de las figuras—, la que determina la concreta figura de cohecho que debe aplicarse. Así por ejemplo, si la contrapartida de la dádiva es una conducta constitutiva de delito se aplicará el art. 385 (art. 419 actual), si es un acto injusto no constitutivo de delito,

marzo; 28/1983, de 21 de abril; 29/1983, de 26 de abril; y 30/1983, de 26 de abril. Por lo que respecta a esta nota, véanse COSCULLUELA MONTANER, L., «Las elecciones locales» (n. 4), pp. 962, 963 y 972; BENSUSAN MARTÍN, M.^a P., *El concejal* (n. 8), pp. 80-83, 150 y ss., 189 y 190; ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (en CAZORLA PRIETO y otros), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 1545-1547; y MARTÍNEZ MARÍN, A., *La representatividad municipal española: historia legislativa y régimen vigente*, Universidad de Murcia, 1989, pp. 180-182.

³⁰. Se reconoce por el propio Tribunal Supremo que en nuestro sistema no se admite el mandato imperativo ni «*se discute la posibilidad de que, en el devenir de la vida política, se produzcan desavenencias en el seno de las formaciones políticas de las que se forma parte o bien un cambio del sentido y de la voluntad política, que sirvió de apoyo para la elección*».

³¹. Volvamos al Fundamento de Derecho Cuarto: «(...) Es cierto que nuestro sistema no admite el mandato imperativo, pero ello no es base suficiente para admitir y transigir con cualquier forma torticera y fraudulenta del cambio de orientación del sentido del voto, en relación con el que originariamente se había solicitado. No se discute la posibilidad de que, en el devenir de la vida política, se produzcan desavenencias en el seno de las formaciones políticas de las que se forma parte o bien un cambio del sentido y de la voluntad política, que sirvió de apoyo para la elección. Ahora bien, esta mutación del signo del voto se debe fundamentar en una comunicación previa, directa y sincera, con los electores o la opinión pública en general y *debe obedecer a móviles admisibles en una sociedad democrática. Pero lo que debe ser rechazado, de manera rotunda y tajante, es la intervención de circunstancias bastardas o torticeras que sean la única causa y justificación del cambio del sentido del voto o la utilización de la abstención como elemento favorecedor de otras opciones políticas. (...) En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción que supone la compra de los votos de los representantes elegidos en función de un ideario o programa previo ofrecido con lealtad y compromiso a los electores, por lo que la acción que ha llevado a cabo el recurrente será, en todo caso, injusta aun cuando no constituya una infracción tipificada que conlleve sanción*». La cursiva es nuestra.

el art. 386 (art. 420 actual) o si es un acto no prohibido legalmente, el art. 390 (actual 426). Pero el que la conducta contraprestación de la dádiva sea lícita o ilícita, y en este último caso constitutiva o no de delito, es algo que debe determinarse sin atender a las causas —que coinciden en todas las figuras— que la motivaron. La aceptación por un funcionario de la promesa de entrega futura de una dádiva para realizar una conducta relativa al ejercicio de su cargo, como en el caso que nos ocupa, nos coloca, sin duda, en el ámbito del cohecho. Cuál sea la específica figura de este delito que deba aplicarse dependerá de la concreta conducta, en sí misma considerada, contraprestación de la dádiva. La argumentación desarrollada por el Tribunal Supremo, basando la injusticia de la conducta contrapartida de la dádiva en sus concretos motivos, deja sin contenido, en el Código penal anterior, el art. 390, inciso segundo, y en el actual, los artículos 425.1, inciso primero, y 426, inciso segundo³². En efecto, si cualquier conducta a la que se compromete el funcionario a cambio de una dádiva se considera injusta por estar motivada por ésta, quedaría cerrada la posibilidad de aplicar el viejo art. 390, inciso segundo, en el que la contrapartida de la dádiva es *un acto no prohibido legalmente*, o los actuales artículos 426, inciso segundo, y 425.1, inciso primero, en los que la contraprestación de la dádiva es *un acto no prohibido legalmente o un acto propio de su cargo*, respectivamente. La valoración de la conducta a cuya realización se compromete el funcionario a cambio de una dádiva debe realizarse con independencia de haber sido motivada por ésta. Debemos preguntarnos, por tanto, si el comportamiento contraprestación de la dádiva, en sí mismo considerado, es lícito o ilícito, y en el supuesto de que sea ilícito, si es o no constitutivo de delito, y en este último caso, si la conducta es una acción o una omisión. Sólo así se puede llegar a un entendimiento cabal y coherente de la regulación del delito de cohecho.

La conducta realizada por Juan Carlos H. C. a cambio de la dádiva, esto es, la abstención en la elección de Alcalde, es, como se ha visto, una conducta lícita, por lo que no cabe, tampoco por este motivo³³, la aplicación del art. 386 del Código penal anterior, en el que se exige que la conducta contrapartida de la dádiva sea un *acto injusto no constitutivo de delito*³⁴. El precepto que debería haber manejado el Tribunal Supremo es el art. 390 del Código penal anterior, en concreto la figura que cas-

³² Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho* (n. 3), p. 171, nota 64.

³³ Ya nos hemos opuesto (punto 2.1) a la aplicación del art. 386 del anterior Código penal debido a que cuando Juan Carlos H. C. acepta la promesa de entrega futura de una dádiva, no es todavía funcionario público a efectos penales, pues en ese momento aún no participa en el ejercicio de funciones públicas.

³⁴ A esta conclusión debe llegarse, tanto si se exige, como nosotros hacemos, que el acto injusto constituya una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico, como si se mantiene una postura menos restrictiva de aquel concepto, como es el caso, por ejemplo, de RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho* (n. 3), p. 214, para

tiga al funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función. Como en el momento del juicio era ya derecho vigente el Código penal de 1995, debería haber aplicado su art. 426, inciso primero, por prever una pena más favorable que aquél^{35/36}.

3.2. Nos llama la atención, no obstante, que ni la Audiencia Provincial de Las Palmas ni el Tribunal Supremo se hayan planteado en ningún momento la posibilidad de aplicar el art. 387 del Código penal anterior. Previene este precepto (y en muy parecidos términos, el actual art. 421) que cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida³⁷ tuviere por objeto abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán las de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, además de la de inhabilitación especial (art. 389). La contrapartida de la dádiva en el art. 387 es la abstención de un acto que el funcionario público debe practicar en el ejercicio de su cargo. La abstención a la que el funcionario se compromete a cambio de una dádiva no es cualquier omisión, sino, como expresa el precepto, la de un acto que debe practicar en el ejercicio de

quien acto injusto en el delito de cohecho «es aquel contrario a la legalidad vigente, que se encuentra integrada por el Derecho positivo que disciplina la concreta actividad pública, por los principios generales del derecho (...) y también por los específicos deberes del funcionario respecto a esa actividad concreta».

³⁵. Todo esto, claro está, si Juan Carlos H. C. hubiera sido funcionario público en el momento de aceptar la promesa de entrega futura de la dádiva (véase supra, punto 2.1).

³⁶. Nos decantamos por el art. 426, inciso primero, y no por el inciso segundo de este mismo precepto (“para la consecución de un acto no prohibido legalmente”) o por el art. 425.1, inciso primero (“para realizar un acto propio de su cargo”), porque la conducta a cuya realización se compromete Juan Carlos H. C. a cambio de la dádiva constituye una omisión, y estos dos preceptos exigen, en nuestra opinión, que la conducta contrapartida de la dádiva sea una acción.

³⁷. Como expresa CÓRDOBA RODA, J., «El cohecho de funcionarios públicos» (n. 16), pp. 184 y 185, la modalidad delictiva correspondiente al supuesto de *dádiva prometida* debe restringirse a los casos en los que habiendo sido prometida al funcionario una dádiva, éste la haya aceptado, ya que es inadmisibles que el hecho de prometer a un funcionario una dádiva, conlleve, sin necesidad de acción alguna por su parte, una responsabilidad penal para el mismo; véanse asimismo ORTS BERENGUER, E. (en COBO DEL ROSAL y otros), *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 462 y 463; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual* (n. 16), p. 376; LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual* (n. 14), p. 343; el mismo, *Código Penal* (n. 17), pp. 4014 y 4015; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español, Parte especial*, 18.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 1178; ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I. (en VIVES ANTÓN y otros), *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1826; y OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «Derecho penal, Poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 875.

su cargo: se trata de la no ejecución de un acto que el funcionario público debe realizar por razón de las concretas funciones públicas que desempeña³⁸. Al igual que ocurre en el art. 386 con el *acto injusto*, tal omisión ha de suponer, en nuestra opinión, la infracción de una norma de determinación, pero en este caso de un mandato. La abstención contrapartida de la dádiva constituye, pues, un ilícito penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico. La diferencia entre los artículos 386 y 387 estriba, por tanto, en que en el primero de ellos la conducta contrapartida de la dádiva es una acción ("*ejecutar un acto injusto*"), mientras que en el segundo constituye una omisión ("*abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*").

Ya hemos manifestado que para nosotros la abstención de Juan Carlos H. C. en la elección de Alcalde es una conducta perfectamente lícita. Rechazamos, por ello, la aplicación del art. 387 del Código penal anterior, en el que la conducta contrapartida de la dádiva es una omisión constitutiva de un ilícito, penal o de otro sector del ordenamiento jurídico. No obstante, si partimos de la argumentación manejada por el Tribunal Supremo, es este precepto, y no el art. 386, el que debería haber aplicado. En efecto, según el Alto Tribunal la conducta a cuya realización se compromete Juan Carlos H. C. a cambio de la dádiva es injusta. No hay duda, además, de que se trata de una conducta omisiva. Abstenerse de votar en la elección de Alcalde no constituye una acción, como exige el art. 386 del Código penal anterior, sino una omisión, por lo que, en el razonamiento empleado por el Tribunal Supremo, nos movemos en el ámbito del art. 387³⁹. Y si no, ¿para qué casos reserva el Tribunal Supremo este precepto? Quizás, el hecho de que el art. 387 exija que la abstención ha de ser de un acto *que debiera practicar el funcionario público en el ejercicio de su cargo*, es lo que le ha llevado a no plantearse siquiera su aplicación, pues Juan Carlos H. C. en ningún caso está obligado a votar, pero esto es ya una evidencia de que la conducta contrapartida de la dádiva —que en este caso es una omisión— no es constitutiva de injusto, tal y como hemos venido defendiendo.

³⁸. Véase también una interpretación restringida en VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho* (n. 18), pp. 220-223; CRESPO BARQUERO, P. (en ANTONIO DEL MORAL y otros), *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia (Adaptado al euro)*, Tomo II, Arts. 138 a 639, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 2352; y en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985 (R. J. A. 2152), 4 de octubre de 1988 (R. J. A. 7658) y 19 de mayo de 1989 (R. J. A. 4228).

³⁹. Más exactamente en el del art. 421 del Código penal de 1995, pues este precepto ya estaba en vigor en el momento del juicio y es más favorable para el acusado que el art. 387 del Código penal anterior.

III

1. Pasemos ahora a analizar la conducta de Dimas M. M. y la valoración que hace de ella el Tribunal Supremo, adelantando ya que muchas de las opiniones vertidas hasta el momento sobre el comportamiento de Juan Carlos H. C. condicionarán las que mantengamos en relación con el de aquél, debido a la estrecha conexión existente entre el cohecho cometido por funcionario público y el cometido por particular. Recordemos una vez más que Dimas M. M. acuerda con Juan Carlos H. C. la entrega futura de una dádiva, cuyo contenido ya conocemos, a cambio de que este último se abstenga de votar en la elección de Alcalde, conducta esta que finalmente realiza.

2. El motivo segundo del recurso interpuesto por Dimas M. M. denuncia la aplicación indebida de los artículos 386 y 391 del Código penal de 1973, y los argumentos en que se apoya coinciden básicamente con los utilizados por el otro recurrente en el segundo motivo de su recurso. De esta manera, se considera que el acto injusto al que se refiere el art. 386 del Código penal de 1973 debe entenderse como una contravención administrativa, civil o penal no delictiva (falta), y el transfuguismo, aunque puede merecer toda clase de reproches axiológicos, no es posible conceptualarlo de acto injusto, pues el sentido del voto que puede dar un Concejal forma parte de su haz de facultades en el marco de un mandato no representativo. Por otro lado, conectar la injusticia del resultado (el voto) con lo bastardo de la motivación (la dádiva), y convertirlo en injusto porque existió dádiva, supone vaciar de contenido la modalidad de cohecho contenida en el art. 390 del Código penal anterior.

El Tribunal Supremo desestima este motivo en el Fundamento de Derecho Cuarto, transcrito parcialmente más arriba (II. 3).

2.1. Establece el art. 391 del Código penal de 1973 que *los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, o aceptaren sus solicitudes, serán castigados con las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación.*

Este precepto, al igual que el art. 423 del Código penal actual, no es un ejemplo de precisión. Los verbos *corromper*, *intentar corromper* y *aceptar* las solicitudes de los funcionarios públicos no constituyen la mejor muestra de cómo deben delimitarse las conductas típicas⁴⁰, por lo que

40. Véanse, críticamente, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho* (n. 18), p. 263; ORTOS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995* (n. 37), p. 1829; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.^a edición, Ed. Aranzadi-A Thomson Company, Cizur Menor (Navarra), 2002,

es necesario contraer a límites tolerables tales comportamientos. Para ello debemos tener en cuenta las distintas conductas —solicitud de dádiva, recepción efectiva de la misma y aceptación de la promesa de su entrega futura— castigadas en las figuras de cohecho cometidas por funcionario público. Sólo así podremos precisar convenientemente aquellos verbos típicos. De este forma, *corromper*, conducta realizada por el particular y que ahora nos importa, implica, por parte del funcionario, la recepción efectiva de la dádiva o la aceptación de la promesa de su entrega futura⁴¹. Por tanto, el verbo corromper del art. 391 del Código penal anterior puede consistir, bien en *entregar* al funcionario una dádiva, bien en acordar con él la entrega futura de la misma. Es esta última conducta la que realiza Dimas M. M., pues acuerda con Juan Carlos H. C. entregarle en el futuro una cantidad de dinero y hacerle máximo responsable de la Concejalía de Tráfico, Policía y Personal del Ayuntamiento de Arrecife. Con ello, no hemos hecho sino concretar la acción típica llevada a cabo por Dimas M. M., pero es imprescindible precisar asimismo la finalidad perseguida por éste, pues de ello va a depender que el art. 391 se conecte con una u otra modalidad de cohecho cometido por funcionario, y en definitiva la pena con que se debe castigar al autor⁴². La finalidad pretendida por Dimas M. M. es que Juan Carlos H. C., elegido Concejal en las últimas elecciones municipales, se abstenga en la elección de Alcalde que tendría lugar en la próxima sesión del Pleno del Ayuntamiento de Arrecife, conducta finalmente realizada por Juan Carlos. Como el Tribunal Supremo considera que esta abstención constituye un *acto injusto no constitutivo de delito*, aplica el art. 391 en relación con el art. 386, y más concretamente, si tenemos en cuenta la pena que impone, con su inciso primero, que recoge los supuestos en los que el funcionario ejecuta la conducta contrapartida de la dádiva. Discrepamos, sin embargo, de esta solución.

p. 1720; y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., «La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa», *Actualidad Penal*, número 21, 2001, pp. 460 y 461.

⁴¹ Véase CASAS BARQUERO, E., «Observaciones» (n. 15), pp. 903 y 904.

⁴² Así, por ejemplo, si la finalidad del particular que entrega una dádiva a un funcionario es que éste realice en el ejercicio de su cargo una conducta constitutiva de delito, el precepto con el que deberá conectarse el art. 391 es el 385, y las penas con las que se castigará al particular son las recogidas en este último: prisión menor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva. Si, por poner otro ejemplo, el particular busca con la promesa de entrega futura de una dádiva que el funcionario se abstenga de realizar un acto que debe practicar en el ejercicio de su cargo, abstención ésta constitutiva de un ilícito disciplinario, deberemos conectar el art. 391 con el 387, y las penas que se impondrán al particular son las de arresto mayor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva.

No vamos a insistir de nuevo en la licitud de la conducta consistente en abstenerse de votar en la elección de Alcalde⁴³. Creemos haber demostrado este extremo al analizar el comportamiento de Juan Carlos H. C. (II. 3.1), y a este lugar nos remitimos. Cuando Dimas M. M. promete la entrega futura de una cantidad de dinero y de una Concejalía con la finalidad de que Juan Carlos H. C. no vote en la elección de Alcalde, está, en efecto, acordando la entrega futura de una dádiva, pero no para que se realice un *acto injusto no constitutivo de delito*, por lo que debe descartarse la aplicación del art. 391 en relación con el art. 386⁴⁴.

2.2. En el caso de que se considerara a Juan Carlos H. C. funcionario público en el momento de aceptar la promesa de entrega futura de la dádiva⁴⁵, podría plantearse como hipótesis la apreciación del art. 391 en relación con el art. 390, inciso primero, ambos del Código penal de 1973. En efecto, la conducta que Dimas M. M. pretende que realice Juan Carlos H. C., y que éste ejecuta, está estrechamente relacionada con los cometidos concretos de la figura de Concejal. El ofrecimiento que se hace a este último se debe, encuentra razón en la función pública que desempeña. Existe una conexión causal entre la dádiva y la concreta función pública que ejerce Juan Carlos H. C. No existe dificultad, por tanto, en estimar que Dimas M. M. ofrece una dádiva a Juan Carlos H. C. *en consideración a su función*. Con ello no se está diciendo todavía que pueda aplicarse el art. 391 en relación con el art. 390, pues antes hay que determinar cuál es el anverso del primero de estos preceptos, cuestión largamente discutida por doctrina y jurisprudencia⁴⁶.

No podemos aquí analizar con detalle esta problemática, tratada por nosotros con más profundidad en otro lugar⁴⁷. Conviene, no obstante, reflejar someramente la evolución que ha experimentado esta cuestión en nues-

43. Aunque se considerase que esta conducta es injusta, de lo que no hay duda es de que se trata de una omisión, por lo que no cabría la aplicación del art. 391 en relación con el art. 386, como afirma el Tribunal Supremo, sino en relación con el art. 387, en el que la conducta contrapartida de la dádiva constituye una omisión. Pero en este caso, sería ya más favorable para Dimas M. M. el Código penal de 1995, por lo que el precepto que debería aplicarse es el nuevo art. 423 en relación con el art. 421; véase *supra* (II. 3.2).

44. No es ésta, sin embargo, la única razón por la que rechazamos la aplicación de estos preceptos. Como se ha visto más arriba (II. 2.1), cuando Juan Carlos H. C. acepta la promesa de entrega futura de una dádiva, no es todavía funcionario público a efectos penales, pues en ese momento aún no participa en el ejercicio de funciones públicas. Esto no sólo excluye la aplicación a Juan Carlos H. C. del art. 386, sino asimismo la aplicación a Dimas M. M. del art. 391 del Código penal anterior, pues este precepto castiga a quien corrompe o intenta corromper a un funcionario público.

45. Posibilidad que nosotros hemos rechazado; véase la nota anterior.

46. Véase, por todos, MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 233-248.

47. Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública* (n. 12), pp. 299-305.

tro país. La mayoría de la doctrina, con anterioridad a la reforma del Código penal de 22 de marzo de 1991⁴⁸, opinaba que el art. 391 suponía únicamente el reverso de los artículos 385 a 387, y no del 390⁴⁹. En defensa de esta postura se argüía que la terminología utilizada en el art. 391 en la enumeración de los instrumentos del delito —los que con *dádivas, presentes ofrecimientos o promesas* (...)— no coincide con la empleada en el art. 390, que hablaba solamente de regalos. Por otro lado, el art. 391 castigaba al particular con las mismas penas que al funcionario menos la de inhabilitación, pena esta prevista en el art. 389 para los delitos de los artículos 385, 386 y 387, pero no para la figura del art. 390, que señalaba una pena de suspensión, por lo que, de ser el art. 391 el reverso asimismo del art. 390, debería aquél haber excluido a los particulares, no sólo de la pena de inhabilitación, sino también de la de suspensión. La mencionada reforma de 1991 modificó, entre otros preceptos, el art. 390. Con la nueva redacción, los dos argumentos esgrimidos por la doctrina dominante en defensa de que este precepto quedara excluido del anverso del art. 391, pierden toda su validez, pues, de un lado, el art. 390 ya no se refiere sólo a *regalo* sino también a *dádiva*, por lo que existe ya una coincidencia terminológica, al menos parcial, entre ambos preceptos, y de otro, desaparece de entre las penas del art. 390 la de suspensión, con lo cual no es necesario que el art. 391 excluya expresamente a los particulares de la pena de suspensión para que pueda ser asimismo el reverso del art. 390. Esta modificación encontrará pronto reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que variará lo que hasta ese momento había sido el criterio reiterado de su Sala 2.⁵⁰

⁴⁸ Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo.

⁴⁹ Véanse RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Cohecho», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, Ed. Seix, Barcelona, 1952, p. 363; el mismo, *Derecho penal español, Parte especial*, 13.^a edición, Revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 1990, p. 1179; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ, Tomo II (Parte Especial), volumen I, 14.^a edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982, p. 448; CASAS BARQUERO, E., «Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas», en *Estudios penales, Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 666; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, 8.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 773; ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.^a edición (n. 22), pp. 483 y 484; y las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 (R. J. A. 9765), 31 de mayo de 1991 (R. J. A. 4016), 7 de octubre de 1993 (R. J. A. 8703), 21 de enero de 1994 (R. J. A. 86) y 2 de febrero de 1994 (R. J. A. 759).

⁵⁰ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1993 (R. J. A. 8703): «Es cierto, que en la actualidad, después de la reforma del art. 390, efectuada por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, ambos argumentos han perdido consistencia, pues se ha incluido en el art. 390, el término “dádiva”, junto al de “regalo”, y además, se ha sancionado el tipo delictivo con las penas de arresto mayor y multa, en lugar de suspensión y multa, como se penaba con anterioridad»; y 11 de mayo de 1994 (R. J. A. 3687), que confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que condenó a unos particulares que ofrecieron dinero a un concejal del Ayuntamiento de Calviá (Mallorca) para que cambiara de un grupo político a otro, aplicándoles el art. 391 en relación con el art. 390 del Código penal.

Éste es el panorama existente en legislación y jurisprudencia cuando se cometen los hechos objeto de nuestro comentario. Para el Tribunal Supremo, y también para un importante sector doctrinal al que no nos adherimos⁵¹, no habría impedimento alguno en apreciar el art. 391 en relación con el art. 390. Lo determinante, no obstante, va a ser si el art. 423 (anterior 391) es también reverso del art. 426 (anterior 390), ambos del Código penal de 1995, pues no olvidemos que es este Código el que está vigente en el momento del juicio.

El legislador de 1995 no ha sabido aprovechar la ocasión para zanjar esta antigua polémica. Lejos de solucionar el problema, el Código penal actual ha venido a dividir más, si cabe, a la doctrina que ha tratado el tema⁵². Hay autores que incluyen en el anverso del art. 423 también los artículos 425 y 426⁵³, y los hay que siguen viendo en el art. 423 el reverso solamente de los artículos 419, 420 y 421⁵⁴. Ninguno de los argumentos aportados en uno u otro sentido es definitivo, aunque consideramos de mayor peso los defendidos por este segundo grupo de autores, razón por la cual, en otro lugar⁵⁵, nos hemos mostrado partidarios de excluir del anverso del cohecho cometido por particular los artículos 425 y 426. Así las cosas, aunque Juan Carlos H. C. hubiera sido fun-

⁵¹. Véanse MONER MUÑOZ, E., «Reflexiones sobre el cohecho activo impropio. Doctrina del Tribunal Supremo», *Revista General de Derecho*, números 604-605, enero-febrero, 1995, p. 130; LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual* (n. 14), p. 354; y MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., «Los delitos de revelación de secretos» (n. 16), p. 228.

⁵². Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública* (n. 12), pp. 302 y ss.

⁵³. Véanse FELJÓO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *La Ley*, 3/1997, D-76, p. 1685; y LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Código Penal* (n. 17), pp. 4020 y 4021, si bien este autor, inexplicablemente, aunque se decanta abiertamente a favor de que el art. 423 sea el reverso también del art. 426, nada dice respecto del art. 425. Por su parte, GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código penal de 1995», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 11, 1997, pp. 365 y 366, mantiene que «si el cohecho pasivo impropio se incrimina por la aptitud corruptora de las contraprestaciones a actos no retribuíbles, no debería cerrarse absolutamente la posibilidad de que el particular «corrompa» también en estos casos, en los que no pueden equipararse regalos admisibles por los usos sociales con contraprestaciones de considerable monto económico».

⁵⁴. Véanse MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.^a edición (n. 40), pp. 1717-1719; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho* (n. 3), pp. 287-289; la misma, «La responsabilidad del particular en el delito de cohecho (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998)», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 1, 1999, pp. 183 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho* (n. 3), p. 196; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., «El delito de cohecho», en *Delitos contra la Administración Pública*, Edición al cuidado de Adela ASUA BATARRITA, IVAP, Bilbao, 1997, pp. 167 y 168; y CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos, Barcelona, 1999, p. 213.

⁵⁵. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública* (n. 12), pp. 304 y 305.

cionario público en el momento de aceptar la promesa de entrega futura de la dádiva, no habría sido posible la aplicación a Dimas M. M. del art. 423 en relación con el art. 426, pues en el anverso del cohecho cometido por particular deben incluirse únicamente, a nuestro modo de ver, los artículos 419, 420 y 421 del Código penal de 1995.